

IRERP ESA CNRS 7029
UNIVERSITE DE PARIS X- NANTERRE

**INDIVIDUALISATION ET FAMILIALISATION DES DROITS EN MATIERE DE PROTECTION SOCIALE ET
DROITS FONDAMENTAUX**

Rapport final, novembre 2002
Convention de recherche CNAF n°99/515

Marie-Thérèse LANQUETIN(IRERP)
Anissa ALLOUACHE(IRERP)
Nicole KERSCHEN(CNRS/IRERP)
Marie-Thérèse LETABLIER(CNRS/Centre d'Etudes de l'Emploi)

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.....	5
INTRODUCTION	8
CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE EN EUROPE.	16
I - Trois façons de penser la protection sociale.....	16
<i>Les assurances sociales et l'intégration du travailleur dans l'Allemagne des années 1880</i>	<i>17</i>
<i>La sécurité sociale et l'émancipation de l'individu (Royaume Uni 1942)</i>	<i>18</i>
<i>Le modèle Scandinave</i>	<i>19</i>
<i>Comment situer la France ?.....</i>	<i>20</i>
II -Le traitement réservé aux femmes mariées dans ces différents régimes	22
<i>Au Royaume Uni.....</i>	<i>22</i>
<i>Aux Pays-Bas</i>	<i>23</i>
<i>Au moment de l'adoption de la directive 79/7.....</i>	<i>24</i>
III – La place de la famille et de l'individu dans les systèmes sociaux des Etats de l'UE.....	25
<i>La famille dans les Constitutions.....</i>	<i>25</i>
<i>La famille dans les systèmes d'imposition.....</i>	<i>26</i>
<i>Les obligations familiales</i>	<i>26</i>
IV – Les évolutions des systèmes nationaux au regard de l'individualisation.....	27
<i>Le modèle universel danois et le modèle familialiste allemand.....</i>	<i>27</i>
<i>L'évolution du «welfare state» néerlandais.....</i>	<i>29</i>
<i>L'évolution du modèle familialiste allemand</i>	<i>30</i>
CHAPITRE 2 : L'APPORT DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INDIVIDUALISATION DES DROITS	34
I – Le droit communautaire de l'égalité, la compétence des Etats membres et le principe de subsidiarité.....	34
<i>Le droit communautaire de l'égalité.....</i>	<i>34</i>
<i>Droit de l'égalité et protection sociale : le conflit de compétences</i>	<i>37</i>
II - La jurisprudence de la CJCE	39
<i>La nature juridique des régimes de sécurité sociale : régime légal/régime professionnel</i>	<i>40</i>
<i>La notion de discrimination appliquée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes.....</i>	<i>44</i>
<i>La mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.....</i>	<i>47</i>
<i>En matière de libre circulation des travailleurs migrants.....</i>	<i>53</i>
CHAPITRE 3 : LES CONCEPTUALISATIONS DE L'INDIVIDUALISATION DES DROITS SOCIAUX EN EUROPE.....	63

I – La problématique du « care»	63
<i>La place du "care" dans la différenciation des régimes de protection sociale</i>	64
<i>La force de l'idéologie familialiste dans la construction et l'évolution des Etats-providence</i>	65
<i>Le traitement des femmes dans les systèmes de protection sociale</i>	66
II - Individualisation des droits et reconnaissance du travail « familial »	68
III – Individualisation des droits et droit à l'emploi	71
<i>L'abolition des droits dérivés comme préalable à une refondation</i>	71
<i>Essai d'évaluation économique</i>	73
IV – La garantie de droits universels	74
<i>«L'allocation universelle» : une fausse piste ?</i>	75
<i>L'universalité dans les systèmes de protection sociale des pays nordiques</i>	76
CHAPITRE 4 : L'INDIVIDUALISATION DES DROITS SOCIAUX DANS LA CONSTRUCTION DE L'EUROPE SOCIALE COMMUNAUTAIRE	78
I – La stratégie coordonnée pour l'emploi	78
<i>Le lien entre emploi et protection sociale : le tournant décisif de 1997</i>	78
<i>Les développements postérieurs à 1998</i>	91
II – L'articulation travail/famille : une ligne stratégique	95
<i>La position communautaire sur la conciliation Famille/Travail</i>	95
<i>Le livre blanc sur la politique sociale de 1994</i>	96
<i>L'égalité des sexes dans la stratégie européenne pour l'emploi</i>	97
<i>Les premiers bilans du pilier égalité des chances</i>	98
CHAPITRE 5 : LA SITUATION DE LA FRANCE : ENTRE FAMILIALISME ET EGALITE, ENTRE GENERALISATION ET UNIVERSALITE	101
I - Le familialisme à la française	103
<i>Les fondements philosophiques du familialisme</i>	103
<i>Le droit de la famille aux sources du familialisme (1804-1965)</i>	104
<i>La famille, institution</i>	117
II – Emergence de la logique égalitaire et résistance de l'institution familiale	122
<i>La construction du principe d'égalité</i>	122
<i>Les ambiguïtés des politiques publiques</i>	126
III – Promouvoir et garantir les droits fondamentaux en matière de protection sociale	136
<i>Entre égalité et familialisme</i>	137
<i>De la généralisation à l'universalité des droits ?</i>	140

CONCLUSION..... 158

BIBLIOGRAPHIE 161

AVANT-PROPOS

Ce rapport de recherche porte sur la problématique de l'individualisation des droits sociaux au regard des droits fondamentaux internationaux et européens.

Il examine comment se pose actuellement la question de l'individualisation des droits sociaux, en relation avec les principes juridiques énoncés par les Institutions de l'Union européenne, d'une part, et dans une perspective comparative européenne, d'autre part.

Pour introduire ce débat, il faut rappeler que la directive 79/7 du 18/12/78 a prévu la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux de sécurité sociale. Cependant cet objectif rencontre des difficultés de réalisation. L'attachement au modèle « familialiste » des droits sociaux peut s'expliquer par la sécurité économique qu'il procure à certaines catégories de femmes. Mais, selon les auteures, attendre, pour réformer les bases du système d'attribution des droits sociaux, que l'égalité professionnelle soit réalisée entre hommes et femmes sur le modèle du travail à temps plein, c'est, en l'état actuel du marché du travail, faire de l'individualisation des droits sociaux un projet utopique. C'est aussi ne pas prendre en compte l'interdépendance qui existe aujourd'hui entre la situation des femmes du point de vue du droit social et leur situation sur le marché du travail.

Ce rapport s'inscrit dans un courant d'intérêt académique relativement vif pour cette question depuis une dizaine d'années en France, en raison notamment de l'augmentation des formes atypiques d'emploi des femmes et de ses conséquences en termes d'insertion professionnelle et d'égalité des droits sociaux. Cependant, ce sujet, il faut le noter, est encore relativement peu abordé en France sous l'angle juridique, et reste essentiellement le domaine des économistes et sociologues, et des politologues dans une moindre mesure.

Le premier chapitre, introductif, présente les bases des modèles de protection sociale (bismarckien, beveridgien, et scandinave), leurs déclinaisons nationales, et les typologies qui en ont été proposées.

Le traitement réservé aux femmes mariées dans ces différents systèmes y est abordé, jusqu'à l'implantation des dispositions prévues par la directive 79/7 sur l'égalité hommes-femmes dans les régimes légaux de Sécurité sociale.

Le droit positif en vigueur dans les pays de l'Union européenne est traité sous l'angle de la place de la famille dans ces droits, du point de vue du droit constitutionnel, du droit fiscal, et des obligations familiales (charge d'enfants et dépendance des personnes âgées).

En matière de politique fiscale, bien que rares soient les systèmes purement individualistes, certains systèmes peuvent favoriser ou au contraire diminuer l'intérêt financier à l'activité professionnelle des femmes. En ce qui concerne les obligations familiales, et plus particulièrement la prise en charge des jeunes enfants et des personnes dépendantes, les auteures notent des politiques pour l'instant contrastées sur cet enjeu.

Les évolutions récentes des politiques de certains Etats au regard de l'individualisation des droits sociaux sont également discutées dans ce chapitre.

Le chapitre 2 présente une analyse politique et surtout juridique fouillée des avancées dues à l'Union Européenne en matière d'individualisation des droits sociaux. L'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de régimes légaux de sécurité sociale, dont l'objectif est posé par la directive 79/7 CEE précitée, se concrétise donc de façon variable, les Etats membres considérant qu'en la matière égalité de traitement et individualisation des droits de Sécurité sociale ne vont pas forcément de pair. Par ailleurs cette directive autorise un certain nombre de dérogations à ce principe, adoptées pour tenir compte des régimes légaux de Sécurité sociale de conception « familialiste ». Toutefois le texte prévoit qu'étant des exceptions au principe d'égalité, les Etats doivent périodiquement réexaminer leur maintien, au regard de l'évolution sociale et économique. Ces exceptions étant pour la plupart favorables aux femmes (notamment en matière d'assurance vieillesse), l'évolution du droit s'est essentiellement réalisée grâce à la jurisprudence communautaire plus que par la volonté des Etats. La Cour de Justice des Communautés Européennes a ainsi permis d'éclaircir divers points décisifs pour l'amendement des régimes de sécurité sociale (nature juridique des régimes de Sécurité sociale, notion de

discrimination appliquée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, égalité de traitement hommes-femmes en matière de régimes légaux de sécurité sociale, égalité de traitement pour les travailleurs migrants). Cette jurisprudence et ses conséquences en termes d'individualisation des droits (reconnaissance de droits personnels) sont analysées et discutées de telle sorte qu'elles sont accessibles même au non spécialiste, ce qui était loin d'être évident.

Les différentes approches académiques de l'individualisation des droits sociaux en Europe sont présentées et discutées dans le troisième chapitre. Les différentes conceptions de l'individualisation des droits sociaux s'accompagnent de celles sur les moyens d'améliorer ceux-ci, eu égard notamment aux caractéristiques de l'activité féminine.

Les auteures présentent celles axées sur le travail des femmes : travail domestique et soins aux personnes (« caring ») et travail salarié, ainsi que les approches visant à l'attribution de droits universels déconnectés du travail. La littérature proposant une réforme du modèle social européen, représentée notamment par les thèses de l'OCDE et les tenants de l'allocation universelle, n'est pas examinée, celle-ci ne concernant pas spécifiquement la question de l'individualisation des droits sociaux.

Les analyses en termes de dépendance (au conjoint, à l'emploi) et de « caring » (travail domestique et soins aux personnes dans la domesticité) sont essentiellement représentées par des travaux britanniques. La reconnaissance du travail domestique de soins aux personnes pose deux questions : la rémunération de ce travail, et sa prise en compte pour l'accès aux droits sociaux.

Les études favorables au droit à l'emploi postulent que l'individualisation des droits devrait permettre d'assurer l'accès égal des femmes au marché du travail, les « droits dérivés constitu(an)t un piège pour les femmes mariées ». Selon elles en effet, les droits dérivés ont contribué à l'institution d'un marché du travail secondaire qui concerne en grande partie les femmes (travail atypique).

Cette présentation des différentes approches de l'égalité hommes-femmes en matière de droits sociaux a le mérite de démontrer « le caractère polysémique du terme » d'individualisation des droits sociaux, et de rappeler la prégnance du cadre théorique et politique sur les conceptions et les techniques d'individualisation de ces droits.

Les problématiques relatives à l'octroi de droits sociaux universels se sont développées depuis une quinzaine d'années et ont pu être présentées comme une tentative de « refonder » l'Etat-providence, non plus sur la solidarité et l'assurance, mais sur l'équité. La déconnection entre revenu minimum et prestations sociales, universelles, et activité professionnelle, a été vivement critiquée comme ouvrant la porte à la remise en cause, au profit des milieux économiques et financiers les plus libéraux, de la protection sociale des salariés. Au delà de ce débat, l'exemple des pays scandinaves montre que c'est dans le système de protection sociale de droit commun, fondé sur la redistribution sociale et fiscale et non sur l'assistance de certaines catégories spécifiques de populations, qu'il faut chercher les moyens de favoriser durablement l'égalité entre les citoyens.

Le modèle social européen et son évolution depuis 1997 sur la question de l'individualisation des droits sociaux est l'objet du chapitre suivant. Les auteures l'abordent par deux entrées, celle de la stratégie coordonnée pour l'emploi (le quatrième pilier de cette stratégie repose en effet sur le renforcement de l'égalité des chances et la lutte contre la discrimination dans l'emploi), et celle de la conciliation vie familiale-vie professionnelle. La aussi, l'analyse est fouillée, dense. On aurait souhaité peut-être un regard un peu plus critique sur les textes européens en la matière, et l'évocation de la stratégie européenne PAN inclusion (plans nationaux pour l'inclusion sociale) (1), débutée en 2001, qui porte également sur ces questions, « gender mainstreaming » oblige (2).

Enfin, la situation de la France est étudiée dans le chapitre final. Les auteures y abordent la façon dont est conçue et mise en œuvre la question de l'extension à l'ensemble de la population de la couverture sociale en France, tout d'abord à travers l'articulation du droit civil de la famille et du droit social français, resituée historiquement. L'histoire de la protection sociale française a souvent été abordée en opposant régimes

professionnels et régimes universels. En fait, il s'est bien plus agi de « suivre les principes de Beveridge avec la méthode de Bismarck », selon l'expression éclairante de Bruno Palier (3).

Les auteurs illustrent cette problématique au travers des thèses académiques rendant compte de l'évolution du système français de protection sociale (sécurité sociale et aide sociale). Le sens des récentes réformes (loi sur l'exclusion, CMU, APA) et les conséquences de la jurisprudence CJCE (prestations non contributives, régimes professionnels de pension) démontrent bien l'impact des droits fondamentaux dans l'évolution récente de la protection sociale française, que celui-ci se traduise dans les « référentiels de l'action publique » (P. Muller), ou dans le brouillage des catégories juridiques habituelles. Cette mise en perspective permet de saisir le lien qui unit ces récentes évolutions, l'individualisation des droits sociaux, et la problématique des droits fondamentaux.

En conclusion, cette recherche passionnante, didactique et critique, parfois ardue dans ses développements, constitue un apport important à la connaissance de cette question, abordée pour la première fois en France sous un angle juridique, et également dans l'objectif de rendre compte de toutes les dimensions de cette problématique.

Nadia Kesteman
CNAF, Pôle Recherche et Prospective

- (1) v. Social Protection Committee, 2003 : « Objectives in the fight against poverty and social exclusion », http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/obj_povsoc_en.pdf. Voir le plan français pour 2003-2005 rendu public en septembre 2003 (www.cerc.fr). Le rapport final de M.-T. Lanquetin et al. date de novembre 2002 et ne pouvait évidemment rendre compte des détails de la stratégie.
- (2) Initialement proposé par la Commission en 1996, le « gender mainstreaming » consiste à inclure systématiquement l'objectif d'égalité hommes-femmes dans toutes les politiques et actions de l'Union ; ce principe a été intégré dans le Traité de l'Union en 1997 (Amsterdam : articles 2, 3 al.2, 13, 137 al.1, 141 du Traité), et a fait l'objet d'une résolution du Conseil en 1999. Cf. : http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/gms_en.html
- (3) *Gouverner la sécurité sociale*, Paris, PUF, Coll. Le lien social, 2002, pp. 100-106

INTRODUCTION

La construction du droit de l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas achevée. En droit du travail et sous l'impulsion du droit communautaire¹, les termes du débat ont été largement clarifiés mais les résultats restent encore insatisfaisants. La conception classique de la protection des femmes au travail, fondée sur une vision différenciée des rôles dans la famille heurte encore une conception plus égalitaire.

Mais l'évolution du droit du travail, dans un sens plus égalitaire, est inséparable de l'évolution du droit de la protection sociale car «une unité foncière continue de lier ces deux branches du droit : elles affrontent, en effet, un seul et même problème, celui de la garantie des droits de la personne dans la sphère économique»².

Certes, le travailleur quel que soit son sexe se constitue des droits propres par son activité professionnelle, mais le système français de protection sociale reste cependant construit sur une vision différenciée des rôles où M. Gagnepain, titulaire de droits propres, assure par son travail la protection sociale de Madame et de leurs enfants qui sont ayants droit et titulaires de droits dérivés. Ce modèle a certes évolué, mais demeure toujours au fondement du système.

Déjà, en 1972, Pierre Laroque écrivait que « les régimes de sécurité sociale en vigueur ont été conçus et se sont développés en fonction de l'hypothèse de base plus ou moins implicite d'une minorité féminine, d'une dépendance de la femme dans la famille. En revanche, l'évolution contemporaine des idées dans tous les pays modernes est commandée par l'affirmation croissante de l'égalité des sexes, par l'interdiction de toute discrimination entre hommes et femmes. La question se pose donc de savoir si le moment n'est pas venu de remettre en cause les principes qui commandent les régimes de pension de veuve »³.

Deux directives communautaires ont été adoptées en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de protection sociale. La première, le 18 décembre 1978 concerne les régimes légaux de sécurité sociale⁴, la seconde adoptée le 24 juillet 1986⁵ concerne les régimes professionnels de sécurité sociale.

La directive 79/7 du 18 décembre 1978 a laissé du temps aux États membres pour reconsidérer certaines dispositions de droit national qui paraissent protectrices à certains mais qui peuvent pourtant présenter des effets pervers (travail au noir notamment, survivance de la notion de salaire d'appoint).

Depuis 1987⁶, la Commission européenne a considéré que la promotion de l'individualisation des droits devait être retenue parmi les moyens pour atteindre l'égalité des chances, mais elle s'est heurtée à l'opposition des États membres au motif avancé par eux que le principe d'individualisation des droits était distinct de celui de l'égalité de traitement et relevait plus d'une démarche d'harmonisation. De plus le coût d'un passage d'un

¹ Au plan judiciaire, la question de la preuve de la discrimination n'a pas cessé de faire débat tant la règle selon laquelle la preuve incombe au demandeur est apparue comme un obstacle insurmontable au traitement des discriminations. Faisant application de la construction communautaire en matière de charge de la preuve qui a fait l'objet d'une directive (du 15 décembre 1997) à transposer avant le 1er janvier 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 23 novembre 1999 vient à son tour d'affirmer «qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe» ou sur l'activité syndicale. Le régime juridique des discriminations est unique. La reconnaissance si difficile des discriminations concernant les femmes va permettre de faire progresser le traitement de la discrimination syndicale ou en raison de l'origine ethnique.

² Alain Supiot «L'impossible réforme des conseils de prud'hommes», *Revue française des affaires sociales* n°1 janvier mars 1993 p. 97 et spéc. p. 112.

³ Pierre Laroque, 1972, «Droits de la femme et pensions de veuve» *Revue internationale du travail*, p.1 à 11.

⁴ Directive 79/7/CEE 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.

⁵ Directive 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale

⁶ Proposition de directive Com(87) 494 final.

système à un autre est apparu comme un problème crucial, ce que ne confirme pas une recherche menée à l'Université libre de Bruxelles sous la direction de Danièle Meulders⁷.

La question de l'individualisation des droits apparaît dans les différentes positions de la Commission et notamment dans la Communication du 12 mars 1997 intitulée « Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne »⁸. D'après la Commission, les droits dérivés posent essentiellement trois problèmes. Ils cantonnent les femmes qui ne participent que faiblement à la vie professionnelle dans une relation de dépendance dommageable en cas de rupture du lien générant les droits. Ils dissuadent également les femmes de se présenter sur le marché du travail et les encouragent à travailler dans l'économie informelle. Le travail n'est pas considéré comme un moyen indépendant de gagner sa vie mais comme un complément du budget familial. Enfin, en matière de retraite les droits dérivés tendent à favoriser les dépendants et les survivants des salariés à hauts revenus au détriment des salariés à revenus moyens et cela sans contribution supplémentaire pour le titulaire de droits.

Ce débat sur l'individualisation des droits sociaux est à peine amorcé en France⁹. Un Séminaire européen¹⁰ organisé par l'IRERP à l'Université de Paris X en octobre 1997 a permis d'ouvrir une première réflexion. S'il est vrai que le problème se poserait différemment si les femmes exerçaient toutes une activité professionnelle, l'hypothèse que nous formulons s'écarte de l'idée avancée dans certaines études¹¹. Selon ces études, la réalisation de l'égalité en matière de *protection* sociale dépendrait de la réalisation de l'égalité dans le travail. Sans être en désaccord avec cette analyse, nous pensons néanmoins que le maintien des inégalités à l'égard des femmes dans les rapports de travail mais aussi dans l'accès au marché du travail s'explique aussi par l'existence d'un modèle de protection sociale familialisé qui autorise, voire légitime, les emplois précaires et à temps partiel, le plus souvent réservés aux femmes. Les droits dérivés sont une incitation à ne pas exercer d'activité professionnelle ou à se contenter d'emplois précaires ou non déclarés. Ils peuvent comme en Allemagne¹² être délibérément utilisés pour réaliser un deuxième marché du travail. Ainsi, la familialisation des

⁷ Danièle Meulders, Maria Jepsen, Olivier Plasman, Philippe Vanhuynegem, *Individualisation of the social and fiscal rights and the equal opportunities between women and men*, DULBEA-ETE-ULB, final report January 1997. D. Meulders, M. Jepsen, O. Plasman, P. Vanhuynegem, *L'individualisation des droits et l'égalité des chances entre hommes et femmes* in Conférence de la Présidence Irlandaise de l'Union européenne «Au-delà de l'égalité de traitement : la sécurité sociale dans l'Europe en mutation», Dublin 10-12 octobre 1996 p.198.

⁸ COM (97) 102 final du 12.03.1997

⁹ Cf. R.Ruellan, « La femme et la sécurité sociale » *Droit social* 1976, p.56-73 ; R.Cuvillier « L'épouse au foyer : une charge injustifiée pour la collectivité » *Droit social*, 1977, p.427-437 ; J.Bichot, « Peux-t-on en finir avec les droits dérivés ? Le cas de l'assurance maladie », *Droit social* 1985, p.59-66 ; H.Marsault, « Droits propres contre droits dérivés : l'individualisation des droits sociaux comme moyen d'améliorer la sécurité d'existence individuelle et familiale » *Droit social* 1985, p.875-885 ; R.Cuvillier « Sur la protection sociale de l'épouse non active », *Droit social* 1988, p.531-538, « L'activité ménagère de l'épouse au foyer : base d'obligation et droits propres », *Droit social* 1990, p.751-756.

¹⁰ « Individualisation des droits, sécurité sociale et égalité des chances entre hommes et femmes » sous la direction de N. Kerschen et Marie-Thérèse Lanquetin, Paris, 9-11 octobre 1997. Séminaire européen financé par la Commission européenne (DG V), le Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, La Caisse nationale d'Assurance Vieillesse des travailleurs salariés.

¹¹ Anne-Marie Brocas, « L'individualisation des droits sociaux » in Irène Théry, *Rapport au ministre de l'emploi et de la solidarité Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, mai 1998; Catherine Zaidman, 1998, « L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes ? », *Droit social*, juin.

¹² En Allemagne, jusqu'à une date récente (1er avril 1999), les petits emplois de moins de 323 euros par mois (environ 2 100 francs) n'étaient pas soumis à cotisations sociales. Les travailleurs concernés étaient des étudiants et des femmes mariées ayant droit de leur conjoint. Le contentieux a été abondant sur cette question : ne s'agissait-il pas d'une discrimination indirecte puisque cette disposition concernait majoritairement des femmes mariées ? La Cour de justice des Communautés européennes a conclu à l'absence de discrimination puisqu'il s'agissait d'un objectif de politique sociale, domaine qui n'est pas de la compétence communautaire.

Cette législation a été modifiée le 1er avril 1999. Désormais des cotisations sont payées par l'employeur et le salarié tant au regard de l'assurance maladie que de la retraite mais avec possibilité d'option dans ce dernier domaine. De plus, il n'y a pas obligation de cotisation pour le risque chômage. Cf. Mr. Dr. Kerstin Feldhoff, AuR 7/1999, p. 249-258.

droits autorise au travers de la technique des droits dérivés des différences de traitement qui peuvent se retourner contre les femmes.

Il nous paraît alors que le principe d'égalité entre les hommes et les femmes doit plus systématiquement traverser les systèmes de protection sociale lesquels n'ont été ni pensés, ni construits en respectant ce principe. Anne-Marie Brocas¹³ parle d'utopie et de revendication féministe à propos de cette exigence d'égalité. Il nous semble au contraire que ce principe est seul à même de permettre le renouvellement des systèmes de protection sociale dans une plus grande cohérence. Le principe d'égalité agit, en effet, comme un révélateur des inégalités et des discriminations acceptées jusque-là, concernant les femmes mais aussi d'inégalités et discriminations dont sont victimes d'autres catégories de personnes.

En 1946, quand le Préambule de la Constitution proclamait que la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme, le système de sécurité sociale n'en a pas moins occulté ce principe et organisé la dépendance des femmes, calquée sur le droit de la famille d'alors.¹⁴ Il ne s'agit pas ici de remettre en cause systématiquement les droits dérivés qui ont permis une meilleure couverture sociale à l'époque ; cependant, après avoir déconstruit cette perspective, il convient de reconstruire les droits sociaux en faisant jouer davantage le principe d'égalité. Les exigences au regard du principe d'égalité ont en effet changé. Ce principe d'égalité a par ailleurs poursuivi sa route et fait évoluer le droit de la famille, le droit du travail, sous des influences diverses, notamment celle du droit international des droits de l'homme. Restent le droit de la protection sociale, et le droit fiscal...

Ce constat nous a conduit d'abord à opérer un choix dans le souci de renouveler, tout au moins sur le plan juridique, la problématique de l'égalité entre les hommes et les femmes dans les systèmes de protection sociale. Les droits fondamentaux constituaient l'angle pertinent pour aborder notre recherche. Ils pouvaient également fournir une grille de lecture commune aux différents Etats membres de l'Union européenne dont la compétence est précisément de les garantir. En effet, la notion de droits fondamentaux dont on s'accorde à souligner la montée en puissance tant en droit communautaire qu'en droit interne permet de fonder l'indivisibilité des droits et de sortir ainsi du dilemme de l'opposition entre droits civils et politiques et/ou droits sociaux. Elle permet également d'inscrire dans une nouvelle perspective les droits de l'égalité en mettant en évidence ce qui oppose la logique de protection telle qu'elle s'est construite historiquement dans la seconde moitié du XIXe siècle à la logique d'égalité plus récente.

Une problématique en termes de « droits fondamentaux »

Cette recherche s'inscrit donc dans **une problématique de « droits fondamentaux »**. Mais cette perspective doit se comprendre de façon large. Elle s'inscrit d'abord dans un contexte national de droits et libertés constitutionnellement garantis. Le Conseil constitutionnel, en effet, fait référence depuis peu à cette expression de « droit fondamental »¹⁵. Mais le droit communautaire ou le droit européen, et de façon plus générale les conventions internationales des droits de l'Homme ratifiées par la France, font référence à cette notion et notre recherche s'inscrit donc dans cette perspective.

Les droits fondamentaux que nous avons analysés sont non seulement le droit à l'égalité de traitement entre hommes et femmes mais également l'application de ce principe d'égalité à des droits économiques et sociaux, c'est-à-dire le droit à la santé et de façon plus large le droit à la sécurité sociale et à une protection sociale.

Les droits sociaux en question ne sont pas des droits mineurs. Mais la distinction classique entre les droits de liberté et d'égalité c'est-à-dire les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux d'autre part a depuis longtemps embarrassé les spécialistes. Classiquement les droits sociaux ont été considérés comme des droits créances c'est-à-dire des droits plus collectifs qui ne se réaliseraient, à la différence des droits civils et politiques que par l'intervention active de l'Etat, qui dépendraient donc du bon vouloir des Etats. Ces

¹³ In **Recherches et Prévisions**, mars 1999

¹⁴ comparer « Le travailleur et sa famille » dans le plan français de sécurité sociale, d'une part, l'affaire Mouflin de l'autre. cf *infra* p. 202.

¹⁵ Le conseil dans sa décision n°89-259DC, du 22 janvier 1990 (*Rec.Cons.const.*, p.66), ne donne pas de définition mais fait référence aux « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

droits dits de la seconde génération n'emporteraient pas les mêmes exigences que ceux de la première, les droits civils et politiques. Il y aurait une différence de nature entre ces droits qui expliquerait leur reconnaissance dans des textes séparés¹⁶.

Notre parti pris théorique est celui de l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux comme condition de la citoyenneté. Et la question de l'individualisation des droits économiques et sociaux implique à notre sens leur mise en cohérence avec les droits civils et politiques. Il s'agit d'une réflexion en termes de droits fondamentaux qui est seule de nature à donner un fondement théorique à cette problématique.

Le débat théorique actuel met en avant leur caractère indissociable c'est-à-dire leur indivisibilité¹⁷. De la distinction classique à l'indivisibilité des droits de la personne.

Les droits civils et politiques, proclamés en France en 1789 dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen sont les droits de liberté et d'égalité. Ces droits proclamés dans différentes Constitutions et dans les Conventions internationales des droits de l'Homme sont dits « naturels, individuels, universels ». Ils ont comme caractéristique de protéger l'autonomie de chacun contre les abus de pouvoir de l'État.

Les droits économiques et sociaux sont apparus postérieurement en réaction au caractère trop formel des proclamations de 1789. Il s'agirait de droits plus collectifs qui ne se réaliseraient, au contraire des précédents, que par l'intervention active d'un État Providence. On parle de droits créances, c'est-à-dire d'obligations concrètes et opposables à un État, de droits de l'égalité concrète.

Mais ces distinctions ne sont vraies que dans une certaine mesure. On peut aussi attendre une abstention de l'État s'agissant de droits économiques et sociaux (en matière de liberté syndicale par exemple) comme une obligation d'agir en matière de droits civils et politiques.

De plus que penser de droits civils et politiques sans reconnaissance de droits économiques et sociaux ? et inversement, peut-on parler de droits économiques et sociaux sans liberté, ni égalité ? L'histoire récente nous donne de nombreux exemples de leur caractère indissociable.

Énoncés souvent, mais pas uniquement, dans des textes séparés, ces différents droits expriment l'égalité de la personne qui se réalise à la fois dans l'exercice de libertés mais aussi dans l'accès au travail, à la santé. Si ces droits ont été affirmés dans des textes internationaux des droits de l'Homme séparés, c'est pour de toutes autres raisons que celle de leur nature et de leur valeur. Le contexte de la guerre froide a été à l'origine d'une « véritable schizophrénie entre deux catégories de droits de l'Homme »¹⁸. Chaque camp « au nom de la coexistence pacifique » entendait consacrer son savoir faire spécifique, les uns spécialisés dans les droits civils et politiques, les autres dans les droits économiques et sociaux.

Mais aujourd'hui, l'adversaire n'apparaît plus extérieur ; il est intérieur : chômage et pauvreté. L'idée se fait jour que l'on ne peut subordonner une génération de droits à l'autre. La cohérence des droits de la personne porte sur leur essence même.

Dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, cette distinction entre des textes ou des droits différents n'existe pas. Elle n'existe pas non plus dans la Charte des droits fondamentaux, adoptée à Nice au mois de décembre 2000, même si la discussion a eu lieu. Les droits sont regroupés autour de six grands thèmes, la liberté, la dignité, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice ; l'indivisibilité se manifeste en ce que la même valeur est accordée aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux.

Au plan national, la loi sur l'exclusion du 29 juillet 1998 récemment adoptée s'inscrit également dans cette problématique.

¹⁶ Ainsi des deux Pactes de l'Onu, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques et sociaux, ouverts à la signature le 19/12/1966, auxquels la France a adhéré le 25 juin 1980, entrés en vigueur à l'égard de la France, le 4 février 1981

¹⁷ M. Denis Piveteau, Rapport général Colloque « *La Charte sociale du XXI siècle* » organisé le 14-16 mai 1997 par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe, Ed. du Conseil de l'Europe, 1997, p. 295. Cf. également Jean-Marc Ferry, *Philosophie de la communication*, Ed. Cerf coll. Humanités; Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil-essais, 1998. Voir également la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par ex : Airey c. Irlande du nord, 9 octobre 1979 ou Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996.

¹⁸ Emmanuel Decaux, « La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pédone, 1999, p.405

Une protection sociale en cohérence avec les droits de la personne

Notre ordonnancement juridique est inséré dans un ensemble plus ou moins complexe de normes constitutionnelles, communautaires et internationales parfois dotées pour ces dernières d'une efficacité directe non seulement verticale, c'est-à-dire à l'égard des Etats, mais aussi horizontale, c'est-à-dire à l'égard des particuliers.

En matière de sécurité sociale et d'égalité entre hommes et femmes, quel degré de contrainte fait peser cette exigence de cohérence sur la construction des droits économiques et sociaux ?

Un certain nombre de droits sont reconnus dans le Préambule de la Constitution de 1946, qui a valeur constitutionnelle : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien être et ceux de sa famille. Elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ».

Mais le même Préambule reconnaît à « la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme ».

Quelle est alors la valeur de ce principe d'égalité au regard des droits économiques et sociaux affirmés ? Comment les uns et les autres sont-ils garantis ? La famille peut-elle constituer aujourd'hui le lieu principal de la construction et de la régulation de ces droits ?

Historiquement, la réponse à cette question a été celle de la familialisation des droits c'est-à-dire de droits accordés selon un modèle familial de répartition des rôles où le mari « chef de famille » était la source de la protection sociale, les enfants mais aussi l'épouse étant ayants droit et bénéficiant de droits dérivés (tant en matière de droit à la santé qu'en matière de pension de vieillesse, l'épouse ayant alors droit à une pension de réversion). Même si ce modèle a évolué notamment en matière de santé dans le cadre de la CMU, vers une généralisation des droits, il reste sous-jacent au système de protection sociale actuel et ne respecte pas la cohérence nécessaire entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux.

Les choix qui ont été faits dans le Plan français de sécurité sociale l'ont été à un moment où cette répartition des rôles semblait aller de soi. L'exigence de justice et le principe d'égalité impliquent de reconsidérer ce choix politique.

La difficulté principale pour rediscuter ce choix tient au caractère apparemment protecteur d'un système familialisé. L'attitude première consiste en effet à raisonner en termes d'avantages et d'inconvénients de la familialisation ou de l'individualisation des droits et à refuser l'individualisation assimilée à une montée de l'individualisme.

Le passage de la familialisation des droits à leur individualisation voudrait-il dire que l'on remet en cause la famille ? Ne s'agit-il pas de l'objection majeure des partisans de la familialisation des droits ? Mais si la démocratie c'est le respect des droits fondamentaux, la question n'est pas de remettre ou non en cause la famille mais de la faire participer du modèle démocratique tout en veillant au respect des solidarités nécessaires.

Or ces droits familialisés ont maintenu, voire renforcé, les inégalités et les discriminations entre hommes et femmes. Ils masquent des situations très différentes, paradoxales même : les situations des veuves de fonctionnaires par exemple qui sans condition d'âge ni de ressources ont droit à une pension dite de « réversion » comparée à la situation faite aux femmes dans le régime général. D'autres dispositions maintiennent plus généralement la dépendance des femmes mariées.

Ne faudrait-il pas rappeler les exigences de démocratie et d'égalité qui devraient trouver des traductions tant dans la société civile que dans la famille¹⁹ ? L'individualisation est, en effet, la réponse à une conception plus démocratique de la famille et à son évolution sociologique. Dans une telle perspective chaque personne peut prétendre au bénéfice de droits fondamentaux, chaque personne est titulaire de droits propres alors que dans un

¹⁹ Jacques Commaille et Claude Martin, 1998, *Les enjeux politiques de la famille*, Ed. Bayard société.

système familialisé coexistent un titulaire de droits propres et un titulaire de droits dérivés dans une relation de dépendance.

Les dimensions de l'égalité

En notre matière, l'égalité de traitement entre hommes et femmes au sens du droit communautaire s'impose au droit national. Par ailleurs, s'applique également le droit international des droits de l'Homme, notamment la Convention 111 de l'OIT relative à l'égalité de traitement dans l'emploi²⁰, la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes.²¹ En matière de sécurité sociale cependant, l'OIT²² n'a pas reconsidéré à ce jour, la question de l'adéquation des droits dérivés à la transformation des rôles dans la famille.

Or, le droit international et le droit communautaire ont une conception plus exigeante de l'égalité que le droit français²³. La convention de l'ONU par exemple dispose à l'article 3 que les Etats parties doivent prendre toutes les mesures appropriées, y compris législatives, afin de garantir aux femmes, l'exercice et la jouissance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes ». Les droits dérivés remplissent-ils ces conditions ?

Le principe d'égalité revêt, en effet, plusieurs sens. Il a d'abord été affirmé une égalité devant la règle de droit, celle que l'on dit « formelle ». C'est l'acquis de 1879 : Tous les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». Née de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 cette égalité crée un droit de tous les citoyens à l'égalité en droit. Il s'agit d'une égalité essentielle, sans considération de la personne.

A côté de cette égalité, l'égalité dans la règle de droit s'analyse comme une injonction donnée à ceux qui édictent la règle de ne pas créer d'inégalités. Il s'agit de **l'égalité dans la loi**. C'est-à-dire une égalité de traitement : on ne distingue pas lorsque des mesures de droit matériel sont adoptées, entre les hommes et les femmes.

La loi doit donc traiter les situations identiques de façon identique et la généralité de la règle apparaît comme une garantie d'impartialité. Cette conception correspond à l'Etat libéral et neutre du XIXe siècle. Toute intervention spécifique serait supposée modifier l'égalité abstraite établie entre citoyens et les différences de traitement ne sont justifiées que par une différence de situation ou par l'utilité commune c'est-à-dire l'intérêt général. C'est ainsi que les femmes « travailleuses » ont longtemps été considérées comme étant dans une situation différente, ce qui a justifié leur statut dérogatoire et les interventions dites « protectrices » de l'Etat providence. Actuellement, le Conseil constitutionnel français dans les très nombreuses décisions qu'il rend sur ce fondement, considère que le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle car ainsi « la loi est la même pour tous ».

Il ne s'agissait pas en droit français et pendant longtemps **d'une égalité par la loi** ²⁴ **c'est-à-dire d'une égalité correctrice au nom du principe d'égalité des chances.**

Le droit communautaire a une conception plus concrète de l'égalité puisque « la discrimination consiste à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ». Il dessine une figure symétrique de l'égalité : à situations égales, traitement égal, à situations différentes, règles différentes. Cette conception du droit communautaire a trouvé largement à s'appliquer en matière d'égalité entre

²⁰ Convention adoptée en 1958 et ratifiée par la France en 1981. On peut citer également la convention 100 de l'OIT relative à l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins adoptée en 1951 et ratifiée par la France en 1952

²¹ Convention de 1979 ratifiée par la France en 1984. Son champ d'application est large, il vise tous les domaines.

²² Cf la convention n°102 et la convention n°128 avec des ratifications diverses selon les Etats européens et leur système de sécurité sociale.

²³ Sur le principe d'égalité en droit français, cf. notamment : Rapport du Conseil d'Etat, rapport public 1996, La documentation Française 1997 ; Nicole Belloubet-Frier, « Le Principe d'égalité », in *Les droits fondamentaux*, AJDA juillet-août 2000, p.152-164.

²⁴ M.Borgetto et R.Lafore *La République sociale*, PUF, 2000, spéc. p.98. ; A. Lyon-Caen « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social* 1990, p.68-75.

hommes et femmes. Mais la conception française est plus étroite. La différence est encore plus perceptible lorsque l'on aborde la question de l'égalité des chances et des conditions.

Le droit français a longtemps considéré que l'égalité des chances était contenu dans l'égalité en droit. La nécessité de corriger les inégalités a cependant conduit à admettre des actions dont l'objectif est de tendre à réaliser l'égalité concrète. Les mesures adoptées sur ce fondement doivent donc être distinguées des mesures dites de protection qui sont fondées sur une vision différentialiste des rôles des hommes et des femmes.

Le droit communautaire²⁵ et le droit international des droits de l'Homme²⁶ légitiment ces actions si elles sont temporaires et destinées à rétablir l'égalité. Le droit français résiste, on l'a vu, s'agissant de l'égalité entre hommes et femmes, à adopter de telles mesures au nom de la généralité de la règle de droit alors qu'il accepte, sous couvert de règles neutres, des mesures qui pourtant concernent majoritairement les femmes, ainsi que des règles sexuées parce que les femmes seraient dans une situation différente.

L'analyse de la politique familiale doit donc se lire au travers du prisme de ces conceptions de l'égalité même si le droit communautaire ne s'applique pas à la question des prestations familiales et aux prestations de survivant dans le régime général de sécurité sociale²⁷. Mais la convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes prend alors le relais puisque son champ est plus large et qu'elle s'inscrit dans une conception essentiellement égalitaire des femmes et des hommes²⁸ sous réserve de la maternité.²⁹

La construction du principe d'égalité révèle ainsi sa complexité qui n'est pas démentie lorsque l'on se réfère aux modifications qui à partir du milieu des années 60 affectent le droit de la famille aussi bien que le droit du travail. Plutôt que de partir de définitions préalables de la familialisation et ou de l'individualisation des droits nous avons essayé tout au long de cette recherche d'en préciser les différentes dimensions. En sollicitant aussi bien le droit civil que le droit social (du travail et de la protection sociale) nous avons recherché, dans leur application respective, ce à quoi ces notions renvoyaient, ce qu'elles pouvaient recouvrir mais aussi ce qu'elles pouvaient masquer. De la même façon s'agissant de l'étude des politiques familiales, nous avons recherché au delà des objectifs explicites qu'elles poursuivaient, en quoi elles pouvaient privilégier un aspect du droit plutôt qu'un autre, ou privilégier une conception de la famille (et donc du rôle des femmes) plutôt qu'une autre.

Le principe d'égalité entre les femmes et les hommes ayant constitué le prisme à partir duquel ces analyses ont été développées, c'est encore par rapport à lui que la familialisation des droits comme leur individualisation ont été appréhendées. Ainsi l'individualisation des droits s'entend au sens de titularité des droits ou autrement dit, l'individualisation constitue le moyen de ne plus faire dépendre l'accès au droit du statut matrimonial. On peut, dans ce sens, se poser la question de la pertinence encore actuelle du terme même de familialisation car, en effet, historiquement ce n'est pas la famille mais bien son chef qui est titulaire de droits, les autres membres l'étant du fait de leur lien avec lui. C'est bien cela qu'expriment les notions d'ayant droit opposé à titulaire du droit et les notions corollaires de droits dérivés opposées aux droits propres.

²⁵ Article 141 par.4 du Traité d'Amsterdam : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un Etat 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 ».

²⁶ article 4 alinéa 1 de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes. Il dispose en effet : « L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ».

²⁷ article 2 par.2 de la directive 79/7 /CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

²⁸ L'article 3 dispose : « Les Etats parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes ».

²⁹ Article 4 par.2

Pour poursuivre l'analyse et mieux comprendre notre système national

Pour conduire l'analyse et trouver des éléments de réponses, plusieurs détours et apports ont été nécessaires. Celui du droit communautaire d'abord, lequel a été à l'origine depuis de nombreuses années de la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes. Après une première période qui va des années 70 au milieu des années 90, le traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1997 permet d'aller plus loin dans cette recherche, d'autant que l'acquis conceptuel de la période antérieure, dû essentiellement à la Cour de Justice des Communautés européenne ainsi que l'affirmation d'un modèle social européen sont ici très importants, surtout en matière d'égalité. L'accent mis sur la « stratégie coordonnée sur l'emploi » permet de tester la volonté politique de lier individualisation et égalité (Chapitre 2 et 4).

L'apport du droit comparé et les analyses faites par les acteurs ou plutôt les actrices, dans un certain nombre de pays de l'Union confrontés à la fois à la situation minorée des femmes et à des évolutions de leur propre modèle de protection sociale devraient nous permettre de mieux comprendre la situation française.

Après avoir caractérisé les systèmes de protection sociale et les façons plus ou moins égalitaires de penser celle-ci, nous avons examiné la façon dont le travail des femmes et la protection sociale des femmes mariées ont été pensés (Chapitre 1), nous avons essayé de montrer comment la répartition des tâches entre les sphères privée et professionnelle a pesé sur la situation des femmes (Chapitre 3). Nous avons analysé, enfin, la situation française qui se situe entre familialisme et égalité, généralisation et universalité (Chapitre 5).

Nous prenons clairement position pour une individualisation des droits. Il nous faudra préciser ce que nous entendons sous ce terme. Mais il nous semble clair que l'individualisation des droits ne correspond pas à une conception individualiste. Il ne s'agit pas de détruire les solidarités mais de les réorganiser autrement selon des formules plus respectueuses du principe d'égalité. Il nous a semblé également que la méthode que nous avons utilisée ne nous invitait pas à faire table rase des choix politiques passés. Nous avons choisi une perspective historique ce qui nous a permis de renvoyer à ce qui marquait une époque. Déconstruire pour pouvoir reconstruire.³⁰

³⁰ Jacques Derrida « Il faut tout faire pour s'appropriier un passé dont on sait qu'il reste au fond inappropriable, qu'il s'agisse d'ailleurs de mémoire philosophique, de la présence d'une langue, d'une culture, d'une filiation en général. Réaffirmer, qu'est-ce-que cela veut dire ? Non seulement l'accepter cet héritage mais le relancer autrement et le maintenir en vie. Non pas le choisir, car ce qui caractérise l'héritage c'est qu'on ne le choisit pas mais choisir de le garder en vie ». in Jacques DERRIDA, Elisabeth ROUDINESCO, *De quoi demain sera-t-il fait ?... Dialogue* Ed. Fayard Galilée 2001, p.15. Mais aussi p. 39 : « ... Il y a donc là encore une tâche de déconstruction sans fin : il faut puiser dans la mémoire de l'héritage les outils conceptuels permettant de contester les limites que cet héritage a imposées jusqu'ici. Au cœur du droit international, il existe des lieux où il faut passer et déplacer la limite. Les droits de l'homme sont perfectibles, ils se transforment sans cesse. Aussi vaut-il mieux définir ces droits en les arrachant à leur limite : reconnaître le droit des femmes, le droit au travail, les droits de l'enfance, etc. mais il faut effectuer ce geste au nom de l'idée du droit déjà présente dans le projet de Déclaration universelle des droits de l'homme, elle-même fondée sur la Déclaration de 1789. »

CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE EN EUROPE

Les systèmes de protection sociale ont été construits le plus souvent sur un double fondement, le travail et « le travailleur et sa famille » et donc sur le rôle différencié des hommes et des femmes. Or, ces fondements sont aujourd'hui en crise. De plus, **les droits dérivés**, les droits qui résultent de ceux du travailleur, maintiennent les **ayants droit**, c'est-à-dire le plus souvent les femmes, dans une situation de dépendance et présentent des effets discriminatoires.

Le modèle fondé sur les droits dérivés coexiste en France avec un modèle individualisé lorsque les deux membres de la famille exercent une activité professionnelle et acquièrent des **droits propres** (modèle à double revenus)

C'est à partir de la place respective de la famille et de l'individu et notamment de la femme mariée dans les systèmes de protection sociale, que seront analysés les modèles traditionnels de protection sociale. Quelles logiques ont présidé à leur construction historique ? Comment peuvent-ils éclairer le plan français de sécurité sociale de 1945 (I). Les modalités propres de mise en place des systèmes de protection sociale dans différents pays européens peuvent être utilement éclairées par l'analyse de la place qu'ils accordent à la famille (II). En même temps certains Etats membres ont accordé plus de place au principe d'égalité entre hommes et femmes et des éléments d'individualisation des droits traduisent une évolution dans les systèmes de protection sociale (III). C'est de ces différents points de vue que seront étudiées les transformations récentes et contrastées qui affectent la dévolution et l'exercice des droits à une protection sociale dans les pays choisis pour cette étude.

I - Trois façons de penser la protection sociale

La typologie classique oppose les modèles bismarckien et beveridgien. Cette opposition joue d'abord un rôle pédagogique. Mais elle doit être enrichie par la présentation du modèle scandinave. Il sera alors possible de présenter le modèle français. La présentation de ces différents modèles doit être brièvement complétée par quelques éléments concernant le traitement fait aux femmes mariées dans ces différents modèles de protection sociale.

Les idées de Bismarck et de Beveridge sont marquées par le contexte historique et politique dans lequel elles ont vu le jour. On peut présumer que l'ensemble des régimes de protection sociale inscrits dans des aires géographiques font normalement référence, du moins implicitement à des idéologies politiques ou à d'autres critères sociaux. C'est le cas de la typologie de Esping-Andersen³¹. Cet auteur définit trois façons de penser la protection sociale en fonction d'un certain nombre de critères : critère de l'accès aux droits sociaux et nature des prestations sociales servies. A la suite de Esping-Andersen repris par Bruno Palier³² nous parlerons de régime de protection sociale entendu comme «un corps de principes, de valeurs et d'objectifs politiques, économiques et sociaux associés à une configuration institutionnelle dominante organisant les droits, les prestations, le financement et la gestion de la protection sociale des individus résidant dans une nation». Les conceptions qui prévalent dans ces régimes définissent notamment le rôle et la place donnés aux institutions sociales par rapport à d'autres sources de protection, la famille, le marché ou le tiers secteur.

Esping-Andersen définit trois conceptions de la protection sociale : une conception libérale, une conception social-démocrate et une conception corporatiste (que Richard Titmuss appelait en 1958 «industriel méritocratique») Les conceptions libérale et sociale-démocrate se réfèrent à la pensée de Beveridge tandis que la conception conservatrice-corporatiste se réfère à la doctrine de Bismarck.

Non seulement leurs références historiques et leur inscription géographique diffèrent, mais aussi leurs objectifs, leurs principes de fonctionnement et leurs techniques. Dans le régime libéral, l'objectif premier est de lutter

³¹ Gosta Esping-Andersen *Les trois monde de l'Etat-providence, Essai sur le capitalisme moderne*, Ed. PUF coll. Le lien social 1999 (1ere édition *The three worlds of welfare capitalism*, 1990)

³² Bruno Palier « Les différents modèles de protection sociale et leur impact sur les réformes nationales » in Christine Daniel et Bruno Palier *La protection sociale en Europe : Le temps des réformes* La Documentation française Dress/Mire 2001 p. 35.

contre la pauvreté et le chômage ; dans le régime social-démocrate il s'agit d'assurer à tous un revenu par une redistribution égalitaire des ressources ; enfin, dans le régime conservateur-corporatiste, le but est de maintenir le revenu des travailleurs. Les principes de fonctionnement sont la sélectivité dans le premier cas, l'universalité dans le second et la contributivité dans le troisième. Les techniques en sont le ciblage, la redistribution et l'assurance sociale³³.

Un régime qualifié «de social-démocrate» recouvre les pays scandinaves qui, après la seconde guerre mondiale se sont engagés dans un système combinant à la fois plein emploi et accès aux droits sociaux sur une base universelle. La Grande-Bretagne se distingue du modèle précédent par le caractère «libéral» de l'Etat providence qu'elle a développé depuis les années 80. Le régime qualifié de «conservateur corporatiste» recouvre les pays catholiques de l'Europe continentale (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique et la France) qui partagent la même attitude vis à vis de l'Etat et des institutions, premiers fournisseurs de protection à travers les assurances sociales.

Partant de préoccupations différentes, c'est à des exigences de paix sociale et d'encadrement de la classe ouvrière que Bismarck tente de répondre, alors que Beveridge vise à couvrir la population contre l'ensemble des risques sociaux.

Cette classification a été abondamment commentée et modifiée. Son intérêt majeur réside dans le lien qu'elle établit entre régimes de protection sociale et régimes d'activité et de travail. Mais ce lien ignore le fait que les travailleurs peuvent être des hommes et des femmes, ignorance qui sera corrigée par la suite après la critique portée par les féministes à la typologie de Esping-Andersen³⁴.

Les assurances sociales et l'intégration du travailleur dans l'Allemagne des années 1880

Les assurances sociales ont été créées dans un contexte politique bien déterminé. Le chancelier Bismarck combattait l'organisation naissante de la classe ouvrière en tentant de l'intégrer dans le nouvel État allemand grâce à des mesures sociales audacieuses. Les assurances sociales ont été l'un des instruments de cette stratégie. Leur objectif a été d'assurer une classe sociale qui vit de sa seule force de travail, contre les risques qui l'empêchent de gagner sa vie pour subvenir à ses besoins. Ces risques dits «sociaux» ont été identifiés, ce sont les accidents du travail, la maladie, l'invalidité et la vieillesse. Conçues comme un instrument d'émancipation, les assurances sociales ont eu pour fonction de garantir, grâce à des cotisations prélevées sur la rémunération du travail (parts patronale et salariale), le niveau de vie antérieur du salarié, par le versement, en cas de survenue d'un risque social, de prestations déterminées en rapport avec la rémunération antérieure, appelées «revenus de remplacement».

D'un point de vue schématique, les assurances sociales ont pour base «le travail», et plus précisément une classe sociale définie par son lien de subordination juridique et de dépendance économique. Le bénéficiaire est le travailleur et la garantie offerte correspond au niveau de vie antérieur c'est-à-dire la rémunération perçue comme moyen de subsistance. Les assurances sociales constituent donc un avantage annexe au travail. Le droit aux assurances sociales s'acquiert par la participation au marché du travail dont les employeurs demeurent maîtres.

Du point de vue technique, les assurances sociales ont rompu avec l'assistance et «l'assurance privée». L'assistance qui visait les indigents, avait deux désavantages majeurs. D'une part, le demandeur devait faire la preuve de son état d'indigence, l'institution gérant l'assistance disposait de pouvoir d'investigation et d'appréciation étendus. D'autre part l'intervention de l'État était subsidiaire puisqu'elle se situait après (ou à défaut) de celle des «obligés alimentaires». L'obligation alimentaire reposait et repose encore, sur une vision de la famille inscrite dans le Code civil et la solidarité intergénérationnelle : les parents sont tenus envers leurs enfants mêmes majeurs, les descendants envers les ascendants et vice-versa. L'assurance privée quant à elle, présentait des désavantages d'un autre ordre. Par son caractère facultatif, elle faisait dépendre la couverture

³³ cf. B.Palier préc. p.35.

³⁴ G.Esping-Andersen préc. épilogue inédit de l'auteur à la version française *Les trois mondes...*, (édition revue p.277.)

sociale de la volonté de l'individu. Cette faiblesse était accentuée par la proportionnalité des primes au risque assuré.

Les assurances sociales, dont les critères distinctifs sont le caractère obligatoire et l'absence de proportionnalité entre la prime et le risque encouru, ont remplacé ces deux techniques pour assurer la sécurité d'une classe sociale déterminée. La protection des autres publics continue d'être assurée par l'assistance pour les indigents et l'assurance privée pour les autres actifs.

Les assurances sociales reposent sur un modèle social où le travailleur est un homme, qui doit subvenir aux besoins de sa famille («salaire familial»), la femme ayant une fonction de reproduction, d'éducation des enfants et de prise en charge des tâches domestiques. Aussi garantissent-elles des droits directs au travailleur et des droits dérivés aux membres de la famille dépendant économiquement du mari et du père. Elles n'ont pas pour fonction d'émanciper les membres de la famille, elles laissent intacte la dépendance économique au sein de la famille. La couverture des membres de la famille par l'assurance maladie sert ainsi à compenser les frais de traitement engagés par le chef de famille qui amputent d'autant le revenu de la famille. De même, les pensions de réversion tendent à maintenir, en cas de décès du travailleur, le niveau de vie de la famille.

La sécurité sociale et l'émancipation de l'individu (Royaume Uni 1942)

La doctrine de Beveridge sur la «sécurité sociale»³⁵ part d'une toute autre logique. Il s'agit de «mettre l'homme à l'abri du besoin» et de couvrir, en conséquence, l'ensemble de la population -sans plafond d'affiliation- contre l'ensemble des risques sociaux (chômage, maladie, accident du travail, invalidité, vieillesse), qui l'empêchent de subvenir à ses besoins.

D'un point de vue schématique, la sécurité sociale est basée sur la résidence et la «citoyenneté sociale» («universalité»). Le bénéficiaire est l'individu qui dispose de droits propres. La garantie, c'est le minimum vital ou social, identique pour tous («uniformité»).

Les individus sont répartis dans six classes définies par rapport à l'emploi :

- les travailleurs liés par un contrat de travail,
- les autres personnes exerçant une activité professionnelle,
- les femmes au foyer, mariées en âge de travailler,
- les autres personnes en âge de travailler n'exerçant aucune activité professionnelle,
- les personnes qui ne sont pas encore en âge de travailler : les enfants,
- les retraités n'ayant plus l'âge de travailler.

Cette division de la population permet de déterminer pour chaque classe, des besoins spécifiques en fonction des risques réellement encourus. Chaque individu doit payer, en contrepartie du droit à prestation, une contribution. Cette dernière est uniforme et ne varie qu'en fonction du nombre de risques encourus. La contribution de la femme mariée qui n'exerce pas d'activité professionnelle, est à la charge du mari. Les contributions payées par les hommes sont supérieures à celles payées par les femmes parce qu'elles participent au financement des prestations destinées aux femmes au foyer. Par contre, le père n'a pas de contribution additionnelle à payer pour les enfants couverts par la solidarité nationale.

Quant aux prestations, elles sont identiques pour tous et constituent un minimum vital ou social indépendant des revenus antérieurs. Beveridge n'a pas voulu «introduire dans le domaine de la protection sociale, les disparités constatées dans la distribution primaire des revenus»³⁶. Pour l'acquisition des droits, la Sécurité sociale conçue par Beveridge apparaît à la fois comme indépendante et dépendante des institutions du «mariage» et de la «famille». Dans la première catégorie on peut ranger l'accès aux soins ou l'allocation décès, dans l'autre, figurent les pensions vieillesse ou «pensions partagées» (*shared pensions*).

³⁵ W. Beveridge, *Social insurance and allied services*. Report presented to parliament by command of her Majesty. November 1942, New York, Agathon Press, 1969.

³⁶ G. Perrin, «Le plan Beveridge : ses grands principes», RISS, 1-2, p.45.

Par ailleurs, le système beveridgien prend en compte le mariage pour la détermination des besoins. C'est ainsi que la proposition avait été faite de reconnaître l'abandon ou la séparation comme des risques sociaux spécifiques de la femme au foyer. Néanmoins, les veuves en âge de travailler, sans enfant mineur à charge, se voient reconnaître le droit à une «prestation veuvage» temporaire devant leur permettre de retourner sur le marché du travail et d'acquérir ainsi une indépendance économique.

Le plan de sécurité sociale prôné par Beveridge accorde une priorité absolue à la technique de l'assurance sociale même s'il intègre l'assistance nationale ou l'assurance volontaire. À chacune des techniques est assigné un rôle précisément défini. En effet, l'assistance dite «nationale» doit avoir un rôle secondaire et limité. Elle ne doit concerner que les personnes qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'ouverture des droits en matière d'assurance. Elle doit, en tout état de cause, être ressentie par la personne qui en bénéficie, comme moins favorable que la protection par l'assurance. Son bénéfice donnera lieu à une justification des besoins, à un examen des ressources incluant les revenus du conjoint et sera soumis à des conditions de comportement. Le champ de l'assistance devra diminuer à mesure que l'assurance sociale couvrira tous les besoins prévus par le plan.

Par ailleurs, en ce qui concerne la sécurité sociale garantissant des prestations minimales, le soin est laissé aux individus d'adapter cette protection de base à la diversité des besoins en recourant en complément, à une assurance volontaire. Ainsi, le droit à la sécurité sociale n'est pas subordonné à la participation au marché du travail, mais sa validité dépend avant tout du niveau du minimum vital garanti.

Le modèle Scandinave ³⁷

Peter Abrahamson, après avoir montré les difficultés de proposer une typologie des modèles de protection sociale conclut à l'existence d'un modèle scandinave³⁸. Il s'agit plutôt d'un modèle qui n'a existé que comme une entité idéale-typique et son interprétation diffère d'un pays scandinave à l'autre.

Il est caractérisé par une société dans laquelle le secteur public assure la responsabilité du financement et de la fourniture de services sociaux pour l'ensemble des citoyens à un niveau élevé tant sur le plan qualitatif que quantitatif. Selon Esping-Andersen seul le «régime social-démocratique est véritablement universel».

Le citoyen et la résidence

Généralement, dans le modèle scandinave, l'Etat fournit, finance et réglemente les services de protection sociale pour tous les citoyens, sur toute la vie. Le modèle scandinave est considéré comme l'aboutissement réussi d'un mouvement ouvrier puissant et bien organisé, de tendance social-démocrate, et comme une troisième voie ou voie intermédiaire entre le capitalisme et le communisme.

Du point de vue de la législation et des principes mis en œuvre, il est juste de considérer les Etats Providence nordiques comme des sociétés dans lesquelles les citoyens ont droit à une protection sociale du fait de leur citoyenneté. Ils sont universalistes dans leur ambition de protection sociale. Parmi ses caractéristiques politiques, on peut mentionner l'existence d'un Etat fort et étroitement intégré à la société via les collectivités locales et les mouvements populaires, une tradition de démocratie reposant sur le consensus, le multipartisme avec des partis social-démocrates et agrariens puissants, « de grandes ambitions de protection sociale qui s'expriment dans des droits institutionnels liés à la citoyenneté, un secteur public administré par des bureaucraties universelles au sens weberien, une administration publique peu corrompue et un niveau d'efficacité relativement élevé»³⁹.

Le principe d'égalité

Si la place du principe d'égalité est discutée par Abrahamson, selon d'autres auteurs les pays scandinaves auraient «une passion pour l'égalité». Ce qui est sans doute exact s'agissant des femmes car ces pays ont

³⁷ Peter Abrahamson, « Le modèle scandinave de protection sociale », in MIRE/ DRESS *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, vol.4, Tome I.

³⁸ Les pays concernés sont le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède.

³⁹ Cité par P. Abrahamson, *loc.cit. supra*

généralement refusé la ratification de conventions internationales de travail de l'OIT leur assurant une protection différente de celles des hommes, au nom du principe d'égalité. La participation des femmes au marché du travail⁴⁰ constitue ainsi, une autre caractéristique de la société scandinave. Cette participation est facilitée par l'existence de structures collectives, notamment pour la garde des enfants en journée même s'il existe des écarts entre les pays scandinaves dans ce domaine. De même, les personnes âgées sont généralement plus nombreuses à être accueillies et soignées dans des structures collectives en Scandinavie que dans tout autre pays.

Il existe bien, selon l'auteur, un modèle scandinave de protection sociale qui revêt cependant un caractère dual avec des versements et des services d'un niveau plutôt satisfaisant pour la population active et moins généreux pour les groupes marginalisés. Ce modèle est fortement orienté sur la fourniture de services de qualité au profit de la classe moyenne. De ce point de vue l'objectif a été atteint. L'universalisme des classes moyennes a protégé l'Etat providence des risques de remise en cause. Mais il est clair aussi, qu'il a atteint ses limites dans la mesure où le chômage, la pauvreté et l'exclusion se diffusent aussi dans ces pays.

Comment situer la France ?

Les objectifs initiaux

Le plan français de Sécurité sociale de 1945 emprunte à la fois au modèle des assurances sociales de Bismarck et au modèle de sécurité sociale de Beveridge

Dès l'élaboration des principes initiaux du plan de sécurité sociale, les réformateurs français ont adopté une démarche de réalisation progressive du plan, qui a été retranscrite dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale :

« Il est institué une organisation de la sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent (al. 1^{er}) ».

« Des ordonnances ultérieures (...) pourront étendre le champ d'application à des catégories nouvelles de bénéficiaires et à des risques ou prestations non prévues par les textes en vigueur » (al.3).

Cette démarche, qui prévoit l'extension par étapes de la sécurité sociale aux différentes catégories sociales, est connue en France sous l'appellation de « généralisation ».

Les réformateurs français et surtout Pierre Laroque ont oscillé entre une protection privilégiant le travailleur et une protection applicable au citoyen. La sécurité sociale a été utilisée comme un instrument d'émancipation des travailleurs à un double titre : elle a amélioré leur *situation matérielle* et elle a permis leur implication dans la gestion des organismes de sécurité sociale (« *la gestion démocratique* »). En même temps, les réformateurs sociaux ont défendu l'idée que la sécurité sociale devait « garantir à tous les éléments de la population qu'en toutes circonstances ils jouiront de revenus suffisants pour assurer leur subsistance familiale »⁴¹.

La « généralisation » : la solidarité de tous les travailleurs

La « généralisation » fut amorcée par la proclamation de la solidarité de tous les salariés, quelque soit leur gain. Le plafond d'assujettissement, qui constituait la marque des assurances sociales, de la couverture de la classe ouvrière, fut aboli en 1945. Mais la sécurité sociale a maintenu la condition d'activité professionnelle pour l'ouverture des droits. Celle-ci sera par la suite abandonnée au profit de la condition de résidence.

La loi du 22 mai 1946⁴² a étendu les assurances sociales à l'ensemble de la population sous condition de nationalité/résidence et de contribution. La loi définit d'abord son champ d'application : « Tout Français résidant sur le territoire (...) bénéficie des législations sur la sécurité sociale et est soumis aux obligations prévues par ces législations dans les conditions de la présente loi (art. 1^{er}. Un règlement d'administration publique fixera (...) le statut des étrangers résidant en France ou qui, résidant à l'étranger, travaillent de façon permanente sur le territoire français. » (art. 2)

⁴⁰ Cf tableau 5 Peter Abrahamson préc.

⁴¹ P. Laroque, « Le plan français de sécurité sociale. » *Revue française du travail* 1946 n°1 p.9.

⁴² Loi n°46-1146 du 22 mai 1946 portant généralisation de la sécurité sociale. J.O. du 23 mai 1946 p. 4475.

Elle fixe ensuite les obligations -les cotisations- et les droits -les prestations- en divisant la population couverte en *neuf catégories*. Les cinq premières catégories paient des cotisations :

- les salariés et assimilés des professions non agricoles,
- les salariés et assimilés des professions agricoles et forestières,
- les personnes exerçant une activité professionnelle non salariée,
- les conjoints des catégories 1, 2 et 3 n'exerçant aucune activité professionnelle propre,
- les personnes autres que les 4 catégories précédentes.

Ces cotisations sont calculées suivant des mécanismes différents, qui tiennent compte des rémunérations des personnes. En effet, la sécurité sociale française garantit des «revenus de remplacement» dont le montant est fonction de la rémunération antérieure. En conséquence, le financement repose sur des cotisations assises sur les rémunérations et non pas sur des contributions forfaitaires et uniformes. La cotisation pour les conjoints «est assise sur un montant égal au minimum de la pension de vieillesse accordée aux assurés sociaux à l'âge de 65 ans» (art. 3 §3). En contrepartie de cette cotisation, ils ont droit «en sus des prestations dont ils bénéficient du chef de leur conjoint, (...) aux prestations de l'assurance-vieillesse» (art. 10). Quatre catégories sont exonérées de toute cotisation :

- les enfants à charge ;
- les personnes âgées de plus de 65 ans n'exerçant aucune activité professionnelle ;
- les infirmes ou incurables privés de ressources, les titulaires d'une pension d'invalidité et les titulaires d'une rente d'accident de travail, lorsqu'ils sont absolument incapables d'exercer une activité professionnelle quelconque ;
- les chômeurs complets inscrits à un Office du Travail.

L'approche française révèle un lien fort entre la sécurité sociale, la cotisation et l'activité professionnelle. Elle se distingue de «l'universalité sélective» de Beveridge non pas par l'élément contributif, mais par le type de garantie assuré : le niveau de vie antérieur et non le minimum vital. Les réformateurs français ont opté pour un système de sécurité sociale reflétant la hiérarchie des revenus primaires. Cependant, l'introduction d'un plafond de cotisations et de prestations, au-dessus duquel «les intéressés doivent eux-mêmes faire un effort volontaire de prévoyance libre» rapproche les deux systèmes⁴³.

L'échec de la généralisation

La mise en application de la généralisation prévue par la loi du 22 mai 1946 était conditionnée par le redressement économique de la France. Elle était également couplée à l'extension de l'allocation aux vieux travailleurs salariés «à tous les vieux» moyennant cotisation. Ce volet rencontra une vive opposition de la part des indépendants, qui refusèrent en masse de s'affilier à une caisse unique et de payer des cotisations. Cette opposition fit reculer le Gouvernement. L'événement a marqué la fin de l'extension progressive de la sécurité sociale et son unité et a préparé le chemin de la multiplication des régimes reconnaissant les particularismes professionnels.

Les efforts entrepris au cours des années 70 et 90 pour cette généralisation ont rencontré de vives oppositions. La réforme des années 70 n'a pas abouti à une couverture obligatoire pour l'ensemble de la population (sauf en matière de prestations familiales), mais seulement à la création d'une assurance facultative à destination de la population résiduelle, renvoyant les plus pauvres à l'aide sociale. Les projets de réforme des années 90 ont franchi le cap en offrant une couverture obligatoire à tous pour le risque «maladie-maternité» sans pour autant réussir une réorganisation du système de sécurité sociale dans le sens de la création d'un régime unique reposant sur des droits et des obligations uniformes. Le droit à la sécurité sociale demeure en France associé à une activité professionnelle et continue à s'exercer dans le cadre de régimes professionnels coexistant avec un régime général censé accueillir tous ceux qui, par défaut, s'ouvrent des droits par la seule condition de résidence.

Conçu au départ comme un système à vocation universelle d'inspiration beveridgienne, le système français a progressivement dérivé vers une structuration en régimes professionnels, même si le régime général s'est progressivement appliqué à de nouvelles catégories professionnelles (par la disparition de certains régimes

⁴³ Sur cette question, cf. N. Kerschen «la doctrine du rapport Beveridge et le plan français de sécurité sociale de 1945. Unité, Universalité, Uniformité », *Droit ouvrier*, octobre 1995, p. 422-423.

spéciaux) ou de nouvelles catégories de personnes par les lois de généralisation. Il en résulte un système mixte qui combine des apports divers mais reste, du point de vue qui nous intéresse peu marqué par le principe d'égalité. C'est un système largement familialisé.

II -Le traitement réservé aux femmes mariées dans ces différents régimes

En dépit de leur apparente neutralité vis à vis des hommes et des femmes, ces conceptions de la protection sociale doivent être également analysées en fonction du traitement réservé aux femmes mariées. La place accordée au principe d'égalité entre hommes et femmes dans ces régimes a pour conséquence des effets extrêmement différenciés sur la situation des femmes mariées. Dans la plupart des pays, il allait de soi que le mariage conditionnait l'accès à des droits sociaux dérivés de ceux du «chef de famille». Ainsi en République fédérale d'Allemagne, avant 1968, les femmes assurées avaient la possibilité de demander le remboursement de leurs cotisations à l'assurance pension au moment de leur mariage. Beaucoup ont usé de cette faculté, ce qui entraînait l'extinction des droits correspondants. Dans la plupart des cas, les intéressées devaient regretter leur décision. Depuis 1982, elles peuvent demander à re-verser volontairement les cotisations ayant fait l'objet du remboursement, ce qui leur permet d'acquérir de nouveaux droits, ces cotisations volontaires étant prises en compte pour l'accomplissement du stage ouvrant droit à pension.⁴⁴

Par ailleurs, les principes de Beveridge ont donné lieu à deux interprétations, l'une dans le contexte égalitaire des pays scandinaves et l'autre dans un contexte de répartition sexué des rôles au Royaume-Uni.

Le plus souvent, les régimes de sécurité sociale se sont construits sur une vision différenciée des rôles entre les hommes et les femmes. Ils se sont également construits à une époque où les familles étaient plus stables et plus fertiles. La structure des risques était également différente de celle que nous connaissons actuellement.⁴⁵

Surtout, les différents Etats membres ont mis plus ou moins de temps à considérer l'exigence d'égalité entre les femmes et les hommes. Le modèle du « Breadwinner » est dominant et même si le système de protection sociale est apparemment neutre, les inégalités de traitement étaient nombreuses avec des nuances dans le système scandinave. Une analyse fine des Etats appartenant à ce modèle, montre les évolutions par rapport au modèle du breadwinner.⁴⁶

Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de montrer la conception des différents systèmes lors de leur mise en place ou au moment de l'adoption de la directive 79/7⁴⁷.

Au Royaume Uni

Le système national d'assurances sociales autorisait les femmes mariées à choisir de ne pas cotiser pleinement et de s'appuyer sur les cotisations de leur mari. Mais en choisissant cette option, elles perdaient la possibilité d'obtenir des prestations en leur nom. Etant donné les particularités du système national d'assurances sociales, fondé sur une approche unifiée, ce choix entraînait pour la femme son exclusion de toutes les prestations sociales, à l'exception de l'assurance contre les accidents du travail et de la prestation pour les personnes à charge. En faisant usage de cette option, les femmes devaient renoncer non seulement à la pension individuelle complète, mais aussi à d'autres prestations en cas de maladie, invalidité, chômage et maternité. Les femmes mariées qui choisissaient de rester dans le système national d'assurances devaient payer des cotisations

⁴⁴ Anne-Marie Brocas, Anne-Marie Cailloux, Virginie Oget, *Les femmes et la sécurité sociale*, BIT 1988 p.30

⁴⁵ Esping Andersen préc. Egalement « Un Etat-providence pour le XXIème siècle » in *La protection sociale en Europe* préc.77. P. Strobel « Les mésaventures de Monsieur Gagnepain » in F.Ronsin, Hervé Le Bras et Elisabeth Zucker-Rouvillois, *Démographie et Politique* Ed. Universitaires de Dijon

⁴⁶ Sur ces nuances cf. Diane Sainsbury , « Le genre et la construction des Etats providence en Norvège et en Suède » et Kari Skrede « Façonner l'égalité entre hommes et femmes, le rôle de l'Etat en Norvège, expérience, politique actuelle et défis de demain » in MIRE/DREES, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France* , T. II

⁴⁷ Cf. chapitre 2 p. 45.

complètes mais recevaient des prestations moindres que celles des hommes mariés et des personnes célibataires à moins qu'elles ne soient elles-mêmes chefs de famille.⁴⁸

L'existence d'allocations pour des personnes adultes à charge constituait un encouragement pour les femmes à rester au foyer, renforçant par là même la division traditionnelle du travail au sein de la famille. Contrairement au système hollandais, ce système d'allocations pour personnes dépendantes tenait compte de l'activité économique de l'épouse. Ainsi, l'allocation n'était-elle versée que pour des personnes à charge sans revenu ou au bénéfice d'un revenu inférieur à l'allocation. En outre, les femmes mariées ne pouvaient pas faire valoir une augmentation du fait du nombre de leurs enfants. Enfin, seuls les maris avaient le droit aux allocations variables selon les niveaux de salaires. En Grande-Bretagne les femmes mariées qui avaient un emploi n'étaient pas complètement dépouillées de leurs droits en matière de pensions et autres prestations comme c'était le cas au Pays-Bas. L'égalité des droits leur était refusée et l'option évoquée les encourageait à renoncer à leurs droits. Les femmes ont fait largement usage de cette option, de sorte qu'au début des années 1970, les 3/4 des femmes mariées avaient choisi de quitter le système national d'assurances⁴⁹. Il n'est guère surprenant que tant de femmes mariées aient fait ce choix, compte tenu du fait que l'alternative « était soit de n'avoir aucun droit individuel contre peu d'obligations, soit d'avoir seulement des droits partiels contre une cotisation complète ».

Aux Pays-Bas⁵⁰

Le principe catholique de subsidiarité et la doctrine protestante de la souveraineté des sphères ont assigné un rôle central à la famille traditionnelle. Dans ce contexte, le discours religieux a soutenu l'intervention de l'Etat pour protéger la famille contre les difficultés économiques et pour aider le chef de famille à remplir ses obligations⁵¹. Le principe d'entretien est solidement ancré dans la sécurité sociale et les prestations et les cotisations s'articulent autour de la norme familiale et de la notion de minimum familial.

Au cours des années 1960, les prestations minimum en matière de pensions étaient liées au salaire minimum et le minimum standard était calculé sur la base du couple alors que les célibataires recevaient un montant plus bas. Ultérieurement, le minimum social a été rehaussé et étendu à un plus grand nombre de prestations. Le bénéficiaire désigné était la personne responsable de l'entretien de la famille et les prestations étaient calculées en fonction des responsabilités familiales. Ainsi, le minimum social correspondait à peu près au salaire minimum net des couples, à 90% du salaire minimum net pour les familles monoparentales et à moins pour les célibataires et les jeunes adultes vivant à la maison.

Pour les cotisations au système national, l'unité était également le ménage ; les cotisations étaient à la charge du chef de famille et calculées en fonction du revenu familial. Les assurances maladie obligatoires couvraient automatiquement les membres non salariés de la famille sans qu'aucune cotisation complémentaire ne soit requise. « Comme c'étaient le ménage qui constituait l'unité de prestations et de cotisations, les femmes mariées ne disposaient pas d'un droit individuel aux prestations des assurances nationales »⁵². La discrimination la plus grave à l'égard des femmes résidait dans le fait que celles-ci n'avaient pas le droit individuel à une rente vieillesse de base, ni aux indemnités prolongées en cas de chômage, ni aux prestations en cas d'invalidité totale introduites au milieu des années 70.

⁴⁸ Groves Dulcie (1983), « Members and survivors : Women and retirement Legislation » in Jane Lewis (ed) *Women's welfare, women's rights* London : Croom Helm. Voir aussi Diane Sainsbury « Les droits sociaux des femmes et des hommes », in coll. *Genre et politique Débats et perspectives*, Gallimard Folio Essais (inédit) 2000. Voir enfin Jane Lewis, in « La Place des femmes Egalité, différence et rapports sociaux de sexes dans les Etats providence du XX^e siècle », Ed. de la Découverte 1995. Egalement Hilary Land et Roy Parker « La politique de la famille en Grande-Bretagne et sa dimension idéologique », *Nouvelles Questions féministes* 1984 n°6/7 p.107.

⁴⁹ Land Hilary (1985) « Who Still Cares for the family ? Recent developments in Income maintenance, Taxation and Family Law » in Clare Ungerson (ed), *Women and social Policy : A Reader*, Londres, Mac Millan, cité par Diane Sainsbury, préc. p. 253.

⁵⁰ Développements empruntés à Diane SAINSBURY, « Les droits sociaux des femmes et des hommes », préc. p. 246.

⁵¹ Borchorst 1994

⁵² Roebroek et Berben cité par Diane Sainsbury p. 247

L'importance de la protection de la famille en tant que norme dominante, se reflète également dans les assurances obligatoires pour les employés.

Le principe d'entretien et la conception du père chef de famille devant subvenir aux besoins de ses enfants ont influencé les allocations familiales qui consistaient en des transferts d'assurances sociales et non en des prestations indépendantes des contributions comme en Grande-Bretagne et en Suède. La combinaison d'allocations familiales avec des déductions fiscales signifiait que les pères étaient soutenus dans leurs responsabilités familiales quelque soit leur situation économique.

En conclusion aux Pays-Bas, les coûts de la famille étaient étatisés à travers des subsides versés au chef de famille. Un ensemble de mesures offrait au chef de famille une sécurité importante pour subvenir aux besoins du foyer : la garantie d'un salaire minimum, un minimum social fixé à peu près au même niveau que le salaire minimum, un taux élevé de compensation du système d'assurance des employés et des allocations familiales indexées, adaptées aux familles nombreuses et qui prenaient en compte le coût variable des enfants. Cette politique débouchait sur une situation relativement proche du salaire familial pour la majorité des familles ayant un revenu.

L'idéologie de «l'homme chef de famille» se retrouvait également dans la législation sur le travail et dans le système fiscal. Les hommes étaient favorisés en termes d'accès au travail alors que la législation pénalisait davantage qu'elle n'encourageait les femmes mariées qui entraient sur le marché du travail : elle les poussait à participer seulement de manière marginale, voire à ne pas participer du tout. Leur place était clairement au foyer. A la fin des années 60, les Pays-Bas représentaient le profil type du modèle de «l'homme chef de famille» en ce sens que les droits sociaux découlaient presque entièrement du principe d'entretien et que le bénéficiaire était le chef de famille.

Au moment de l'adoption de la directive 79/7

André Laurent qui a commenté la directive⁵³ montre à l'aide d'un certain nombre d'exemples que l'égalité de traitement entre hommes et femmes n'était pas la règle dans les régimes légaux de sécurité sociale. Certes, la situation variait selon les pays et il n'était guère facile de dresser un tableau ou un catalogue exhaustif des inégalités de traitement dans chaque pays. Il n'était donc question pour lui, que de donner quelques exemples typiques des situations au moment de l'adoption de la directive et des répercussions sur les dispositions nationales de sécurité sociale.

« Au Royaume-Uni et en Irlande, il était encore très difficile pour une femme mariée d'obtenir des majorations d'indemnités de maladie ou de chômage pour son conjoint ou ses enfants à charge. En vertu de la directive, elle pourra obtenir ces majorations dans les mêmes conditions que son mari. Si elle devient invalide ou pensionnée de vieillesse, elle pourra prétendre à des majorations pour ses enfants. En outre, les montants des prestations de base fixés à un taux inférieur pour la femme mariée devront être supprimés en Irlande et la durée de versement des prestations devra être unifiée. En Irlande, en effet, la femme mariée reçoit encore des prestations de chômage moins élevées et pour une période plus courte que pour les autres chômeurs ».⁵⁴

Aux Pays-Bas, la femme mariée qui atteint l'âge de 65 ans avant son mari n'a pas droit à la pension de vieillesse nationale. Cette disposition devrait être supprimée. Elle a, en réalité, de grandes conséquences car elle met en cause un principe de base de la législation sociale néerlandaise : la notion de chef de famille.

En **Belgique**, la femme mariée ne pouvait obtenir de soins de santé pour son conjoint à charge que dans certaines conditions. En **Allemagne**, la Cour constitutionnelle a déjà mis en cause la différence de valeurs actuarielles des pensions de vieillesse accordées aux femmes malgré des cotisations égales à celles des hommes et décidé que les différences de traitement devraient être éliminées avant 1984.

⁵³ tant dans la revue *Droit social* juin 1979 p.243 « Une directive pour les années quatre vingt » que dans la *Revue internationale du travail*

⁵⁴ Laurent préc. : *Droit social*, p.244

Ces quelques exemples devaient servir de terreau à un abondant contentieux devant la Cour de justice des Communautés européennes.⁵⁵

III – La place de la famille et de l'individu dans les systèmes sociaux des Etats de l'UE

L'individualisation des droits sociaux qui est souvent associée (et en premier lieu par la Commission européenne) à la recherche d'une plus grande égalité entre hommes et femmes rencontre la réticence de certains États en raison de leurs systèmes de protection sociale et des fondements sur lesquels ils reposent. La place faite à la famille est l'un des éléments de différenciation des systèmes non seulement du point de vue des fonctions économiques et sociales qu'elle assure, mais aussi du point de vue des modèles familiaux qui sont sous-jacents à ces systèmes. C'est pourquoi nous commencerons par l'analyse des représentations de la famille telles qu'elles sont inscrites dans le droit positif, les Constitutions, le droit fiscal, le droit civil (notamment en matière d'obligations alimentaires). La qualification familialiste des systèmes institue en même temps la division des rôles entre hommes et femmes dans les ménages. Elle influe sur les comportements d'activité professionnelle des femmes ainsi que sur les modes de partage des responsabilités au sein des familles, entre celles qui sont liées au travail domestique et celles qui sont liées au travail professionnel. Cette qualification présuppose enfin que la famille remplit des fonctions, et en particulier des fonctions de protection pour les enfants et les personnes dépendantes, lesquelles fonctions se traduisent par des services aux personnes, et renvoient à ce que l'on désigne très globalement par le terme de «care» en anglais. Ce travail étant exercé principalement par les femmes, il entre en concurrence avec le travail professionnel.

La représentation de la famille dans le droit positif des pays de l'UE

La manière dont la famille est mentionnée et traitée dans les Constitutions ou dans les systèmes fiscaux par exemple, donne une première indication sur les modèles familiaux qui sous tendent l'intervention publique⁵⁶.

La famille dans les Constitutions

La plupart des pays de l'UE ont, de longue date, montré leur intérêt pour les questions familiales, ce qui s'est traduit par des références à la famille dans leurs Constitutions et par l'existence de structures institutionnelles, reconnaissant ainsi la famille comme une institution sociale fondamentale et légitimant en même temps l'intervention de l'État dans ce domaine. L'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, le Luxembourg et le Portugal sont les pays qui sont allés le plus loin dans la reconnaissance du rôle de l'État comme acteur essentiel des politiques familiales. En Allemagne, au Luxembourg et en Irlande, la constitution identifie la «famille légitime» comme celle qui est fondée sur le couple marié, et la Constitution grecque fait référence aux enfants légitimes. Au Portugal, la Constitution prescrit la nature de la protection et l'aide que l'État doit apporter à la famille. Les Constitutions de l'Irlande et de l'Italie définissent la famille comme un domaine privé dans lequel l'État ne doit pas s'immiscer, et l'Irlande, l'Italie, l'Espagne (post-franquiste) et le Royaume-Uni sont les pays les plus sourcilieux au sujet de la défense de la famille en tant que sphère privée. Par conséquent, leurs gouvernements ne développent pas de programmes explicitement destinés à la famille. Les pays nordiques, en accord avec les principes d'égalité et d'individualisation, ont progressivement abandonné l'idée de politiques visant la famille en tant qu'institution pour centrer leur action sur les individus.

⁵⁵ Cf Chapitre 2

⁵⁶ La notion de modèles familiaux telle qu'elle est employée ici, ne se réfère pas aux méthodes typologiques des statisticiens ou des démographes qui utilisent des indicateurs quantitatifs à propos des événements qui touchent les familles. Les modèles familiaux renvoient à des modes de conceptualisation de la famille. Les statisticiens dont la catégorie de référence est plutôt le ménage que la famille, utilisent deux modes de classement des ménages : l'un se réfère au logement, l'autre au budget et à l'unité budgétaire. Ces modes de classement partagent les pays européens en deux : le Danemark, la Finlande, la France et la Suède se réfèrent à l'unité de logement et les autres pays à l'unité budgétaire qui est plus conforme à la définition internationale de l'ONU. Cette manière de classer n'est pas complètement neutre ; elle peut infléchir les critères d'attribution de droits sociaux sous condition de ressources.

Bien que la référence à la Constitution n'ait pas la même force dans tous les pays, il n'en reste pas moins que la manière dont la famille y est inscrite révèle la prégnance de certaines représentations et contribue à légitimer l'action publique dans ce domaine⁵⁷.

La famille dans les systèmes d'imposition

Les systèmes d'imposition sont loin d'être neutres vis-à-vis de la famille, du travail des femmes ou même de l'incitation à la natalité. Selon le mode de calcul adopté, ils peuvent favoriser, ou défavoriser, certaines formes familiales. Une partie des pays européens ont opté pour des déclarations individuelles : Royaume-Uni, Danemark, Grèce, Italie, Pays-Bas, Finlande et Suède. En revanche, sept pays prennent la famille comme base d'imposition, selon différents systèmes : l'Espagne, l'Irlande et le Portugal cumulent les revenus tandis que la Belgique, l'Allemagne et le Luxembourg répartissent le revenu global entre les partenaires, et que la France divise le revenu par le quotient familial qui tient compte de la présence d'enfants.

En fait, la plupart des systèmes sont des systèmes hybrides. Certains, basés sur le ménage, offrent des possibilités d'imposition individuelle tandis que des systèmes individualisés offrent la possibilité de transférer des avantages fiscaux non utilisés au conjoint. De fait, seules la Suède et la Finlande ont un système totalement individualisé. Mais il reste que certains systèmes, en particulier ceux qui partagent le revenu, renforcent le statut du mariage et seraient plutôt incitatifs à l'inactivité professionnelle ou à certaines formes d'activité réduite, tandis que d'autres favorisent l'indépendance économique des femmes indépendamment des formes de vie privée, à condition qu'il y ait des allègements fiscaux accordés pour les enfants.

La prise en compte des enfants du ménage à travers le mécanisme du quotient familial est l'apanage du système français qui, outre sa justification nataliste ancrée dans l'histoire de l'action publique vis-à-vis des familles, vise à favoriser une forme de redistribution horizontale entre les familles qui ont des enfants et celles qui n'en n'ont pas. L'idée sous-jacente est que le coût des enfants ne doit pas amputer le revenu des ménages et entamer leur niveau de vie, comparativement aux ménages sans enfants. De plus, la « production » d'enfants n'est pas considérée seulement comme une affaire privée, mais comme un acte qui comporte une dimension collective, une contribution aux ressources de la nation, un acte socialement utile. La déduction fiscale pour frais de garde d'enfants relève de la même conception congruente avec la conception générale de la politique familiale française.

Les obligations familiales

La manière dont sont définies et conceptualisées les obligations familiales nous renseigne sur le partage des rôles entre la famille, l'État, le marché, ou d'autres collectifs pour la prise en charge, non seulement financière mais aussi matérielle, des soins aux enfants et aux personnes dépendantes. La notion d'obligation est complexe ; elle a des fondements juridiques, mais elle est aussi une notion économique liée à une morale de dévouement, du don et de l'altruisme.

L'exemple des soins aux enfants montre comment certains pays comme la France et les pays scandinaves ont transféré à l'État et aux collectivités locales une partie de cette obligation sous forme de prise en charge de la garde et de l'éducation des jeunes enfants. Cela se traduit par des équipements pour la petite enfance, des écoles maternelles et des prestations allouées aux activités collectives. Ce transfert vers l'État est justifié par la nécessité de faciliter l'activité professionnelle des mères et par le souci de donner des chances égales aux enfants. De plus en plus, il est justifié par le droit des enfants (droit d'avoir une place en crèche, par exemple comme au Danemark). En revanche, au RU, en Allemagne ou aux Pays-Bas, la prise en charge de la petite enfance incombe prioritairement à la famille, sauf lorsqu'elle est défaillante, auquel cas l'État intervient et s'y substitue. La reconnaissance des obligations est déterminante pour fixer les limites de l'intervention de l'État comme on le voit à propos des familles monoparentales et de la prise en charge des enfants dont le père est absent.

La question des obligations est peut-être plus aiguë encore à propos de la prise en charge des personnes âgées dépendantes. Si la notion d'obligation alimentaire inclut l'idée de solidarité familiale, cette solidarité devient de plus en plus difficile à maintenir dans un contexte de nouvelle géométrie de la famille avec ses éclatements, ses

⁵⁷ L. Hantrais, M-T Letablier, *Familles, travail et politiques familiales en Europe*, Paris, PUF (Cahier CEE 35), 1996.

recompositions et sa dispersion géographique. Faut-il «déprivatiser» les obligations familiales ? Et que peut-on leur substituer ? Leur mise en œuvre est davantage que par le passé un objet de contentieux au fur et à mesure de leur monétarisation. La vie en commun et les prestations en nature (et en temps) ne constituent plus en effet, l'exécution normale de la solidarité familiale vis-à-vis des personnes âgées dépendantes. En France cette gestion est associée au débat public sur la lutte contre le chômage et constitue un champ d'action de la politique de l'emploi, tandis qu'au RU, elle est plutôt connectée à la reconnaissance du travail de soins effectué par les femmes dans la famille. En Allemagne, le débat est posé en termes de risque social nouveau, le risque dépendance qui appelle l'extension du système d'assurance. En Suède et au Danemark, ce risque est couvert par l'État et relève de la solidarité sociale.

À travers ces exemples se profilent des représentations différenciées de la famille. Elles opposent une conception «conjugale» dans laquelle l'institution du mariage joue un rôle essentiel pour définir la famille qui est d'abord un couple légitime en charge de la reproduction sociale, à une conception «désinstitutionnalisée» qui voit la famille comme une «forme de vie primaire» (Pays-Bas), une forme d'arrangement de vie entre des personnes dont les liens n'impliquent pas ou peu un système d'obligations juridiques ou morales. Dans ce cas, l'idée de protection de la famille par l'État est rejetée. Dans les pays scandinaves, l'État intervient dans les affaires de famille au nom de l'égalité des chances entre hommes et femmes et pour protéger les droits de l'enfant.

Si la notion d'obligation familiale revêt un sens large et est surtout utilisée par les sociologues, la notion d'obligation alimentaire en revanche est inscrite dans le droit civil. Elle prend différentes formes selon les pays qui se répartissent en deux groupes selon que la conception de l'obligation alimentaire est plus ou moins large. On distinguera les pays dans lesquels l'obligation alimentaire est restreinte, comme par exemple les pays nordiques, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et l'Irlande, où seule subsiste une obligation alimentaire entre époux, et entre parents et enfants mineurs (obligation d'éducation). La personne adulte, en âge de travailler, est supposée être autonome financièrement grâce aux revenus d'activité professionnelle. Lorsqu'elle n'est plus en âge de travailler, elle bénéficie de retraites, de prestations de protection sociale, et de services en cas de dépendance. Dans un second groupe de pays auxquels appartiennent les pays de l'Europe du sud, la France, l'Allemagne, l'Autriche, le Luxembourg et la Belgique, le droit civil impose des obligations alimentaires, non seulement entre époux mais aussi entre parents et enfants, même majeurs, et surtout entre descendants et ascendants jusque la fin de leur vie. Lorsqu'un membre de la famille est dans le besoin, les autres membres lui doivent assistance (solidarités intergénérationnelles). Cette conception «patrimoniale» de l'obligation alimentaire, articulée à une conception de la famille, garde une certaine actualité en France aujourd'hui comme en témoignent les débats sur la prise en charge des personnes âgées dépendantes.

La conceptualisation de cette question sous la forme du «care» telle qu'on l'observe dans les publications anglaises et nordiques, permet de traiter dans un même ensemble la question des enfants et des personnes âgées. Elle remet cette activité au centre de la problématique.

IV – Les évolutions des systèmes nationaux au regard de l'individualisation

Comment l'individualisation des droits pénètre-t-elle les systèmes nationaux de protection sociale ?

Le Danemark et l'Allemagne relèvent de conceptions différentes, présentant chacun une cohérence interne remarquable : d'une part l'individu et le travail, d'autre part le travailleur et sa famille. Le système danois permet aux individus d'être à la fois des travailleurs et des parents. Leur indépendance financière va de pair avec des droits propres. Le système allemand repose sur un partage et une complémentarité des rôles par sexe au sein de la famille et appelle une individualisation des droits impliquant également un partage des droits acquis dans le travail et dans la sphère domestique.

Le modèle universel danois et le modèle familialiste allemand

Au Danemark, le mariage ne constitue plus la base de la régulation sociale. Il est devenu un arrangement d'ordre privé. Chaque individu doit être financièrement indépendant. Cette indépendance est obtenue grâce à une participation au marché du travail. Les femmes sont massivement entrées sur le marché du travail dans les années soixante et elles ont revendiqué par la suite le droit au travail, qui leur a été garanti par l'État. Ce compromis social, fondé sur le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, implique du point de vue de la protection sociale, un mélange de droits universels, de droits assurantiels basés sur l'activité

professionnelle et de mise à disposition de services gratuits notamment pour la petite enfance et les personnes âgées. Dans la période récente, les enfants ont également acquis des droits propres. L'individu est perçu comme un travailleur futur, présent ou passé.

En matière de santé, le Danemark, qui garantit sous forme de droit fondamental, à chaque résident, un accès gratuit aux soins médicaux, vient de parachever l'individualisation des droits en offrant des droits propres aux enfants, par la délivrance d'une carte individuelle de sécurité sociale. Cette réforme semble avoir été motivée à la fois par la recherche d'une plus grande transparence dans les dépenses de santé -au préalable, il était impossible d'isoler des dépenses de l'enfant de celles de la mère- et par les difficultés pratiques engendrées par les divorces et les gardes d'enfants alternées. Elle suit une modification du système fiscal qui s'est traduit par l'individualisation de l'imposition et par l'abolition des réductions d'impôt pour charge d'enfant. En contrepartie, chaque enfant a droit à une allocation (*Child benefit*) qui est versée en principe à la mère. Il s'agit d'une prestation universelle, uniforme, droit propre de l'enfant et dont le montant et le versement sont indépendants des revenus des parents. L'État danois entendait de cette façon affecter directement des sommes d'argent aux besoins de l'enfant.

Par ailleurs, le Danemark a abrogé l'assurance-veuvage⁵⁸ en 1984 en justifiant sa décision par le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Or, ce principe aurait pu être satisfait par la reconnaissance des mêmes droits à la veuve et au veuf. En choisissant cette voie d'individualisation, le Danemark semble avoir poursuivi un autre but, celui de l'indépendance économique des individus, homme ou femme. Mais, cette réforme semble avoir eu des effets néfastes sur la situation matérielle de certaines veuves.

Lorsqu'on sort du modèle nordique, la situation diffère. Dans le régime de protection sociale qualifié par Esping-Andersen⁵⁹ de conservateur (par opposition à social démocrate ou libéral) et de corporatiste (en référence au modèle de citoyenneté sociale), la famille reste une institution sociale fondamentale. En Allemagne, le mariage demeure la base de la régulation sociale et la famille bénéficie d'une protection spéciale. Le mariage est vu comme un «partenariat» ou un contrat de partage sexué des rôles : avec le revenu que lui procure son activité professionnelle, l'homme nourrit sa famille tandis que la femme a la charge de la sphère domestique, de l'entretien de la famille et des soins aux enfants. Cette partition des rôles repose sur l'idée de la complémentarité entre les genres. Dans ce modèle traditionnel dit de «*male breadwinner*»⁶⁰, les individus ont, soit des droits directs par l'activité professionnelle, soit des droits dérivés grâce aux liens du mariage ou de sang, qui les lient à un assuré obligatoire. Cette approche va de pair avec l'absence ou le faible développement des services publics destinés à l'accueil des jeunes enfants puisque leur éducation et les soins qu'ils requièrent sont de la responsabilité de la mère. Elle explique le comportement d'activité professionnelle des mères, qui bien que de plus en plus présentes sur le marché du travail, y sont souvent à temps partiel, surtout lorsque les enfants sont jeunes⁶¹.

Du point de vue des droits sociaux en matière de santé, depuis 1989, les ayant droits d'un assuré -conjoint et enfants- peuvent faire valoir leurs droits en matière de prestations en nature de l'assurance maladie directement auprès des prestataires des caisses⁶². Cette conception de l'individualisation des droits ne porte que sur l'exercice de droits dérivés et non pas sur la constitution de droits propres par chaque individu.

En matière de pension-vieillesse, l'exemple le plus souvent cité d'individualisation des droits en matière de retraite est formé par le «*splitting*» des droits à pension en cas de divorce, introduit par la réforme du droit de la

⁵⁸ L'assurance veuvage, qui constitue un droit dérivé par excellence, vise la situation de la veuve ou du veuf, lors du décès de l'un des conjoint, avant l'âge d'ouverture des droits à pension vieillesse. Ce risque prend en compte la dépendance de la veuve ou du veuf à l'égard du conjoint décédé. L'assurance veuvage peut avoir pour objectif soit de garantir au survivant une prestation minimale différente d'un revenu minimum garanti, soit de lui maintenir une situation matérielle, qui corresponde à celle qu'il aurait eu s'il avait continué à dépendre du conjoint.

⁵⁹ Gosta Esping Andersen, 1990, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge.

⁶⁰ Jane Lewis, 1992, «Gender and the development of welfare regimes», *Journal of European Social Policy*, vol. 2, n°3, 159-73.

⁶¹ Jeanne Fagnani, 2000, *Un travail et des enfants. Petits arbitrages et grands dilemmes*, Paris, Bayard Editions.

⁶² De même, les durées d'assurance en tant qu'ayant-droit sont comptées dans les périodes d'assurance antérieures nécessaires pour ouvrir par la suite certains droits propres.

famille et du mariage de 1977. La totalité des droits, acquis par les époux, grâce à une activité professionnelle ou à des activités assimilées, pendant la période de vie commune, sont réunis, puis partagés par moitié entre les deux époux. Celui des époux, qui n'aura pas de droits ou qui aura des droits moindres, pourra bénéficier d'une partie des droits de l'autre époux. Les droits futurs à pension entrent dans la patrimoine de la personne. Différentes propositions ont été faites pour étendre le système de «*splitting*» aux époux pendant le mariage. Elles n'ont pas abouti pour l'instant⁶³. Ces «droits partagés» ont notamment pour finalité de «compenser» l'engagement de l'épouse dans l'activité domestique et l'éducation des enfants qui auront limité son engagement professionnel, lui ôtant toute possibilité d'acquérir des droits propres conséquents.

Cette tendance au «*splitting*» des droits à pension, est considérée par certains auteurs comme «incompatible avec le processus d'individualisation des droits» en matière de protection sociale. Car, bien que cette pratique permette au conjoint divorcé d'accéder directement à une pension, elle est dénoncée comme renforçant l'idée de dépendance financière entre époux et perpétuant «le passé sous une autre forme»⁶⁴. En effet, le «*splitting*» ne permet pas d'acquérir des droits propres à titre individuel, mais seulement de jouir à titre individuel de droits acquis par le conjoint. Cependant, cette approche apparaît cohérente avec les principes familialistes sur lesquels repose le système de protection sociale germanique.

L'évolution du «welfare state» néerlandais

Le système de protection sociale hollandais est mixte : des droits universels coexistent avec des droits fondés, du moins jusqu'à une période récente, sur une conception de la complémentarité des rôles entre les hommes et les femmes. Les évolutions récentes semblent obéir à des tendances contradictoires. Alors que les réformes de l'assurance-veuvage et des pensions de vieillesse s'inscrivent dans un mouvement d'individualisation, le bénéfice de certaines prestations jusque là universelles se voient, au contraire, soumises à des conditions de ressources du ménage et non de l'individu.

En effet, en matière d'assurance-veuvage, les Pays-Bas semblent avoir tenu compte des difficultés rencontrées au Danemark dans la mise en œuvre de leur réforme, aussi ont-ils, du moins pour le moment, renoncé à abroger purement et simplement l'assurance-veuvage. La récente réforme du «*General Surviving Relations Act*» (ANW), entrée en vigueur au 1^{er} Juillet 1996, peut être interprétée comme un premier pas vers l'individualisation des droits, comme un dispositif transitoire, premier pas vers l'individualisation des droits. Elle tient compte de la faible participation des femmes au marché du travail jusqu'à une époque très récente et de la traditionnelle interruption de l'activité professionnelle des femmes pour éduquer leurs enfants. Ainsi, seules peuvent bénéficier d'une pension de réversion après veuvage, les femmes nées avant le 1^{er} Janvier 1950 et celles plus jeunes, ayant à charge des enfants de moins de 18 ans. Toutes les autres femmes sont incitées à entrer sur le marché du travail, afin de se constituer des droits propres. De plus, cette pension est attribuée sous condition de ressources, et elle peut être réduite, voire supprimée, lorsque le conjoint survivant perçoit une rémunération supérieure à un certains montant. Cette individualisation progressive des droits a pu être interprétée comme une «privatisation», l'alternative étant laissée aux couples de prendre une assurance-vie pour se mettre à l'abri du besoin en cas de veuvage, si l'exercice d'une activité professionnelle n'est pas effective.

En ce qui concerne les retraites, la récente réforme⁶⁵ de ce qui est le minimum vieillesse aux Pays-Bas (prestation universelle) a individualisé les droits par un système de partage entre les conjoints ou les concubins. Cependant la liquidation ne peut intervenir pour chaque individu qu'à l'âge de 65 ans. Si l'un atteint 65 ans avant l'autre, seule la moitié de la pension est liquidée. Si le membre du couple qui n'a pas encore 65 ans, n'exerce pas d'activité professionnelle et n'a pas de ressources propres, le retraité peut percevoir un supplément pour la personne à charge, en attendant qu'elle puisse faire liquider à 65 ans ses droits propres. Cette individualisation a eu un double effet pervers : d'une part, elle a dissuadé les femmes qui sont souvent plus jeunes que leur conjoint ou concubin, à continuer à exercer une activité lorsque leur conjoint est à la retraite ; d'autre part elle a

⁶³ Cette proposition figurait dans le programme électoral du candidat Schröder en 1998.

⁶⁴ L. Luckhaus, 1994, «Individualisation of social security benefits», in C.McCruden (ed), *Equality of treatment between women and men in social security*, Butterworths

⁶⁵ Le «*General Old Age Pensions Act*» (AOW)

introduit dans un système contributif une condition de ressources normalement réservée aux prestations d'assistance.

Mais en même temps que ces réformes allaient dans le sens d'une individualisation de certains droits sociaux, d'autres allaient dans le sens inverse, c'est-à-dire vers un renforcement de la dépendance économique et financière vis à vis du conjoint.

Cette tendance va de pair avec une mise sous condition de ressources de prestations qui jusqu'alors étaient universelles. Des pans entiers du système d'Assurance nationale («*National Insurance Scheme*») accessible à tous les résidents (les fameux régimes dont l'abréviation commence par un A) sont attaqués, selon un processus en deux étapes. Dans un premier temps, l'État individualise certains droits en prenant appui sur la principe d'universalité. Dans un second temps, l'État se rétracte sous la contrainte des déficits publics et remet en question à la fois l'universalité et l'individualisation, pour cibler les prestations sur les populations jugées le plus dans le besoin et appelant une assistance de la part de l'État. Or, la mise sous condition de ressources des prestations va souvent à l'encontre de leur individualisation dans la mesure où, dans le calcul des ressources, sont généralement prises en compte les ressources du ménage⁶⁶. En principe le droit social prend en compte les situations de fait, c'est-à-dire les ressources du ménage, donc également les ressources des personnes dont dépend financièrement le demandeur, qu'il s'agisse du conjoint, du concubin ou de tout autre cohabitant.

Cette évolution crée de nouvelles formes d'interdépendance entre des individus et soulève deux types de questions. D'une part le droit social apparaît de plus en plus autonome par rapport au droit civil et plus exactement par rapport aux solidarités familiales contraintes générées par le droit civil. D'autre part, le droit social a tendance à élargir le cercle des «débiteurs» au-delà des liens du mariage (ou de toute autre union légalement reconnue) ou de sang, ce qui pose de délicats problèmes de fondement. En mettant sous condition de ressources de nombreuses prestations et en partant non plus du droit civil, mais des situations de fait, pour apprécier les ressources des «débiteurs», le droit social établit une présomption de dépendance financière à l'égard de tous les individus qui cohabitent. Les Pays-Bas en fournissent l'exemple extrême en considérant comme interdépendants deux adultes vivant ensemble sous le même toit, avec ou sans enfant, incluant à la fois des frères et sœurs, un grand-père vivant avec son petit-fils, mais également toutes sortes de communautés de vie entre jeunes.

Cette évolution pose trois types de problèmes :

un problème de symétrie entre les droits et les devoirs d'individus interdépendants⁶⁷ ;

un problème de protection de la vie privée : la transformation de droits individuels en des prestations d'assistance réactive le contrôle social, la «vieille idée» de l'investigation de l'administration dans les arrangements privés des individus ;

un problème de coût de l'individualisation des prestations : la mise sous condition de ressources de prestations sociales a justement pour finalité de réduire les dépenses imputées au budget national. Dans ce cadre, ce qui est en jeu est moins le coût de la non-individualisation que celui de l'individualisation.

L'évolution du modèle familialiste allemand

En Allemagne (ex-Allemagne de l'Ouest), et dans les régimes de protection sociale « conservateurs/corporatistes » fondés sur le travail rémunéré, la question du « care » et de sa reconnaissance se pose de façon particulière. Le système d'assurance-retraite allemand a souvent été décrit comme un système de maintien du statut social articulé à la profession. Il représente l'exemple type d'un système de maintien du revenu, dans lequel la préservation des ressources antérieures à la retraite est plus importante que de fournir un minimum vital ou bien une sécurité minimum. Ce système est aussi très dépendant du système familial, entérinant l'idée de la famille comme communauté au sein de laquelle les conjoints se répartissent les activités et les ressources. Le principe des droits dérivés assure aux femmes, en leur qualité d'épouses et de mères, une protection pour leur vieux jours. Le système est donc en ce sens très fortement articulé à l'institution du mariage.

⁶⁶ Ce qui n'est pas le cas au Royaume-Uni où la prise en charge des soins en institution pour les personnes âgées et les handicapés relèvent de la logique de «*individual based means-tested*».

⁶⁷ Le Luxembourg impose un devoir d'assistance «aux concubins» à travers la législation du revenu minimum garanti (RMG), alors que seul le mariage ouvre des droits en matière de sécurité sociale.

C'est aussi un système qui entérine la répartition sexuée des activités au sein des ménages : l'activité professionnelle pour les hommes, le travail domestique et l'éducation des enfants pour les femmes assignées à la reproduction de la force de travail du « male breadwinner ». Dans ce pays (ex All. de l'Ouest) où les soins et l'éducation des enfants restent en grande partie dans la sphère privée de la famille, le temps consacré à ce travail par les femmes n'est pas pris en compte. C'est précisément ce fait qui a été dénoncé et a alimenté les débats sur les droits à retraite des femmes en Allemagne⁶⁸.

Ce système est sans aucun doute ce qui a engendré le mécanisme des « petits boulots » en particulier pour les mères de famille. Le traitement de ces emplois à temps très partiel dans les assurances sociales n'a pas permis aux femmes d'accéder à des droits sociaux en propre, et en a fait des « salariés négligeables ». En effet, en dessous d'un minimum d'heures ouvrées par semaine, ou en dessous d'un minimum de rémunération, ces emplois n'ouvraient pas droit aux allocations chômage, ni aux allocations maladie ou maternité, ni à pension de retraite⁶⁹. En 1999, la mise en application d'une nouvelle réglementation sur ces emplois a suscité un vif débat en Allemagne⁷⁰.

Depuis une vingtaine d'années, les réformes des retraites en Allemagne ont commencé à reconnaître dans l'accès aux droits « les activités socialement utiles » en sorte de permettre une meilleure prise en compte du travail effectué par les femmes dans le cadre domestique. Le débat sur l'accès aux droits à retraites des femmes sous jacent aux réformes s'est focalisé sur la notion de « modèle de pensions individuelles et indépendantes des femmes »⁷¹. La question était posée dans les termes suivants: comment assurer une retraite aux femmes sachant qu'elles ont consacré une grande partie de leur vie à élever leurs enfants et à entretenir le foyer pour la reproduction de la force de travail du chef de famille ? Comment les femmes peuvent-elles se constituer des droits propres ?

L'origine des débats repose sur le constat que l'architecture du système d'assurance-vieillesse allemand met l'accent sur les droits dérivés au détriment des droits propres des mères. Le système est défavorable aux femmes qui ont des enfants et aux femmes qui ne sont pas mariées. L'assurance retraite ne comporte pas de bonifications pour avoir élevé des enfants comme en France. Par ailleurs, les pensions de réversion pour les veuves sont très généreuses, comparativement aux pays voisins et même si la réforme en cours en abaisse le montant.

Suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale en 1975, deux lois ont été adoptées en 1986 qui prennent en compte ces débats : la première consacre l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes (par l'introduction d'une pension de veuf) et la seconde accorde des bonifications pour avoir élevé des enfants (un an par enfant, et trois ans par enfant pour les naissances postérieures à 1992).

La notion de retraite « individualisée » vise à garantir aux femmes davantage de droits directs, cela par deux moyens : par la prise en compte, dans le calcul des droits, des périodes consacrées à l'éducation des enfants⁷² (annuités pour enfant instaurées en 1986), par le partage des droits acquis par le conjoint (principe du *splitting*). Ce principe devrait permettre aux deux conjoints d'acquérir des droits identiques quelque soit la répartition travail domestique/travail salarié au sein du couple qui forme ainsi une communauté. A terme, la pension de réversion s'éteindrait d'elle-même. De plus, l'obligation d'une cotisation minimum permettrait la garantie de droits propres. L'effet attendu d'une telle mesure est aussi d'inciter les femmes mariées à entrer sur le marché du travail.

⁶⁸ Voir à ce propos : Kristen Scheiwe, « German Pension insurance, Gendered times and Stratification », in Diane Sainsbury (ed.) *Gendering Welfare States*, London : Sage, 1994.

⁶⁹ En Europe, seuls le RU et l'Irlande connaissent un traitement identique de leurs salariés à temps très partiel.

⁷⁰ Brigitte Lestrade, « Allemagne : La réforme des 'petits boulots', *Problèmes économiques* n° 2652, 16 février 2000.

⁷¹ Mechthild Veil, « L'individualisation des droits sociaux par rapport aux retraites des femmes », intervention au séminaire IRERP, université de ParisX-Nanterre, le 17.01.2002 ;

⁷² La reconnaissance dans la Constitution des droits à retraite du temps consacré à l'éducation des enfants est un élément central de la réforme car elle consacre la notion « d'activité socialement utile », assimilée à une activité professionnelle. Elle établit une équivalence entre travail domestique et travail professionnel. Le calcul des droits repose sur l'établissement d'une rémunération fictive du travail de « care » qui correspond à un point par enfant, c'est à dire un an de cotisation d'un salaire moyen (trois points pour les naissances postérieures à 1992). Toutes les mères assurées dans le régime général bénéficient de cette mesure (M. Veil, loc.cit. supra)

La mise en œuvre de ce mécanisme d'individualisation des droits sociaux par *splitting* s'est heurté non seulement à la complexité de la réalisation, mais surtout à des obstacles idéologiques du fait de l'atteinte à la famille et à la position du chef de famille. Par ailleurs, comme le souligne Mechthild Veil, cette option de « *splitting* » maintient la dépendance vis à vis du conjoint, et de plus fait porter la redistribution sur les couples et non sur la communauté des assurés. Le partage des droits se fait au sein du mariage, et par conséquent ne s'étend pas à toutes les femmes⁷³.

⁷³ Mechthild Veil, « La réforme des retraites en 2001 : réduction de la répartition, un pas vers la capitalisation », *Chronique internationale de l'IRES* n° 69, 03/2001, p. 3-4.

Conclusion

De même que nous avons montré qu'il n'existe pas un modèle unique de protection sociale, il ne peut y avoir de solution unique aux problèmes rencontrés. Les difficultés rencontrées pour réformer les systèmes tiennent par conséquent dans les configurations institutionnelles et politiques spécifiques associées aux systèmes. Des phénomènes de dépendance institutionnelle contraignent les systèmes de protection sociale à rester dans la voie tracée par l'histoire et induisent de fortes résistances au changement.⁷⁴

Ces phénomènes de dépendance institutionnelle entravent le processus d'individualisation des droits sociaux tel que tente de l'impulser la Commission européenne. Ils pointent la diversité des enjeux qui se nouent autour de cette question. En premier lieu, l'individualisation des droits n'implique pas les mêmes enjeux et ne pose pas les mêmes problèmes suivant le risque concerné. En second lieu, l'individualisation ne peut obéir à une logique unique, du moins dans sa mise en œuvre car elle s'ajuste nécessairement aux caractéristiques des régimes de protection sociale. De plus, l'individualisation peut avoir des effets négatifs si elle n'est portée que par la seule logique du coût économique. Le danger n'est pas ignoré par la Commission des Communautés européennes, qui dans sa communication admet que l'individualisation «peut conduire à la détérioration de certaines situations», que les effets diffèrent selon les branches de la Sécurité sociale et la position actuelle des femmes sur le marché du travail peut entraîner de grandes pertes en matière de retraites et particulièrement dans l'hypothèse d'une suppression des pensions de réversion (mais pour créer une pension de survivant). L'individualisation ne peut se faire que dans l'articulation de l'économique et du social, mais surtout avec la préoccupation de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes telle qu'elle est formulée par le droit communautaire.

⁷⁴ Palier et Bonoli « Phénomènes de path dependency et réforme des systèmes de protection sociale » Revue française de science politique, vol 49 n°3, p.399/420.

CHAPITRE 2 : L'APPORT DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INDIVIDUALISATION DES DROITS

La question de l'individualisation des droits est un thème récurrent dans les travaux de la Commission européenne. Elle a considéré dès 1987 que la promotion de l'individualisation des droits devait être retenue pour atteindre l'objectif d' « égalité des chances entre hommes et femmes ».

Cette position part du constat de la difficulté de mettre en œuvre progressivement le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, défini par la directive du 19 décembre 1978 alors que les exceptions à ce principe demeurent et que les États membres au nom de la subsidiarité résistent, notamment la France, à cette problématique (I). Il est vrai que le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale connaît des limites en droit communautaire que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (ci-après CJCE) par son interprétation stricte fait clairement apparaître (II). Mais la Commission a rappelé l'importance de l'individualisation des droits dans sa Communication de mars 1997. Elle a dès lors axé son action sur les rapports entre politiques de l'emploi et protection sociale. C'est ainsi une manière plus globale de faire avancer la problématique de l'individualisation des droits sociaux

I – Le droit communautaire de l'égalité, la compétence des Etats membres et le principe de subsidiarité

Le droit communautaire de l'égalité

Une lente construction

L'égalité de traitement entre hommes et femmes a fait l'objet d'une directive-cadre, la directive 76/207 du 9 février 1976⁷⁵ dont le champ d'application propre concerne le travail. Elle annonce la nécessaire mise en œuvre progressive de l'égalité entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, la progressivité étant destinée à ne pas perturber l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale. Une première directive a été adoptée le 19 décembre 1978⁷⁶ (directive 79/7). Elle porte sur les régimes légaux de sécurité sociale c'est-à-dire les régimes qui correspondent à un objectif de politique sociale pour les États. Un délai de 6 ans était donné aux États membres pour sa transposition (soit décembre 1984). Il a fallu attendre 1986⁷⁷ pour qu'une deuxième directive soit adoptée en ce qui concerne les régimes professionnels de sécurité sociale. Cette directive laisse subsister des inégalités calquées en partie sur celles de la directive 79/7 et qui sont contingentées, c'est-à-dire

⁷⁵ Directive du Conseil 76/207 CEE du 9 février 1976 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, la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail.

⁷⁶ Directive du Conseil (79/7) du 18 décembre 1978 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux de sécurité sociale, voir 4ème considérant et article 1 & 2. Cette directive a été adoptée sur le fondement de l'article 235 du Traité qui autorise des actions spécifiques qui n'auraient pas été prévues par le Traité et parce que l'égalité entre hommes et femmes constitue un des objectifs de la Communauté. Pour un premier commentaire de cette directive cf. André Laurent « Une directive pour les années quatre-vingt : la directive communautaire relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ». *Droit social* n°6 juin 1979 p.243. Voir également du même auteur A. Laurent « Le droit communautaire européen et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale » *Revue internationale du travail*, vol.121, n°4, juillet-août 1982

⁷⁷ Directive du Conseil 86/378 du 24 juillet 1986 relative au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. L'article 2 de la directive définit les régimes professionnels comme des « régimes non régis par la directive 79/7/CEE qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative ».

qui ne peuvent subsister plus longtemps que les exceptions correspondantes de la directive 79/7. Et l'on attend toujours une directive « balai » qui doit régler tous les problèmes laissés en suspens par les deux premières⁷⁸.

Pour s'en tenir à la directive de 1978, elle garantit l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ce qui implique selon l'article 4 de la directive l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne :

- le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes
- l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations
- le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personnes à charge et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations.

La directive s'applique à la population active, salariés et indépendants, de même qu'aux travailleurs dont l'activité est interrompue par suite de maladie, invalidité, vieillesse, accident du travail, maladie professionnelle ou de chômage, aux personnes à la recherche d'un emploi et aux travailleurs retraités et invalides. Elle concerne les régimes légaux qui assurent une protection contre les risques énumérés. Elle concerne, également, les prestations d'aide sociale dans la mesure où elles sont destinées à compléter les prestations de sécurité sociale ou à y suppléer. Comme dans les autres directives, il va de soi que les dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité ne sont pas en cause. Par contre, deux domaines sont exclus du champ d'application matérielle de la directive : les prestations de survivant et les prestations familiales (sauf s'il s'agit de prestations familiales accordées au titre de majorations des prestations dues en raison des risques visés par la directive).

Deux catégories de personnes ne peuvent se prévaloir de la directive : celles qui n'ont jamais occupé un emploi et celles qui ont quitté cet emploi pour d'autres raisons que la survenance **de l'un des risques mentionnés**.

La nature propre des Traités marque bien les rapports entretenus entre l'emploi et la protection sociale avec les conséquences défavorables pour les femmes qui n'ont pas exercé d'activité professionnelle. Par ailleurs, la directive autorise les Etats membres à prévoir des dérogations au principe de l'égalité de traitement.

Les dérogations ou les discriminations « légales »

L'article 7§ 1 de la directive 79/7 de 1978 énumère un certain nombre de questions que les États peuvent exclure du champ d'application de la directive, c'est-à-dire des domaines dans lesquels les États conservent leur liberté d'action même si les dispositions en cause heurtent le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Ils peuvent ainsi décider que l'égalité de traitement ne s'applique pas à la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et aux conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations ; à l'octroi d'avantages accordés en matière d'assurance-vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants ainsi qu'à l'acquisition de droits aux prestations à la suite des périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants ; à l'octroi de droits à prestations de vieillesse, d'accident du travail ou d'invalidité acquises au titre des droits dérivés de l'épouse, mais cette dérogation ne concerne pas les majorations pour enfant dans toutes les branches de la sécurité sociale de même que les majorations pour conjoint dans les branches maladie et chômage. Enfin, les majorations de prestations à long terme d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail ou de maladies professionnelles pour l'épouse à charge peuvent être maintenues.

Ce sont des questions qui touchent directement à des dispositions des régimes légaux inspirés d'un modèle familial traditionnel.

Il faut souligner à ce stade, que certaines de ces « discriminations légales » apparaissent, au moins à court terme, comme favorables aux femmes. Il en est ainsi de l'âge plus favorable pour l'ouverture du droit à pension, ou bien, par exemple en France, des bonifications pour avoir élevé des enfants (2 ans par enfant dans le régime général, un dans le régime des fonctionnaires) et de l'octroi dans certains régimes spéciaux, d'une pension de réversion dans des conditions plus favorables pour les femmes que pour les hommes. Dans la fonction publique, par exemple, la veuve a droit à une pension de survivant sans condition d'âge et sans condition de ressources, ce qui n'est pas le cas pour le veuf.⁷⁹

⁷⁸ Cf proposition de directive du Conseil complétant la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux et professionnels de sécurité sociale, du 23 octobre 1987 : Com (87) 494 final.

⁷⁹ La CJCE dans un arrêt du 29 novembre 2001 a jugé que le régime spécial de retraite des fonctionnaires était un régime professionnel au sens du droit communautaire. CJCE aff-C-366/99, Griesmar. Cf infra

La nature de ces mesures explique l'existence de courants d'opinion très favorables à leur maintien alors qu'elles posent un certain nombre de problèmes au regard du principe d'égalité de traitement. Elles constituent en même temps autant de difficultés dans une perspective de plus grande individualisation des droits. Mais quelle est leur nature juridique ? S'agit-il de mesures fondées sur l'article 141 du Traité d'Amsterdam (ex-article 119 du Traité CEE), lequel autorise des actions positives prises au titre de l'« égalité des chances » ? Elles seraient destinées « à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle » ? La question mérite discussion. Les actions positives sont par définition temporaires. C'est pourquoi les dispositions de la directive autorisant ces dérogations demandent aux États membres de procéder périodiquement à leur réexamen afin de vérifier, compte tenu de l'évolution sociale en la matière, s'il est justifié de les maintenir (article 7 § 2), réexamen qu'ils n'ont généralement pas fait depuis 1984.

Mais, il faut également souligner le caractère discriminatoire de certaines de ces mesures, dans certains États membres, en matière d'indemnisation du chômage par exemple ou pour l'attribution de certaines prestations sous conditions de ressources lorsque sont prises en considération les ressources du ménage et non celles de l'individu⁸⁰.

La portée de la directive 79/7 a été diversement appréciée lors de son adoption. Le délai exceptionnellement long fixé pour sa transposition (6 ans) à la demande du Royaume-Uni, de l'Irlande et des Pays-Bas, permettait de penser que ses répercussions étaient loin d'être négligeables. Les discriminations incriminées visent, en effet, moins la situation des femmes par rapport à celle des hommes que la condition subordonnée des femmes mariées au regard des autres bénéficiaires.

André Laurent a fait observer en 1979 « que la plupart des systèmes ont, en effet, été bâtis en fonction d'une conception traditionnelle de la famille et des rôles respectifs des époux qui se traduisait par des inégalités sur le plan juridique. Les transformations sociologiques intervenues après la guerre ont eu pour effet d'abolir progressivement ces inégalités en ce qui concerne les droits politiques, civils ou patrimoniaux mais en ce qui concerne les droits sociaux l'évolution est loin d'être achevée. Elle ne fait que commencer, écrit-il, dans les législations qui ont accordé dans leur système une place centrale à la notion de « chef de famille », celui-ci se voyant reconnaître outre le droit à ses propres prestations, une série de droits accessoires (prestations à taux majoré pour le ménage, majorations pour le conjoint, majorations pour enfants à charge) en tant que représentant juridique de la cellule familiale et son soutien économique ».⁸¹

La directive 79/7 prend le contre-pied de cette conception en reconnaissant pour la femme comme pour l'homme des droits égaux à la sécurité sociale. C'est un coup d'envoi d'une transformation de longue haleine que A. Laurent espérait pour les années 90, cette orientation allant dans le sens d'une évolution inévitable qui tend à reconnaître à chacun des époux des droits sociaux autonomes, comme elle leur a déjà reconnu l'égalité des droits civils.

Ce qui n'a pas été véritablement le cas. Un auteur⁸², Philippe Laigre, écrit que « conscients, sans doute du caractère excessif des exceptions, les auteurs de la directive ont prévu des réunions périodiques des États membres 'afin de vérifier compte tenu de l'évolution sociale en la matière, s'il est justifié de maintenir les exclusions en questions'. Imprudente affirmation qui, en l'absence de la moindre révision semble témoigner d'un affligeant immobilisme social ! ».

Cela s'explique, en partie, en raison des conflits de compétence entre le niveau communautaire et le niveau national. Une autre raison tient à ce que la directive a permis de mettre fin à des discriminations directes mais la question plus complexe des discriminations indirectes s'est heurtée à l'interprétation stricte de la CJCE, interprétation liée à ce même conflit de compétence entre le droit communautaire et le droit national.

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a sur ces questions plusieurs attitudes interdépendantes. D'une part, elle confère aux États membres un fort pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration

⁸⁰ Ainsi, en France, dans le régime général de Sécurité sociale, la pension de survivant est servie au même âge au veuf et à la veuve mais sous conditions de ressources. Il y a là pénalisation de la double activité professionnelle. Et le bénéfice de la pension est reconnu au conjoint survivant qui n'a jamais cotisé. Sur ces différents points cf. Jean-Jacques DUPEYROUX *Droit de la sécurité sociale* 12^{ème} édition ; également 13^{ème} édition par Rolande RUELLAN Ed. Dalloz 1998 p. 487 et 488.

⁸¹ A. Laurent, Une directive pour les années quatre-vingt, *Droit social* 1979 p.245.

⁸² Philippe LAIGRE L'application du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes aux régimes de retraite professionnels. A propos des arrêts du 28 septembre 1994 de la Cour de justice de la Communauté économique européenne. *Revue de jurisprudence sociale* n°12 1994 p.803 et s. spéc. P. 804.

de leurs politiques sociales y compris dans les cas où ces politiques entraînent une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Elle définit par ailleurs de façon plus précise la portée du droit communautaire dans le domaine de l'égalité des sexes dans la sécurité sociale. La Cour a continué à faire une distinction très nette entre le terme de « sécurité sociale » et le terme plus général de « protection sociale » qui reste essentiellement de la compétence nationale. La troisième tendance est qu'il devient de plus en plus clair que l'application du droit, communautaire en l'état, n'empêche pas la diminution ou le « nivellement par le bas » des allocations. D'où l'importance de clarifier les principes juridiques devant s'appliquer en la matière. Mais en même temps, la Cour a fait une interprétation constructive de l'article 141 du Traité d'Amsterdam (ex 119 du traité de Rome) en ce qui concerne les pensions de retraite professionnelles, interprétation d'autant plus intéressante et claire que les Etats membres demeuraient frileux quant à leurs obligations.

C'est ainsi que la Directive 86/378 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale a connu une mise en œuvre parfois difficile puisqu'elle a fait l'objet d'une révision en 1996 à la suite de l'arrêt Barber⁸³. Les Etats membres, en effet, en 1986 avaient cherché à exclure certaines dispositions des régimes d'entreprise et des régimes professionnels⁸⁴ de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du Traité de Rome. La CJCE n'a pas accepté cette exclusion. Il n'y avait guère d'hésitations sur la nature juridique de ces régimes. La question avait été traitée dès 1950 dans le cadre de l'OIT lors de l'adoption de la convention internationale n°100 sur l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins. La définition de la notion de rémunération de l'article 119 reprend d'ailleurs celle de la convention OIT⁸⁵ quand il est dit que l'égalité de rémunération s'étend, au-delà du salaire proprement dit, « à tous autres avantages, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

Déjà, dans l'arrêt Defrenne de 1971, la Cour avait implicitement abordé cette question, et dans l'arrêt Bilka du 15 mai 1986, la réponse devient explicite. La directive 86/378 du 24 juillet 1986 portait en germe un doute sur la validité des exceptions autorisées quant au principe d'égalité de traitement. Aujourd'hui il est clair que toute discrimination fondée sur le sexe est interdite dans ces régimes sans avoir à attendre une mise en œuvre progressive et ceci d'autant plus que l'article 119 est d'application directe⁸⁶.

Droit de l'égalité et protection sociale : le conflit de compétences

Si le droit de l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi relève bien de la compétence du droit communautaire, il en va différemment dans le domaine de la protection sociale. Qu'en est-il dès lors de la question de l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de la protection sociale ?

La Commission européenne, gardienne des Traités, a considéré dès 1987 que la promotion de l'individualisation des droits devait être retenue parmi les moyens pour atteindre l'objectif d'égalité des chances. La proposition de directive « balai », c'est-à-dire celle qui complétait la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes de sécurité sociale, comportait un article 11 concernant la faculté pour les Etats membres de substituer aux systèmes de droits dérivés un système instituant des droits propres reconnus individuellement à tout bénéficiaire aux prestations de santé et vieillesse.

Cette proposition de directive n'est toujours pas adoptée et les travaux préparatoires ont conduit à la suppression de cet article 11. Les Etats membres se sont opposés à l'introduction de clauses sur l'individualisation des droits dans la directive au motif que le principe d'individualisation des droits était distinct de celui de l'égalité de traitement et relevait davantage d'une démarche d'harmonisation. Au surplus, le coût d'un système de droits individualisés et notamment le passage d'un système à l'autre est apparu comme un

⁸³ Directive 96/97 du Conseil, du 20 décembre 1996 relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

⁸⁴ Cf André Laurent « Les CE éliminent les discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale » » *Revue internationale du travail* 1986, vol.125, n°6, p.753 spéc.p.754.

⁸⁵ à une différence près puisque l'article 119 vise le « même travail » alors que la convention la notion de « même travail ou de travail de valeur égale »

⁸⁶ CJCE 1976 DEFRENNE II cf note 165

problème crucial, la recherche menée à l'Université Libre de Bruxelles (ULB) sous la direction de Danièle Meulders (cf. chapitre 3) a porté en partie sur cette question⁸⁷.

Depuis cette première tentative, la volonté d'une individualisation des droits n'a pas faibli. L'article 16 de la Charte des droits sociaux fondamentaux⁸⁸ affirme la nécessité de l'élimination de toute discrimination en raison du sexe en matière de sécurité sociale. Cette volonté est également exprimée dans le Livre blanc «Croissance, compétitivité, emploi» afin de faire en sorte que la fiscalité et les systèmes de sécurité sociale reflètent le fait que les hommes et les femmes peuvent agir en tant qu'individus dans la recherche de l'emploi et la «conciliation» de la vie de travail et familiale. En particulier, en éliminant toute politique de protection fiscale et sociale «potentiellement» discriminatoire, susceptible de ne pas encourager les femmes à participer, de manière égale au marché officiel du travail.

Dans le Livre blanc sur « La politique sociale »⁸⁹, la Commission s'est engagée à présenter des propositions en vue de l'élimination des politiques discriminatoires en matière de fiscalité et de protection sociale afin de réaliser l'individualisation des droits. Elle précisait également que la Commission envisagera une « Recommandation complémentaire sur l'adaptation des systèmes de protection sociale au changement des structures familiales, notamment par l'individualisation des droits et des cotisations sur la base d'une comparaison des inégalités réelles en matière de sécurité sociale ».

Le thème de l'individualisation des droits apparaît également dans le quatrième Programme d'action sociale à moyen terme qui prône l'égalité des chances pour les hommes et les femmes (1996-2000). Dans le cadre du troisième objectif de ce programme, qui concernait la conciliation de la vie familiale et du travail, la Commission proposait d'exploiter l'expérience acquise par les États membres, d'analyser l'impact des systèmes actuels sur l'autonomie des femmes, de déterminer les grandes lignes des réformes potentielles et d'évaluer les coûts et avantages probables de telles réformes. Selon cette proposition, les résultats devraient servir de base à une série de mesures dont la recommandation est susceptible de faire progresser la situation dans ce domaine.

Ce même thème de l'individualisation des droits a fait l'objet plus récemment de prises de positions dans le cadre de la Stratégie cadre sur le programme d'action communautaire relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes.⁹⁰

Ainsi apparaît la difficulté pour le droit européen d'influer sur la protection sociale des États membres en raison du principe de subsidiarité, c'est-à-dire de la répartition des compétences entre le niveau communautaire et le niveau national. À la différence de la coordination des régimes de sécurité sociale concernant l'égalité de traitement des travailleurs exerçant leur droit à la libre circulation⁹¹, domaine où le droit communautaire et son interprétation par la Cour veillent à assurer le respect du principe d'égalité, la question est de savoir comment faire progresser l'égalité des sexes dans la sécurité sociale.

Depuis l'adoption en mars 1997 de la Communication de la Commission sur la «Modernisation et l'adaptation de la protection sociale en Europe»⁹², l'accent est mis sur les liens entre politiques de l'emploi et systèmes de protection sociale, d'autant plus que la jurisprudence de la CJCE a permis un certain nombre d'avancées pour lutter contre les discriminations directes entre hommes et femmes en matière de protection sociale mais que subsistent nombre de discriminations indirectes.

⁸⁷ Danièle Meulders, Maria Jepsen, Olivier Plasman, Philippe Vanhuynegem, *Individualisation of the social and fiscal rights and the equal opportunities between women and men*, DULBEA-ETE-ULB, final report January 1997. D. Meulders, M. Jepsen, O. Plasman, P. Vanhuynegem, *L'individualisation des droits et l'égalité des chances entre hommes et femmes* in Conférence de la Présidence Irlandaise de l'Union européenne «Au-delà de l'égalité de traitement : la sécurité sociale dans l'Europe en mutation», Dublin 10-12 octobre 1996 p.198.

⁸⁸ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée à Strasbourg le 9 décembre 1989.

⁸⁹ Livre Blanc, *Politique sociale européenne, une voie à suivre pour l'union*, Com (94) 333 du 27 juillet 1994.

⁹⁰ Cf infra. Chapitre 4

⁹¹ Cf. Chapitre 5, la jurisprudence de la Cour de Justice qui écarte la notion d'ayant-droit des législations nationales parce qu'elle fait obstacle à la reconnaissance de droits propres au profit du conjoint du travailleur migrant en matière d'allocations familiales ou de pension de retraite.

⁹² Communication du 12 mars 1997, COM(97)102 final.

Finalement, en matière de sécurité sociale, le constat permet d'affirmer la relativité du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Des limites nombreuses sont posées à la reconnaissance d'un droit fondamental à l'égalité de traitement. Comment dépasser ces limites ?

La Commission européenne dans le cadre de la préparation de la Conférence intergouvernementale pour la révision des traités en 1996 a veillé à ce que le principe d'égalité hommes/femmes dépasse le stricte domaine de l'emploi. « Afin de renforcer l'Union politique et de préparer l'élargissement et de promouvoir le modèle européen de société, la Commission propose de renforcer la garantie des droits fondamentaux de l'homme. A ce titre elle suggère d'inclure dans le Traité des dispositions portant sur « l'interdiction de toute discrimination notamment en ce qui concerne l'égalité entre hommes et femmes, au-delà des questions relatives à la parité des rémunérations ». Alors que le droit communautaire de l'égalité entre hommes et femmes concerne principalement le marché du travail, la reconnaissance de droits fondamentaux incluant les droits des femmes permettrait d'assurer leur pérennité et leur indépendance par rapport aux lois du marché.

La consécration de cette solution qui pourrait s'appuyer sur les droits de l'homme est amorcée par le Traité d'Amsterdam. Si l'égalité entre hommes et femmes n'y est pas consacrée comme droit fondamental, la place qui lui est accordée à l'article 2 du Traité, parmi les missions de la Communauté, permet d'envisager son application dans tous les domaines du droit communautaire et non plus seulement dans celui de l'activité professionnelle. Cette analyse se trouve confortée par la jurisprudence la plus récente de la CJCE. Le contexte change mais lentement. A titre d'illustration, parmi les textes communautaires généraux qui sont susceptibles d'être invoqués, il convient de signaler la Charte des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 ainsi que la Charte de droits fondamentaux de décembre 2000, même si ces Chartes n'ont pas une valeur contraignante pour l'instant.⁹³ Les droits qui y sont affirmés ont pour la plupart d'entre eux, une valeur de droits positif.

La directive 79/7 a donc donné lieu à une interprétation stricte de la part de la CJCE à la différence de la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi. Mais en même temps, la Cour a veillé à une interprétation stricte des exceptions afin de ne pas vider de sa substance le principe d'égalité lui-même. D'une jurisprudence abondante⁹⁴, seuls certains aspects seront abordés afin de mettre en lumière la question de l'individualisation/familialisation des droits.

II - La jurisprudence de la CJCE

Le principe d'égalité est un principe structurel du droit communautaire. Ce principe joue un rôle fondamental dans l'ordre juridique issu du Traité de Rome. Il s'exprime notamment par l'interdiction des discriminations fondées sur l'origine nationale des marchandises et services, la nationalité ou le sexe des personnes. La non discrimination à raison de la nationalité, sans être centrale pour notre propos, permet de comprendre les enjeux de la libre circulation des travailleurs communautaires et de leurs familles. Les droits sociaux qui leur sont accordés seront analysés ici dans une perspective d'individualisation des droits.

Nous nous attacherons essentiellement à la jurisprudence de la CJCE dans son interprétation de la directive 79/7. La question du champ d'application de la directive 79/7 qu'il convient de mettre en perspective avec celui de la directive 86/378 pose la question de savoir ce qu'est un régime légal et ce qu'est un régime professionnel. Cette question est importante car l'égalité de traitement dans les régimes légaux de sécurité sociale doit être mise en œuvre progressivement alors que, au sens de la directive 86/378, la pension de retraite professionnelle est une rémunération au sens de l'article 119 du Traité CEE (devenu 141 du Traité d'Amsterdam). Dans ce cas, l'égalité de rémunération implique un effet immédiat.

⁹³ M. l'avocat général Léger fait observer à ce sujet à propos de la Charte des droits fondamentaux « Les normes de la Charte sont, pour la plupart déjà connues et ont une valeur de droit positif. Les avocats invoquent déjà à l'appui de leurs prétentions les principes contenus dans cette Charte. La Cour qui ne s'est pas encore prononcée, va le faire d'une manière ou d'une autre bientôt. Je ne sais pas dans quel sens, soit en refusant de faire référence à cette Charte, soit en l'intégrant, mais elle se prononcera. »

Peut-elle avoir une valeur contraignante ?

Philippe Léger : Oui, nécessairement, du fait qu'elle existe, qu'elle traduit la volonté du Parlement européen, de la Commission et du Conseil et qu'elle énonce des règles dont certaines avaient déjà valeur contraignante avant d'être proclamées par la Charte. Elle a donc une certaine valeur contraignante, même si cela n'a pas été dit expressément » *Revue Dalloz*, n°25 2001 p. 1958.

⁹⁴ Pour une vue d'ensemble de cette jurisprudence, Sophie Robin-Olivier Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1999 p.471 à 474.

Outre le champ d'application de la directive c'est la notion même de discrimination au sens du droit communautaire qu'il faudra préciser. Plus riche qu'en droit interne la notion communautaire tend à combattre non seulement la discrimination directe mais aussi les discriminations indirectes définies comme des mesures apparemment neutres aboutissant au même résultat que les discriminations directes.

La nature juridique des régimes de sécurité sociale : régime légal/régime professionnel

La question des critères de distinction entre un régime légal et un régime professionnel a été posée à propos du régime spécial de retraite des fonctionnaires français.

Cette question est importante car elle conditionne la mise en œuvre plus ou moins rapide de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes de sécurité sociale. Selon la nature juridique des régimes, la mise en œuvre sera progressive ou immédiate.

Deux questions préjudicielles étaient pendantes devant la CJCE concernant ce problème. La France, à la différence d'autres Etats membres, a peu réfléchi en ces termes à sa législation jusqu'à une époque toute récente où le régime de pensions des fonctionnaires a été l'occasion de questions aux parlementaires, de contentieux et de questions préjudicielles à la CJCE, en raison des différences de traitement entre hommes et femmes. Ce régime spécial n'était-il pas en réalité un régime professionnel et non un régime légal ?

L'avocat général a déposé ses conclusions dans l'affaire Griesmar, le 22 février 2001 et le délai entre le dépôt des conclusions et l'arrêt de la CJCE a été exceptionnellement long puisque l'arrêt date du 29 novembre 2001.⁹⁵

Depuis plusieurs années la CJCE a abordé la question de la définition d'un régime légal de sécurité sociale mais également précisé les critères des régimes complémentaires, des régimes de retraite d'entreprise, et des régimes spéciaux de sécurité sociale. Sans entrer dans toute la complexité de cette question, quelques arrêts permettent de fixer les points forts de la jurisprudence de la Cour.

Les arrêts clefs sont les arrêts Defrenne (1971), Bilka (1986) Barber (1993) Beune et Evrenopoulos.⁹⁶

«Un régime légal est moins fonction du rapport d'emploi que d'un objectif de politique sociale.»

Les critères d'un régime légal de sécurité sociale ont été définis dans l'arrêt Defrenne du 25 mai 1971⁹⁷. Dans cette affaire, Gabrielle Defrenne, hôtesse de l'air à la Sabena avait dû partir en retraite parce qu'elle avait atteint l'âge de 40 ans. Elle s'estimait discriminée par rapport aux stewards qui n'étaient pas concernés par la même limite d'âge. Elle a intenté une série d'actions judiciaires devant les juridictions belges et notamment un recours devant le Conseil d'Etat de Belgique, en annulation de l'arrêté royal qui déterminait pour le personnel navigant de l'aviation civile les règles relatives à l'ouverture du droit à pension. Elle invoquait notamment l'article 119⁹⁸ du

⁹⁵ CJCE 29 novembre 2001, Aff-366/99 Griesmar c/ ministre de l'économie, ministre de la Fonction publique. Droit social février 2002, p.187. L'arrêt Mouflin a été rendu le 13 décembre 2001. Aff-C/206/00 Mouflin c/Recteur de l'académie de Reims. Cf p.195 et s.

⁹⁶ CJCE 17 avril 1997, Aff.C-147/95 DEIC/Efthimios Evrenopoulos

⁹⁷ CJCE 25 mai 1971 Aff.80/70 Gabrielle Defrenne c/Etat belge Rec. 1971 445. (Defrenne I) avec les conclusions de l'avocat général Dutheille de Lamothe

⁹⁸ Article 119 : « Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins pour un même travail ».

Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

- que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure.
- que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail »

Cet article 119 dont la formulation résulte du Traité de Rome a été modifié à deux reprises par le Traité de Maastricht et par le Traité d'Amsterdam.

traité CEE estimant que «la pension de retraite est un avantage payé indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier».

Pour la Cour, «si des avantages participant de la nature de prestations de sécurité sociale ne sont pas, en principe, étrangers à la notion de rémunération, on ne saurait cependant inclure dans cette notion, telle qu'elle est délimitée à l'article 119, les régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs» ; et d'ajouter «qu'en effet ces régimes assurent aux travailleurs le bénéfice d'un système légal au financement duquel travailleurs, employeurs et éventuellement les pouvoirs publics contribuent qui est moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politiques sociales.». Dès lors, les pensions servies par ces régimes ne constituent pas une rémunération au sens de l'article 119 alinéa 2 du traité CEE.

La première question est donc de savoir si un régime est d'abord fonction du rapport d'emploi avec un élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche ou s'il est fonction de considérations de politique sociale.

C'est cette analyse qui sera reprise dans l'arrêt Bilka du 13 mai 1986⁹⁹. Dans cette affaire, une salariée travaillant à temps partiel dans une société de grands magasins en Allemagne, constatait qu'elle n'avait pas droit à une pension d'entreprise, au moment de son départ en retraite car elle n'avait pas travaillé au moins 15 ans à temps plein sur une période de 20 ans, condition pour avoir droit à cette retraite. Elle s'estimait victime d'une discrimination indirecte¹⁰⁰ puisque les femmes travaillant majoritairement à temps partiel ne pouvaient remplir la condition exigée.

Avant de statuer sur l'existence ou non d'une discrimination, la CJCE a examiné la nature juridique de cette pension d'entreprise. Appliquant les critères de l'arrêt Defrenne I, la Cour constate «comme il ressort du dossier, le régime de pensions d'entreprise en cause, même s'il a été adopté en conformité avec les dispositions prévues par le législateur allemand quant aux régimes de même type, trouve sa source dans un accord, intervenu entre la société Bilka et le conseil d'entreprise représentant ses employés, ayant pour effet de compléter les prestations sociales dues en vertu de la législation nationale d'application générale par des prestations dont le financement est supporté uniquement par l'employeur ; l'origine conventionnelle et non pas légale du régime litigieux est confirmée par le fait que le dit régime et la réglementation y afférente sont considérés comme faisant partie intégrante des contrats de travail entre Bilka et ses employés». Les prestations servies constituent donc un avantage payé par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, au sens de l'article 119 alinéa 2.

L'arrêt Barber du 17 mai 1990¹⁰¹ se situe dans la ligne de l'arrêt Bilka. Une pension, dans une entreprise d'assurance du Royaume-Uni était accordé à 62 ans pour les hommes et à 57 ans pour les femmes. M.Barber a été licencié pour motif économique alors qu'il avait 52 ans. L'entreprise, le Gardian, lui a versé différentes indemnités auxquelles il avait droit, mais il s'est estimé discriminé car en cas de licenciement économique, les membres de la caisse de retraite avaient droit à une pension immédiate pourvu qu'ils aient atteint l'âge de 55 ans pour les hommes et de 50 ans pour les femmes. Ses indemnités se révélaient inférieures aux avantages liés à sa mise en retraite s'il avait été une femme. La CJCE, saisie sur renvoi préjudiciel, a jugé que l'article 119 du Traité s'appliquait et qu'il s'opposait à ce qu'un homme licencié pour cause économique ne puisse prétendre qu'à une pension avec paiement différé à l'âge normal de la retraite alors qu'une femme, se trouvant dans les mêmes conditions avait droit à une pension de retraite immédiate du fait de la condition d'âge variable selon le sexe. Pour la Cour, bien que la directive 86/378 autorise des différences d'âge au regard des pensions de retraite, la fixation d'une condition d'âge différente selon le sexe pour les pensions versées dans le cadre d'un régime professionnel est contraire à l'article 119 du Traité, même si cette différence reprend celle prévue par le régime légal national.

⁹⁹ CJCE 13 mai 1986 Aff. C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz Rec.p.1607.

¹⁰⁰ voir infra

¹⁰¹ CJCE 17 mai 1990 Aff-262/88 Douglas Harvey Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group, Rec. I, 1889.

L'impact de ce dernier arrêt est difficile à décrire tant il a remis en cause les positions en vigueur dans les Etats membres¹⁰². Lorsque la directive 86/378 portant sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale a été adoptée, il était pourtant clair que les «avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier» participaient de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du Traité¹⁰³, article d'effet direct dans les Etats membres.

La Cour devait dans sa jurisprudence ultérieure, redéfinir les droits des salariés sur le fondement de l'article 119 du Traité¹⁰⁴. La directive 86/378 concernant, en effet, certaines dérogations au principe d'égalité, a dû être modifiée en 1996¹⁰⁵. Un protocole dit «protocole Barber» annexé au Traité de Maastricht a clarifié l'interprétation dans le temps en excluant la rétroactivité de ses effets.

La jurisprudence de la Cour s'est construite par étapes, au fur et à mesure des questions posées et cette construction a révélé le peu d'enthousiasme des Etats membres à traiter clairement des questions d'égalité entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

Les critères d'un régime «professionnel» de sécurité sociale

L'arrêt Beune¹⁰⁶ rendu à propos d'une affaire qui concernait le régime de retraite des fonctionnaires hollandais a précisé les critères que doit remplir un régime pour être qualifié de régime professionnel relevant alors de la directive 86/378 et de l'article 119 du Traité.

La Cour a dû pour la première fois, se prononcer sur la nature d'un régime spécial d'assurance vieillesse relevant du droit de la fonction publique¹⁰⁷. Cette affaire était née du fait que le régime de retraite des fonctionnaires ayant, après le 1^{er} janvier 1986 modifié les modalités d'imputation de la pension servie par le régime de base de l'assurance vieillesse, la pension des hommes mariés fonctionnaires pour les périodes antérieures à cette date était, à carrière égale, inférieure à celle servie aux femmes mariées fonctionnaires. La différence de traitement n'étant guère contestable, la principale question était de savoir si le régime de retraite des fonctionnaires néerlandais pouvait rentrer dans le champ d'application de la directive 79/7 ou bien s'il relevait directement des dispositions de l'article 119 du Traité. Dans le premier cas, les exceptions au principe d'égalité admises, dans les régimes de base de sécurité sociale, auraient pu trouver à s'appliquer alors que dans le second, et sous réserve de la jurisprudence Barber, la différence de traitement ne pouvait qu'être sanctionnée.

¹⁰² Pour des raisons de sécurité juridique, la Cour consciente des difficultés financières qu'auraient entraînées la mise en œuvre de son interprétation de l'article 119 a entendu en limiter les effets dans le temps. L'effet direct ne peut donc être invoqué selon cet arrêt que pour les prestations dues au titre de périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990, sous réserve de l'exception prévue en faveur des travailleurs ou de leurs ayants droit qui ont, à cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable.

Pour la France, la question de la nature juridique des régimes ARRCO et AGIRC s'est posée. Fallait-il appliquer la jurisprudence BARBER ? Les Caisses de retraite ont unifié l'âge requis pour bénéficier d'une pension de réversion (55 ans pour le régime ARRCO depuis le 1^{er} juillet 1996, 60 ans pour l'AGIRC depuis le 1^{er} mars 1994). Mais les veufs dont les conjointes étaient décédées avant ces dates étaient lésés puisque l'âge auquel ils pouvaient percevoir une réversion était plus tardif que celui des veuves. Un rappel des droit est aujourd'hui possible et peut remonter au 17 mai 1990, date de l'arrêt. Ces dispositions résultent de la transposition de la directive de 1996 par une ordonnance du 22 février 2001.

¹⁰³ A.Laurent « Les CE éliminent les discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale », *Revue internationale du travail* 1986, vol.125, n°6, p.753 spéc.p.754.

¹⁰⁴ sur l'ensemble de cette jurisprudence cf. Sophie Michas-Beguerie, *Régimes privés de retraites complémentaires, Perspectives comparative et européenne*, LGDJ, 1998 p. 520 et s. cf également S. Robin-Olivier préc. 425 et s.

¹⁰⁵ en raison de la primauté du traité sur le droit dérivé : directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996.

¹⁰⁶ CJCE 28 septembre 1994 Aff.7/93 Rec. P. 445 conclusions de l'avocat général Jacobs du 27 avril 1994.

¹⁰⁷ Il s'agissait en l'occurrence du régime néerlandais des pensions de retraite de la fonction publique qui était régi par une loi. Les pensions de vieillesse de la fonction publique y étaient structurées de telle sorte que les fonctionnaires retraités étaient d'abord renvoyés aux prestations du régime légal des pensions, dans la mesure où ils y avaient droit, prestations auxquelles venaient s'ajouter celles d'un régime de retraite de la fonction publique.

Philippe Laigre¹⁰⁸ fait observer que la CJCE a manifestement hésité avant de se prononcer sur une question qui, au-delà des points de droit qu'elle soulève, implique directement l'Etat en tant qu'employeur ou, du moins, la puissance publique et peut la conduire, ultérieurement, à faire basculer dans le champ d'application de l'article 119 du traité l'ensemble des régimes spéciaux de sécurité sociale. Il ajoute qu'il peut paraître surprenant que le sort de ces régimes n'ait pas été, depuis longtemps, réglé, en ce qui concerne l'application du principe d'égalité entre les hommes et les femmes. Il faut, cependant rappeler que ces régimes ont, jusqu'à présent échappé à la coordination des régimes légaux de sécurité sociale mise en œuvre par le règlement n°1408/71 du 14 juin 1971 en matière de libre circulation des travailleurs¹⁰⁹.

La Cour de justice ne pouvait pas laisser la situation en l'état et la longue démonstration pour faire basculer le régime hollandais dans le champ d'application de l'article 119 montre qu'elle a soigneusement pesé les termes de son arrêt.

Au point 23, elle donne les critères qu'elle a retenus jusqu'alors dans sa jurisprudence : « au gré des situations dont elle a été saisie, elle a retenu l'intervention de la loi dans la définition d'un régime de pension, la concertation entre les employeurs et les représentants des travailleurs, le caractère complémentaire des avantages accordés aux prestations de sécurité sociale, les modalités de financement du régime de pension, son applicabilité à des catégories générales de travailleurs, enfin la relation entre la prestation et l'emploi du travailleur ».

La Cour a successivement écarté les critères tirés de la définition de ces régimes par la loi. Elle n'a pas attaché d'importance décisive au fait qu'il n'y ait pas d'accord formel entre employeur et salariés mais une simple consultation. Elle fait prévaloir le critère de l'emploi sur les considérations de politique sociale, d'organisation de l'Etat, d'éthique et de considérations de nature budgétaire. Une hiérarchie entre les critères initialement retenus est établie par la Cour et la loi, source juridique des régimes, ainsi que les considérations de politique sociale ne semblent plus avoir une importance décisive. Dans un arrêt ultérieur, Evrenopoulos¹¹⁰ elle justifie l'inclusion du régime d'une entreprise publique d'électricité dans le champ d'application de l'article 119 du Traité essentiellement sur le critère de l'emploi qui revêt un caractère déterminant, mais non exclusif toutefois.

Les affaires Griesmar et Mouflin

Dans ces deux affaires, la première branche de la question préjudicielle était la même et les conclusions et solution adoptées dans l'arrêt Griesmar sont simplement reprises dans l'arrêt Mouflin.

L'avocat général M. Siegbert Alber rappelle les critères de la jurisprudence Beune et fait observer au point 53 que « en définitive, seul le critère tiré de la constatation que la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail et son ancien employeur revêtait un caractère déterminant. La pension qui n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs, qui est directement fonction du temps de service accompli et dont le montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire est une pension versée par l'employeur public qui est comparable à celle que verserait un employeur privé à ses anciens salariés, si bien qu'il convient de la considérer comme une « rémunération » au sens de l'article 119 du traité CEE. »

Et même si le gouvernement français fait observer que les fonctionnaires français pourraient constituer une catégorie générale de travailleurs tant par leur nombre que par l'uniformité des dispositions juridiques qui leur sont applicables (point 25 des conclusions) il admet que les pensions servies par le régime français pourraient être considérées comme des rémunérations au sens de l'article 119 du Traité CE, puisque le critère que la Cour a jugé déterminant est celui du lien direct entre la prestation et l'emploi occupé (point 27), conclusion que retient évidemment l'avocat général.

Pour la CJCE, comme dans l'arrêt Beune, « les considérations de politique sociale, d'organisation de l'Etat, d'éthique ou même des préoccupations de nature budgétaire qui ont eu ou qui ont pu avoir un rôle dans la fixation d'un régime national par le législateur ne sauraient prévaloir si la pension n'intéresse qu'une catégorie

¹⁰⁸ Article préc. p. 805

¹⁰⁹ L'article 4 §4 du règlement 1408/71 exclut de son champ d'application les « régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé ». L'article 51 du Traité qui fonde la coordination des régimes de sécurité sociale est cependant plus large défini par le règlement 1408/71 IL prévoit, en effet, que « le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la commission, adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs ».

¹¹⁰ CJCE 17 avril 1997, Aff.C-147/95 DEIC/Efthimios Evrenopoulos

particulière de travailleurs, si elle est directement fonction du service accompli et si son montant est directement calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire » (point 30). En l'espèce, les travailleurs concernés présentent des caractéristiques propres qui régissent leur relation d'emploi avec l'Etat, avec d'autres collectivités ou employeurs publics ; leur pension est accordée en rémunération des services accomplis et son montant tient compte du niveau, de la durée et de la nature des services accomplis ; enfin au point 33 la Cour rappelle le mode de calcul de la pension, à savoir que le montant de la pension est le produit d'un taux par une base, celle-ci correspondant au dernier indice de traitement applicable au fonctionnaire pendant ses six derniers mois d'activité. Il en découle que la pension est directement fonction du temps de service accompli et que son montant est calculé sur la base du traitement perçu pendant les six derniers mois de son activité.

Cette pension satisfait au critère d'emploi que la Cour a, dans l'arrêt Beune, « considéré comme étant déterminant aux fins de la qualification, au regard de l'article 119 du traité, des pensions servies au titre d'un régime de retraite des fonctionnaires ». La Cour répond enfin à l'argument de la France, faisant observer que le régime français est un régime de base dans le cadre duquel le montant résulte directement de la loi de finances annuelle. Là encore, ni le caractère complémentaire d'une pension, ni le critère tiré des modalités de financement et de gestion d'un régime ne sont décisifs. Et la Cour de conclure que « les pensions servies au titre d'un régime tel que le régime français de retraite des fonctionnaires entrent dans le champ d'application de l'article 119 du traité CE » devenu l'article 141 dans le traité d'Amsterdam.

La réponse donnée par la Cour n'est pas une surprise.

La CJCE suit sur ce point son avocat général, mais elle prendra une position différente de celle de ce dernier s'agissant des avantages accordés aux seules fonctionnaires féminins.¹¹¹

La notion de discrimination appliquée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes

Dans les différents domaines du traité, et d'une façon générale, le principe d'égalité de traitement est défini comme l'exigence que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente à moins qu'une différence de traitement ne soit objectivement justifiée. Mais cette définition est souvent prolongée par l'interdiction du traitement identique de situations différentes. Le principe d'égalité exige donc, non seulement que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, mais aussi que des situations différentes ne soient pas traitées de manière identique, à moins que cela ne soit objectivement justifié.

Mais la question demeure de savoir quand une situation est comparable ou différente, et la Cour exerce un contrôle sur ces qualifications.

Pour la Cour de justice, les interdictions de la discrimination à raison de la nationalité et du sexe sont des principes généraux et fondamentaux du droit communautaire. Ainsi dans l'arrêt Defrenne III¹¹², la Cour a-t-elle affirmé que l'égalité de traitement entre hommes et femmes est un droit fondamental et que la protection des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour a pour mission d'assurer le respect. Pour lutter contre les discriminations, la Cour mais aussi le droit dérivé prohibent les discriminations fondées sur le sexe, soit directement, soit indirectement, notamment par référence à l'état matrimonial ou familial. Ainsi en est-il dans les directives 79/7 et 86/378.¹¹³

La discrimination peut être en effet directe ou indirecte.

La notion de discrimination directe est une notion relativement simple à saisir et un exemple est justement donné par l'affaire Mouflin¹¹⁴ qui avait fait l'objet d'une question préjudicielle devant la CJCE.

L'article L.23-I-3è b) du régime français des pensions civiles et militaires dispose que les femmes fonctionnaires peuvent demander leur mise à la retraite anticipée lorsque leur conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque.

¹¹¹ Cf chapitre 5

¹¹² CJCE 15 juin 1978 Aff.149/77 Defrenne Rec. 1375 (Defrenne III)

¹¹³ article 5 de la directive 86/378 et

¹¹⁴ Aff.C-206/00 Henri Mouflin/ Recteur de l'Académie de Reims. Conclusions de l'avocat général Siegbert Alber du 15 mai 2001. L'arrêt a été rendu le 13 décembre 2001.

M. Mouflin a demandé à bénéficier de cette disposition du Code des pensions civiles et militaires pour soigner sa femme. Cette disposition trouve son origine dans la loi du 20 septembre 1948 (loi n°48-1450) portant réforme du régime des pensions civiles et militaires¹¹⁵ adoptée à une époque où le rôle de la femme n'était pas symétrique de celui de l'homme auprès de sa femme (bien que le Préambule de la Constitution de 1946 ait déjà proclamé comme principe particulièrement nécessaire à notre temps que «la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme»). Il est vrai qu'à l'époque n'existait pas de contrôle de constitutionnalité.

Pour s'en tenir à la question de savoir si hommes et femmes sont dans cette hypothèse dans des situations comparables, l'avocat général, S. Alber examine, au point 53 de ses conclusions, les finalités des dispositions en cause, pour connaître les raisons du législateur, lequel estimait que les conditions des hommes et des femmes étaient différentes. S'agissait-il de prendre soin du conjoint malade ? Cet élément ne constituerait pas un critère de différenciation valable, l'un et l'autre ayant besoin de temps et de sécurité matérielle nécessaires à cet effet (point 54). S'agit-il de considérations économiques, mais de ce point de vue, la perte de l'emploi du conjoint est en principe comparable pour les deux. Et d'estimer, que les situations de la femme et de l'homme fonctionnaires ne sont pas différentes. Il s'agit donc d'une discrimination interdite que l'on se situe sur le terrain de la directive 79/7, ou de l'égalité de rémunération (ex-art.119 du Traité), c'est-à-dire que le régime en cause soit un régime légal ou un régime professionnel.

La construction jurisprudentielle de la Cour relative à la notion de discrimination indirecte en matière d'égalité de rémunération entre hommes et femmes est également applicable en matière de sécurité sociale¹¹⁶. Mais la notion de discrimination indirecte est plus complexe. On considère qu'il y a discrimination indirecte lorsque bien que n'appliquant pas de critère de distinction prohibé, une réglementation applique d'autres critères de distinction dont les effets sont identiques ou du moins analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé. Ou encore lorsqu'une réglementation communautaire ou nationale établit une distinction purement formelle de cas différents mais leur applique en réalité un traitement identique. On est alors en présence «de formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction aboutissent en fait au même résultat que des discriminations ostensibles».

Cette jurisprudence s'est élaborée dès les premières questions posées à la CJCE en matière de libre circulation des travailleurs¹¹⁷ et à partir de 1981 mais surtout 1986 s'agissant de la discrimination entre hommes et femmes.

La Cour sur cette question est largement dépendante des questions en interprétation qui lui sont posées. La Commission aurait pu saisir la Cour en manquement d'Etat sur le fondement de l'article 169 du Traité, mais elle s'est abstenue de le faire en ce qui concerne l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de protection sociale.

L'arrêt de principe est l'arrêt Bilka du 13 mai 1986¹¹⁸. Dans une société de grands magasins, en Allemagne, les salariés à temps partiel n'avaient droit à une pension d'entreprise qu'à la condition d'avoir travaillé au moins quinze ans à temps plein sur une période de vingt ans. Les salariés à temps partiel étant majoritairement des femmes la question posée à la CJCE par une salariée via les juridictions allemandes était de savoir si cette mesure n'était pas indirectement discriminatoire à l'égard des femmes. La CJCE dans son arrêt dit pour droit que «l'article 119 est violé par une société de grands magasins qui exclut les travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe». Dans les points 36 et 37 de son arrêt, elle explicite les conditions d'une justification de l'employeur : les moyens choisis par l'entreprise pour atteindre son objectif économique doivent correspondre à un véritable besoin de l'entreprise, être aptes à atteindre cet objectif

¹¹⁵ (J.O. 21 septembre 1948 p.9302)

¹¹⁶ CJCE 13 décembre 1989 aff. C-102/88 Ruzius-Wilbrinck Rec.1989 p.4311

¹¹⁷ CJCE 12 février 1974 aff.152-73 Sotgiu Rec1974 p.153 point 11

¹¹⁸ préc.

et être nécessaires à cet effet. C'est ce que l'on appelle un contrôle de proportionnalité qui doit être exercé par le juge national dans chaque affaire de ce type.

Cette jurisprudence a connu des développements importants dans le champ du travail mais plus difficilement en matière de sécurité sociale. La Cour a montré ici une tendance à rétablir le pouvoir discrétionnaire des Etats membres ou à affirmer que les Etats membres avaient une large marge de manœuvre dans la détermination de leur politique sociale. Cette tendance est particulièrement nette dans les affaires impliquant des mesures discriminatoires indirectes où l'Etat avance une «justification de sa politique sociale» pour expliquer l'effet défavorable de la mesure. La jurisprudence de la Cour semble se montrer plus tolérante à l'égard des Etats qu'à l'égard des employeurs.

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a sur ces questions plusieurs attitudes interdépendantes selon Tamara Hervey¹¹⁹. D'une part, elle confère aux États membres un fort pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration de leurs politiques sociales y compris dans les cas où ces politiques entraînent une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Elle définit par ailleurs de façon plus précise la portée du droit communautaire dans le domaine de l'égalité des sexes dans la sécurité sociale. La Cour a continué à faire une distinction très nette entre le terme de «sécurité sociale» et le terme plus général de «protection sociale» qui reste essentiellement de la compétence nationale. La troisième tendance est comme nous l'avons déjà noté le risque d'un « nivellement par le bas »

Karl-Jurgen Bieback¹²⁰, auteur d'un rapport sur «La discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le droit social des Etats membres des Communautés européennes au regard de la directive 79/7» fait observer, avant de procéder à une analyse fine de la jurisprudence¹²¹, l'importance et les enjeux d'une telle question : «La jurisprudence et la littérature relatives à la discrimination indirecte en raison du sexe dans le droit social se sont attachés pour l'essentiel aux préjudices qui conduisent finalement à des prestations plus ou moins élevées pour un sexe que pour l'autre. Or, les prestations et le droit social ne s'entendent pas seulement en termes de prestations en espèces ou en nature. Ils influent, également, sur le comportement des citoyens, exercent un contrôle social en rétribuant un certain type de comportement et non un autre». Il donne l'exemple suivant : «l'existence, la forme, l'étendue de la prise en compte de périodes consacrées à l'éducation des enfants ont une influence sur l'organisation de la vie des citoyens. Si des prestations sont perçues uniquement par des personnes qui abandonnent ou réduisent leur activité professionnelle au profit de l'éducation des enfants, cela revient à promouvoir le rôle de la femme comme consistant à abandonner son activité professionnelle et rend plus difficile une répartition autre des tâches familiales et professionnelles entre les conjoints».

L'interdiction de la discrimination doit empêcher selon cet auteur, que des individus soient privés de leur liberté d'action pour la simple raison qu'ils appartiennent à un groupe déterminé. L'égalité de traitement doit offrir à un sexe les options qui sont généralement accordées à l'autre et les représentants d'un sexe donné doivent pouvoir assumer des rôles qui leur sont spécifiques, sans pour autant être lésés dans d'autres domaines. Il cite notamment à ce propos une décision de la Cour constitutionnelle allemande du 17 novembre 1992 selon laquelle lorsqu'un homme et une femme vivant en communauté pouvaient prétendre à une allocation d'assistance-chômage, le montant de la prestation la plus élevée, généralement celle attribuée à l'homme, était pris en compte dans le calcul de la prestation, souvent plus faible, versée à sa partenaire. La Cour a souligné que cette disposition désavantageait les couples dans lesquels les deux partenaires travaillent par rapport à ceux dans lesquels un seul partenaire travaille. La Cour constitutionnelle a ensuite constaté que l'inégalité de traitement entre un couple dans lequel les deux conjoints travaillent et un couple dans lequel un seul conjoint travaille n'est pas justifiée par des raisons objectives. Elle est au contraire de nature à favoriser les mariages

¹¹⁹ Tamara K. Hervey « La Cour de justice des Communautés européennes et l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale » in *Au-delà de l'égalité de traitement La Sécurité sociale dans une Europe en changement* p. 52-72 spéc. p.53. Rapport de la Conférence de la Présidence Irlandaise de l'Union européenne Dublin 10--12 octobre 1996.

¹²⁰ Karl-Jürgen BIEBACK La discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le droit social des Etats membres des Communautés européennes au regard de la directive (CE) 79/7, février 1996, Commission européenne V/1333/96-FR p. 12

¹²¹ décisions rendues par la Cour jusqu'en 1994

dans lesquels la femme reste au foyer. Ceci est contraire à l'article 3 paragraphe 2 de la Loi fondamentale qui interdit de fixer le partage des rôles traditionnels au détriment des femmes». ¹²²

La Cour de justice des Communautés européennes a élaboré trois critères permettant de constater une discrimination indirecte :

La réglementation ne fait pas –comme pour la discrimination directe– directement référence au sexe, mais emploie dans le texte de la réglementation des termes caractéristiques neutres, tels que par exemple «travail à temps partiel», «travail de faible importance».

La réglementation affecte, dans la pratique, un nombre nettement plus élevé de représentants d'un sexe effectivement défavorisés.

Un tel préjudice ne trouve de justification dans aucune «raison objective» qui soit totalement indépendante d'une discrimination fondée sur le sexe. Et même si de telles raisons existaient, elles devraient être proportionnées, c'est-à-dire être, en premier lieu, aptes à atteindre l'objectif poursuivi par la politique sociale et être nécessaires à cet effet.

En matière de sécurité sociale, les critères apparemment neutres par rapport au sexe et que l'on retrouve mis en cause dans les questions posées à la CJCE peuvent être :

- le travail à temps plein / à temps partiel
- emploi continu /ininterrompu et affiliation à un système de protection sociale
- âge/ ancienneté, longue période d'affiliation à un système de protection sociale
- chef de famille/soutien de famille/ménage.
- personnes ayant une ou des personnes à charge/ versant une pension alimentaire

Mais pour les mettre en œuvre et mesurer leur effet discriminatoire, il faut à chaque fois définir le groupe concerné, c'est-à-dire la méthode comparative. ¹²³

Il convient à ce stade d'examiner le mode de raisonnement du juge communautaire dans son application de la directive 79/7. Les arrêts sont relativement nombreux. Ce sont essentiellement Le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Allemagne qui ont posé des questions en interprétation à la CJCE. Il est vrai que les discriminations y étaient importantes et que ces Etats ont acquis une expérience de traitement judiciaire de ces questions. En France, au contraire, le traitement judiciaire des discriminations reste marginal.

La mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale

Les développements ¹²⁴ qui suivent seront essentiellement consacrés à la mise en œuvre de la directive 79/7 c'est-à-dire aux régimes légaux de sécurité sociale. Il ne s'agit pas ici de traiter de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour rendue depuis l'entrée en vigueur de la directive, toutes les affaires ne présentant pas le même intérêt. Elles émanent principalement de quelques Etats membres comme les Pays-Bas, l'Allemagne, le Royaume-Uni, ce qui peut s'expliquer par la situation faite aux femmes mariées dans les régimes de sécurité sociale de ces pays. ¹²⁵

Les questions posées ont été diverses ; elles ont porté sur l'âge différencié entre hommes et femmes ¹²⁶ au regard de la retraite, exception qui ne s'applique pas à une prestation telle qu'une pension de vieillesse anticipée pour incapacité de travail ¹²⁷, sur le maintien de conditions particulières aux travailleurs féminins mariés au

¹²² Bieback préc.p.13

¹²³ Bieback préc.p.13-14.

¹²⁴ Sur ces questions cf également Pascale Vielle La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre Bruylant 2001

¹²⁵ par exemple CJCE 11 juillet 1991 Aff. jointes C-87/90, C-88/90, C-89/90 Verholen et alii Rec. I p.3757 ; CJCE 11 juillet 1991 Aff- C-31/90 Elsie Rita Johnson /Chief Adjudication Officer Rec. I p.3723.

¹²⁵ par exemple CJCE 23 mai 2000 Aff-C-196/98 Regina Virginia Hepple e.a. / Adjudication Officer

¹²⁶ par exemple CJCE 22 octobre 1998 Aff.C-154-96 Louis Wolfs et Office national des pensions.

¹²⁷ CJCE 23 mai 2000 Aff. C-104/98 Johann Buchner e.a. et Sozialversicherungsanstalt der Bauern

regard du calcul de la retraite¹²⁸, sur le champ d'application matériel de la directive etc. Ainsi, ne participe pas du champ d'application de la directive 79/7 le complément de ressources versé aux personnes dont le revenu ne dépasse pas un certain montant et qui n'exercent pas un emploi d'une durée supérieure à 24 heures par semaine¹²⁹. Selon la jurisprudence de la CJCE, bien que deux femmes en cause dans ce litige aient été au chômage, la Cour a considéré que le complément de ressources n'était pas lié à la protection contre l'un des risques énumérés à l'article 3 §1 de la directive 79/7 et qu'il avait pour seule fonction d'assurer aux personnes dont les ressources sont inférieures à un certain montant une prestation spéciale destinée à lui permettre de faire face à leurs besoins (att.16 et 17). Un tel arrêt manifeste une interprétation stricte de la directive par la CJCE qui refuse d'aborder la question de la pauvreté des femmes.¹³⁰

Ces différentes affaires, parmi les plus récentes concernaient des discriminations directes. L'idée fondamentale qui sous-tend cette notion de discrimination est que des personnes se trouvant dans la même situation doivent être traitées de la même manière¹³¹ et que celles qui se trouvent dans des situations différentes doivent être traitées de manière différente. En interdisant toute discrimination directe on répond à la première exigence qui est de traiter de façon semblable ceux qui sont dans des situations semblables. Les femmes mariées doivent donc être traitées comme les hommes et les femmes célibataires c'est-à-dire qu'elles doivent bénéficier du même barème d'indemnisation en cas de chômage et non d'un barème inférieur. Reste donc la deuxième exigence qui est de traiter de manière différente les personnes qui sont dans des situations différentes.

Trois questions seront privilégiées au regard de la notion de discrimination indirecte, parce qu'elles traversent les différents systèmes de sécurité sociale : notamment la question des emplois de faible durée ou de «faible importance» ainsi que la question des majorations pour personne à charge au sujet desquelles se pose la question des «conditions de ressources». Une des exceptions autorisées par la directive et relative aux bonifications pour enfant à charge sera examinée au chapitre 5 puisque la CJCE a jugé qu'il s'agissait d'un avantage au titre d'un régime professionnel de sécurité sociale.

1 - La recherche de discriminations indirectes :

LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL : LES EMPLOIS DE COURTE DUREE, DE «FAIBLE IMPORTANCE» OU LES DIFFERENTES FORMES D'EMPLOI

Dans les régimes légaux de sécurité sociale, un exemple de discrimination indirecte est donné par la règle réservant le droit à telle ou telle prestation aux personnes dont la rémunération est supérieure à un certain seuil ou travaillant plus d'un certain nombre d'heures par semaine. Dans ce cas, la même règle est appliquée à tous les travailleurs, mais elle a un effet différentiel en fonction de la rémunération et de l'horaire hebdomadaire de travail : l'effet est défavorable pour ceux dont la rémunération ou la durée de travail est inférieure au seuil c'est-à-dire les travailleurs à bas salaire ou à temps partiel puisqu'ils n'auront pas droit aux prestations. Lorsqu'une règle de ce genre pénalise davantage de femmes que d'hommes (ou l'inverse) on considère qu'elle constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe à moins que la règle édictée ou le seuil retenu ne se justifie par des critères objectifs autres que le sexe.

La question des «emplois mineurs» ou de «faible importance» en Allemagne permet d'illustrer la portée de la directive, l'interprétation faite par la CJCE, les justifications de l'exclusion des emplois mineurs du régime légal de sécurité sociale et la réponse politique du gouvernement Schröder. L'intérêt de cette question est de mettre l'accent sur les limites de la jurisprudence, mais ce faisant, le débat public est posé et une réponse partielle apportée.

¹²⁸ CJCE 28 octobre 1999 Aff.C-187/98 Commission des Communautés européennes / République hellénique.

¹²⁹ CJCE 16 juillet 1992 Jackson et Cresswell aff. C-63/91 et C-64/91 Rec I. 4737

¹³⁰ Linda Luckhaus « Intentions and the Avoidance of Community Law », *Industrial Law Journal*, Vol 21, N° 4, December 1992. p.315

Rikki Holtmatt, « Indirect discrimination and the disregard of the special burdens and risks of women in social security » Paper for the special seminar on EC Law, Equal treatment for men and women in social security, Ferrara, 21-23 sept. 1995.inédit

¹³¹ CJCE 24 juin 1987 Aff.384/85 Jean Borrie Clarke/Chief Adjudication Officer Rec.p.2865

En Allemagne, jusqu'à une date récente (1er avril 1999), les petits emplois de moins de 323 euros par mois (environ 2 100 francs) n'étaient pas soumis à cotisations sociales. Les travailleurs concernés étaient des étudiants et des femmes mariées ayants droit de leur conjoint. Le contentieux a été abondant sur cette question : ne s'agissait-il pas d'une discrimination indirecte puisque cette disposition concernait majoritairement des femmes mariées ?

Selon le droit des assurances sociales allemand, un assuré atteint d'une incapacité de travail a droit à l'octroi d'une pension d'invalidité lorsque, sur les cinq dernières années précédant la survenance de l'invalidité, sont attestés trois ans au moins de cotisation pour un emploi ou une activité assujettis à l'assurance obligatoire. Ces conditions ont été abrogées mais restent applicables pour les demandes introduites avant le 31 mars 1992. En outre, il ressort du Code des assurances sociales que les emplois mineurs ne sont pas soumis au régime légal de l'assurance vieillesse. Un emploi est considéré comme mineur lorsqu'il est normalement exercé moins de 15 heures par semaine et que le salaire mensuel ne dépasse pas normalement 1/7^{ème} du salaire moyen des assurés du régime légal d'assurance vieillesse pendant l'année civile précédente. Ce plafond de rémunération est révisé annuellement. Pour 1993, il était de 530 DM par mois dans les anciens länder et de 390 DM dans les nouveaux.

Mme Nolte née en 1930 a travaillé jusqu'en 1965 en cotisant à l'assurance obligatoire. En raison du temps passé à l'éducation de ses enfants puis de l'exercice d'emplois mineurs, elle n'a plus versé ensuite de cotisations obligatoires. De 1977 jusqu'en 1987, date à laquelle elle a cessé de travailler, elle a encore exercé un emploi mineur. Depuis le mois de juin 1988, elle souffre d'une grave maladie en sorte qu'elle n'est plus en mesure d'assurer une activité régulière rétribuée. Elle a demandé sa mise en retraite et une pension d'invalidité, ce qui lui a été refusé aux motifs que sur les soixante derniers mois précédant la survenance de son invalidité, elle ne justifiait pas de trente-six mois de cotisation pour un emploi assujetti à l'assurance obligatoire.

Les questions posées à la CJCE étaient les suivantes : une réglementation qui exclut du régime légal d'assurance vieillesse les emplois de moins de 15 heures hebdomadaires de travail et un salaire ne dépassant pas 1/7^{ème} du salaire mensuel moyen ne constitue-t-elle pas une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 4 de la directive 79/7 ? si la réponse est positive, le droit de percevoir une pension d'invalidité est-il ouvert lorsque l'intéressé ne remplit pas les conditions d'ouverture des droits, alors que l'exclusion des prestations pour ce type de travail à temps partiel concerne beaucoup plus de femmes que d'hommes ?

La Cour commence d'abord par examiner la question de savoir si Mme Nolte entre dans le champ d'application personnel de la directive. Elle rappelle qu'il résulte de l'article 2 de la directive que la notion de population active est très large parce qu'elle vise tout travailleur, y compris celui qui est simplement à la recherche d'un emploi. En revanche, selon la jurisprudence de la Cour, la directive ne s'applique pas à des personnes qui n'ont jamais été disponibles sur le marché du travail ou qui ont cessé de l'être sans que la cause se trouve dans la survenance d'un des risques liés visés par la directive¹³². Elle précise en outre que le fait que le revenu du travailleur ne couvre pas tous ses besoins ne saurait lui enlever la qualité de personne active. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour qu'une activité salariée dont les revenus sont inférieurs au minimum d'existence n'empêche pas de considérer la personne comme un travailleur au sens du droit communautaire.¹³³

Sur la première question, la Cour relève que la réglementation nationale n'opère pas de discrimination directe, dès lors qu'elle n'exclut pas les personnes occupant un emploi mineur du régime légal concerné sur la base de leur sexe et qu'il convient donc d'examiner si une telle réglementation peut constituer une discrimination indirecte. Elle rappelle donc sa jurisprudence constante en la matière selon laquelle la directive s'oppose à l'application d'une mesure nationale qui bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette mesure ne soit objectivement justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Tel est le cas, si les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale de l'Etat membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre cet objectif et sont nécessaires à cet effet.¹³⁴

¹³² voir arrêt du 27 juin 1989 Achteberg Aff-48/88, 106/88, 107/88 Rec. 1963

¹³³ Cf jurisprudence citée sous arrêt Nolte in Rec. p. 254

¹³⁴ Cf CJCE ROKS 24 février 1994 aff. C-343/92 Rec. I-571.

En l'espèce, selon le gouvernement allemand, l'exclusion de personnes occupant des emplois mineurs de l'assurance obligatoire correspond à un principe structurel du régime allemand de sécurité sociale. Le gouvernement explique qu'il y a une demande sociale pour les emplois mineurs, que le gouvernement estime nécessaire de répondre à cette demande dans le cadre de sa politique sociale en encourageant l'existence et l'offre de tels emplois, que le seul moyen de le faire dans le cadre structurel du système de sécurité sociale allemand est l'exclusion des emplois mineurs de l'assurance obligatoire, et que les emplois supprimés ne seraient pas remplacés par des emplois à temps plein ou à temps partiels assujettis à l'assurance obligatoire.

A cette argumentation du gouvernement allemand, la Cour répond qu'il convient de constater que la politique sociale relève, en l'état du droit communautaire de la compétence des Etats membres¹³⁵. Par conséquent il incombe à ces derniers de choisir les mesures susceptibles de réaliser l'objectif de leur politique sociale et de l'emploi. Dans l'exercice de cette compétence, les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation. Dans le cas d'espèce, estime la Cour, l'objectif de politique sociale et de l'emploi invoqué par le gouvernement allemand est objectivement étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et le législateur national, dans l'exercice de sa compétence, pouvait raisonnablement estimer que la législation en cause était nécessaire pour atteindre un tel objectif.

De la même façon, la Cour dans un arrêt du même jour (14 décembre 1995¹³⁶) jugeait que l'exclusion des emplois mineurs du régime de l'assurance vieillesse obligatoire, de l'assurance maladie, et de l'obligation de cotisation au titre de l'assurance chômage ne constituait pas une discrimination indirecte même si ces dispositions touchent nettement plus de femmes que d'hommes dès lors que le législateur a pu raisonnablement estimer que la législation en cause était nécessaire pour atteindre un objectif de politique sociale étranger à toute discrimination fondée sur le sexe.

Cette jurisprudence a été l'occasion d'un important débat en Allemagne et a montré que l'exclusion des salariés à temps partiel de la protection sociale était particulièrement sensible et a été très contestée¹³⁷. Déjà en 1981, des arguments avaient été avancés pour mettre fin à cette exclusion et des dispositions prises, mais elles avaient été bloquées par le Sénat. Trois arguments avaient été développés :

- la possibilité de non affiliation à l'assurance sociale est toujours utilisée abusivement pour ne pas s'acquitter de cotisations sociales pour des salariés qui devraient être affiliés ;
- la protection sociale et l'égalité des chances des salariés à temps partiel doivent être améliorées ;
- l'égalité devant la concurrence doit être assurée pour tous les employeurs.

Face à ces arguments, différentes raisons ont été opposées pour justifier l'exclusion des salariés exerçant une activité de faible importance :

- On faisait d'abord valoir que ces salariés disposent en général d'autres protections et n'ont de ce fait pas besoin d'être protégés. Ceci est peut-être le cas pour l'assurance maladie puisqu'une étude allemande a montré qu'en 1992, 93% des salariés non assujettis bénéficiaient d'une couverture d'assurance maladie, le plus souvent au titre de membres de la famille d'un assuré c'est-à-dire au titre de droits dérivés. Mais ces salariés ne bénéficient pas de couverture invalidité-vieillesse et chômage alors que l'affiliation à l'assurance sociale pouvait donner des droits propres.
- Quant à l'inclusion dans les systèmes d'assurance invalidité-vieillesse et chômage, il était fait valoir que celle-ci pourrait conduire à une protection disproportionnée qui irait à l'encontre du principe d'assurance, dans la mesure où des cotisations très faibles ouvriraient des droits hors de proportion avec les cotisations
- Les salariés exerçant un emploi de faible importance sont concentrés principalement dans des branches déterminées tels que les ménages privés, le commerce, le nettoyage ainsi que la restauration. Ces branches auraient besoin d'une main-d'œuvre bon marché et flexible pour survivre. Une augmentation du coût de cette main-d'œuvre par une obligation de cotisation mettrait en péril ces branches et leurs emplois.
- L'exemption de l'affiliation à l'assurance sociale de salariés effectuant un travail de faible importance est également jugée nécessaire pour faciliter la réinsertion de catégories désavantagées dans la vie active. Or, un

¹³⁵ CJCE 7 mai 1991 Commission contre Belgique C-229/89 Rec..2205

¹³⁶ CJCE 14 décembre 1995 Aff.C-444/93 Ursula Megner et Hildegaard Scheffel/ Rheinland-Pfalz Rec. I-4741.

¹³⁷ exclusion dans plusieurs Etats membres de l'Europe du Nord, Rapport Bieback préc. p.43

emploi de faible importance n'entraîne pas d'intégration véritable ou même progressive dans la mesure où il se limite à quelques secteurs et l'activité qui y est liée ne donne que rarement des droits.

Cependant, soit ces arguments ne permettent pas de justifier l'exclusion, soit les objectifs socio-politiques invoqués pourraient être atteints autrement. S'il revient au législateur de limiter la protection sociale, celui-ci ne doit pas porter atteinte au principe de non discrimination ¹³⁸.

En 1997, une première mesure a été prise pour abaisser les seuils de la durée du travail et des gains donnant accès aux régimes de retraite et d'assurance santé et chômage, Elle a consisté à abaisser le seuil de 18 heures au-dessous duquel il n'était pas possible de bénéficier des prestations des régimes d'assurance chômage. Désormais, il est possible de participer aux trois régimes –retraite, santé, et chômage, à condition d'avoir une durée hebdomadaire de travail de 15 heures minimum ou de justifier de gains inférieurs au montant minimum. Le seuil est fixé à un faible niveau (630 DM par mois en 2000) de sorte qu'en pratique il est très probable qu'il jouera d'avantage que le seuil fixé pour la durée du travail pour l'accès aux régimes d'assurance.

Cette législation a été modifiée le 1er avril 1999. Désormais des cotisations sont payées par l'employeur et le salarié tant au regard de l'assurance maladie que de la retraite mais avec possibilité d'option dans ce dernier domaine. De plus, il n'y a pas obligation de cotisation pour le risque chômage ¹³⁹.

Les modifications sont complexes mais l'élément essentiel est la suppression partielle du montant minimum de gains pour l'accès au régime de retraite. Désormais, les employeurs sont tenus de verser une cotisation de 12% pour les gains inférieurs au montant minimum, cependant que les salariés gagnant entre 300 et 630 DM peuvent verser une cotisation volontaire de 7,5%. Les salariés qui ne versent pas de cotisation volontaire ne bénéficient pas de toutes les prestations en matière de retraite. L'idée qui a inspiré ces changements est celle d'aider les femmes à bas salaire à améliorer la protection sociale dont elles bénéficieront durant leur vieillesse. En outre, la réforme visait à empêcher la création d'emplois rémunérés juste au-dessous du montant minimum de gains. On a pensé que la multiplication de ces emplois avait été encouragée par le fait que les employeurs et les salariés n'étaient pas tenus de payer une cotisation même si les employeurs avaient à payer une taxe. Cette taxe a été supprimée dès lors que les employeurs sont tenus de verser une cotisation.

Ces développements montrent l'évolution de la situation en Allemagne. Il faut cependant noter que la protection sociale a été exclue du champ d'application de la directive 97/81 relative à l'élimination des mesures discriminatoires à l'encontre des travailleurs à temps partiel et que l'examen de la question des emplois précaires dans les différents Etats membres au regard de la sécurité sociale mériterait une analyse fine.

En Espagne, une légère amélioration a été observée en ce qui concerne le nombre d'années de cotisation requises des travailleurs à temps partiel afin de leur permettre de toucher une pension complète. En vertu d'un accord passé entre le gouvernement espagnol et les syndicats en octobre 1998, le mode de calcul des années de cotisation des travailleurs à temps partiel a été modifié de façon à leur donner un droit à pension après 21 années et non plus 30. Les travailleurs à temps plein continuent d'avoir ce droit après 15 ans d'activité.

De façon plus générale de telles règles appliquées sur le marché du travail aux travailleurs à temps partiel sont-elles compatibles avec le principe d'égalité ?

De telles règles ne sont-elles pas dissuasives par rapport à l'exercice d'une activité professionnelle ?

2 - La recherche de discriminations indirectes :

LA QUESTION DES MAJORATIONS POUR PERSONNE A CHARGE

Si la directive autorise des dérogations concernant les droits à prestations de vieillesse, d'accidents du travail ou d'invalidité au titre des droits dérivés de l'épouse, ces dérogations ne concernent pas les majorations pour enfant dans toutes les branches de la sécurité sociale de même que les majorations pour conjoint dans les branches maladie et chômage.

¹³⁸ Rapport Bieback préc. p.44.

¹³⁹ Cf. Mr. Dr. Kerstin Feldhoff, AuR 7/1999, p. 249-258

C'est dire qu'un Etat membre ne peut pas prévoir de dérogations à raison du sexe dans ces hypothèses, auquel cas il y aurait discrimination directe. La Cour eut souvent à souligner le caractère fondamental du principe d'égalité de traitement affirmé à l'article 4(1) de la directive 79/7.

Elle eut également à se prononcer sur des affaires dans lesquelles la réglementation d'un régime national de sécurité sociale n'était pas directement basée sur le sexe des bénéficiaires mais tenait compte d'autres facteurs qui, en pratique, portaient finalement préjudice à un nombre considérable de personnes de l'un ou l'autre sexe. Il s'agissait autrement dit de discrimination indirecte. Sa première décision fut rendue dans l'affaire Teuling. Ce cas concernait une prestation obligatoire aux Pays-Bas, due en raison d'une inaptitude au travail et dont le montant dépendait notamment de la situation familiale et des revenus professionnels du conjoint de la demanderesse. Du fait que les revenus du mari étaient pris en considération, Mme Teuling n'avait pas droit à des prestations complémentaires. Elle soutint que le régime des prestations complémentaires, prenant en compte les revenus provenant du conjoint représentait une discrimination indirecte interdite par l'article 4(1) de la directive. Pour la Cour, «un régime selon lequel il est prévu des allocations complémentaires qui ne sont pas directement basées sur le sexe des affiliés mais qui tiennent compte de leur situation familiale ou conjugale et duquel il ressort qu'un nombre sensiblement plus faible de femmes que d'hommes a droit à ces compléments, est contraire à l'article 4(1) de la directive, si ce régime ne peut être justifié par des motifs qui excluent une discrimination sexuelle».

Mais dans cette affaire, la Cour ne décida pas si le régime en question était ou non contraire à la directive. Elle laissa le tribunal national en décider, tout en précisant : que si des prestations complémentaires visaient à éviter en l'absence de tout autre revenu professionnel, que les prestations de sécurité sociale ne tombent au dessous du minimum de moyens d'existence pour les ayants droit qui, du fait d'avoir un conjoint ou des enfants à charge devaient supporter des charges accrues par rapport aux personnes seules, de telles majorations pouvaient être justifiées au regard de la directive.

Dans un arrêt du 7 mai 1991 (Commission des Communautés c/ Royaume de Belgique), la Cour¹⁴⁰ a rendu un arrêt plus explicite.

La législation belge relative aux prestations de chômage répartissait les bénéficiaires en trois groupes : 1) travailleur cohabitant avec une ou plusieurs personnes et ne disposant d'aucun revenu, 2) travailleur habitant seul et 3) travailleur cohabitant avec une personne ayant des revenus. Tous les bénéficiaires recevaient dans un premier temps une allocation de base correspondant à 35% du revenu antérieur. Après 18 mois de chômage, cette allocation était modulée selon la catégorie, les personnes appartenant au groupe 3 recevaient une allocation forfaitaire assortie d'un complément dans l'hypothèse où les allocations mensuelles cumulées n'atteignaient pas un certain montant. Puis après modification du régime, un complément de 20% du revenu antérieur était versé à l'ensemble des allocataires mais était limité à un an pour les catégories 2 et 3. Des statistiques montraient que les chômeurs du groupe 1 étaient pour 81,4% d'entre eux des hommes et que, en revanche, les femmes représentaient 65,2% des personnes relevant du groupe 3. La Commission a estimé que le système belge d'indemnisation du chômage (mais aussi de la maladie) conduisait à une discrimination indirecte à l'égard des femmes, contraire à l'article 4 § 1 de la directive 79/7. La Cour n'a pas retenu la première justification avancée par la Belgique pour justifier sa politique en la matière à savoir que la répartition des femmes et des hommes entre les trois catégories était le reflet d'un phénomène de société où le nombre de femmes professionnellement active était inférieur à celui des hommes. Le gouvernement a alors fait valoir que son système national visait à attribuer, dans les limites qu'impliquaient nécessairement les ressources budgétaires, à chaque individu et sans limitation de temps, un revenu minimal de remplacement en tenant compte de la situation familiale de l'intéressé qui pouvait soit être confronté à des besoins supplémentaires dus à des personnes à charge, soit bénéficié du revenu du conjoint.

La Cour a finalement estimé que ces principes et objectifs s'inscrivaient dans le cadre d'une politique sociale relevant des Etats membres lesquels disposaient d'une marge d'appréciation raisonnable¹⁴¹ en ce qui concerne la nature des mesures et les modalités de leur réalisation. Le revenu de remplacement avait ainsi le caractère d'un minimum social garanti aux familles.

Dans une autre affaire, la Cour a également fait la même analyse au sujet d'un système d'assurance vieillesse qui, sans distinction à raison du sexe accorde une pension de vieillesse et une majoration pour conjoint à charge

¹⁴⁰ CJCE 7 mai 1991 Aff-C-229/89 Rec. I p.2205

¹⁴¹ point 22

alors que le conjoint n'a pas encore atteint l'âge de la retraite, en déduisant de cette pension de couple le revenu obtenu par ce conjoint pour une incapacité de travail. M. Molenbroeck soutenait que cette mesure était indirectement discriminatoire puisqu'un plus grand nombre d'hommes que de femmes sont dans cette situation¹⁴².

La Cour a ainsi, face aux Etats membres une exigence moindre au regard du principe de proportionnalité : si un Etat membre peut justifier « que les moyens choisis satisfont un but essentiel de sa politique sociale et qu'ils sont aptes et nécessaires pour atteindre cet objectif, le simple fait que le régime de prestations favorise un nombre très supérieur de salariés masculins ne peut être considéré comme contraire au principe d'égalité de traitement »¹⁴³. Bien plus, même dans les affaires de discriminations indirectes où il y a utilisation de notions analogues à celles de chef de famille, la CJCE refuse de condamner les Etats, au motif que les mesures en cause lui paraissent justifiées par des objectifs de politique sociale. La familialisation des droits apparaît ici acceptable alors qu'elle ne l'est pas en matière de droit du travail.

En matière de libre circulation des travailleurs migrants

Le Traité de Rome de 1957 énonce un principe général de non discrimination en raison de la nationalité dans les domaines du Traité. Ce principe est mis en œuvre notamment dans le domaine de la libre circulation des personnes en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les conditions de travail. Pour assurer un haut niveau d'emploi, la libre circulation des travailleurs¹⁴⁴, entendu comme le droit de répondre à des emplois, de se déplacer à cet effet et de séjourner, fait partie des fondements de la communauté. Elle implique également le droit de demeurer après avoir occupé un emploi sans autres formalités et procédures. Elle est définie aux articles 48 à 51 du Traité de Rome.

Pour favoriser l'exercice de ce droit, l'article 51 du traité a pour objet de compléter la libre circulation par une coordination des régimes nationaux de sécurité sociale afin d'éviter les lacunes et cumuls de protection sociale qui risquent de résulter des migrations de travailleurs. Pour cela, des mécanismes ont été prévus afin que la protection sociale ne constitue pas un frein et que par exemple la retraite d'un travailleur migrant communautaire prenne en compte les différentes périodes d'activité dans les Etats membres où il a exercé. Il s'agit d'un impératif de continuité juridique¹⁴⁵.

Les dispositions relatives à la libre circulation et à la coordination des régimes de sécurité sociale se sont mises en place progressivement, à l'aide principalement de règlements communautaires, directement applicables dans les Etats membres. Pour la libre circulation, il s'agit du règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968¹⁴⁶ et du règlement 1251/70 du 29 juin 1970¹⁴⁷, et pour la coordination, du règlement 1408/71 du 14 juin 1971¹⁴⁸. Coordination des régimes de sécurité sociale et non pas harmonisation comme en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, la Sécurité sociale restant de la compétence des Etats. Il s'agit simplement en la matière de coordonner entre elles des dispositions venant de différents Etats membres et obéissant à des conceptions différentes. Des conflits de lois et de juridictions étaient inévitables. Malgré la diversité des régimes, des évolutions ont néanmoins eu lieu alors que les Etats membres étaient tentés par des dispositions protectionnistes. Les institutions communautaires, la Commission, gardienne du Traité, et la CJCE ont veillé à rendre la liberté d'accès à l'emploi et au travail effectivement possible¹⁴⁹.

¹⁴² CJCE Aff C-226/91 9 novembre 1992 Molenbroeck point 20 et dispositif.

¹⁴³ CJCE Aff 171/88 Rinner Kuhn 13 juillet 1989 point 14 ; CJCE Aff-229/89 7 mai 1991 Commission/ Belgique point 19, CJCE préc. ; Molenbroeck point 13

¹⁴⁴ sous certaines réserves d'ordre public, de sécurité et de santé publics

¹⁴⁵ Antoine Lyon-Caen « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne » *Droit social*, juin 1989 p. 467.

¹⁴⁶ Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968, JOCE n°L257 du 19 octobre 1968

¹⁴⁷ Règlement n° 1251/70 JOCE n° L142 du 30 juin 1970

¹⁴⁸ Règlement 1408/71 du 14 juin 1971 JOCE du 5 juillet 1971.

¹⁴⁹ Cf. A. Lyon-Caen, préc. p. 467-468: « Les institutions communautaires ne se limitent pas à anéantir les obstacles à la libre circulation des travailleurs ; elles tendent à la rendre effectivement possible. Elles se proposent, tant par des règles élaborées à

Du point de vue qui nous intéresse, c'est-à-dire des droits sociaux des travailleurs et de leur famille, deux questions méritent d'être examinées. Que deviennent par exemple les prestations familiales auxquelles ont droit les travailleurs migrants, que la famille suive ce travailleur ou qu'elle reste au pays d'origine ? Comment sont fixées les règles en la matière ?

Comment, par ailleurs, sont déterminés les droits des conjointes au moment de la retraite ? Autrement dit quel est le degré de « familialisation » des droits ou « d'individualisation » des droits sociaux ? Le travailleur migrant et sa famille rencontrent, en se déplaçant, des régimes de sécurité sociale différents. Comment s'opère la coordination des régimes de sécurité sociale ? Mais aussi comment des règles ou des principes communs ont-ils été dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes ?

En ces matières, la jurisprudence de la CJCE a été déterminante et les quelques arrêts analysés permettent de montrer les points d'appui de la construction jurisprudentielle. L'importance de la notion de discrimination indirecte d'abord. La notion de discrimination indirecte ne figure pas dans le droit originaire du Traité mais dès les débuts de la Communauté, cette notion a été présente et mise en œuvre par la CJCE¹⁵⁰. Le législateur communautaire en adoptant le règlement relatif à la libre circulation a précisé que « le droit à la libre circulation exige ... que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et l'accès au logement »¹⁵¹.

La Cour s'est appuyé également sur la notion d'avantage social afin de mettre en œuvre une politique d'égalité de traitement. Cette notion est contenue dans l'article 7 du règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 lequel dispose : « Tout travailleur ressortissant d'un Etat membre bénéficie sur le territoire des autres Etats membres des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ».

Enfin, la CJCE, parce que le Traité de l'Union européenne¹⁵² affirme une citoyenneté européenne, donne plus d'effectivité à la libre circulation, à l'intégration des travailleurs et à l'affirmation d'une citoyenneté européenne en reconnaissant aux travailleurs mais surtout à leurs conjoints, des droits propres et pas seulement des droits dérivés.

En matière de prestations familiales

Malgré le droit au regroupement familial, les membres de la famille ont pu demeurer dans leur Etat membre d'origine. D'où la question de savoir si la loi du lieu de résidence des membres de la famille ne devrait pas être préférée à celle du pays d'emploi du travailleur en ce qui concerne les règles applicables aux prestations familiales. Cette position, soutenue par la France, a été rejetée par la Cour de justice dans l'**affaire Pinna**.¹⁵³

Suivant les dispositions du règlement n°3¹⁵⁴, les allocations familiales étaient versées selon les dispositions de la législation compétente d'après les règles de rattachement communautaire, mais uniquement jusqu'à concurrence du montant des allocations accordées par la loi du lieu de résidence de la famille. Un italien travaillant en France ne recevait pour sa famille restée en Italie que le montant des allocations italiennes, dans la mesure où ces dernières étaient inférieures aux allocations françaises.

cette fin, qu'à travers l'interprétation des règles générales, d'encourager la mobilité. C'est moyennant cette perception des mutations intervenues depuis 1957, qu'il est loisible de déceler une novation du principe de libre circulation. Il a progressivement accueilli un droit à la mobilité communautaire. Certes, ce droit puise ses racines dans le principe énoncé à l'article 48 du Traité de Rome. Mais il s'en émancipe, car à une condamnation des discriminations, il substitue (imparfaitement sans doute en 1989) une promotion de l'égalité de traitement ».

¹⁵⁰ Arrêt Sotgiu CJCE 12 février 1974 Rec.p.153, *Droit social*, 1974 comm. G. Lyon-Caen

¹⁵¹ règlement 1612/68 du 15 octobre 1968, 5^{ème} considérant.

¹⁵² Article 17 du Traité de l'Union européenne (ex-article 8 du Traité de Maastricht) : « Il est institué une citoyenneté européenne. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »

¹⁵³ Cf Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ 1998 p. 458 et s.

¹⁵⁴ règlement adopté dès le tout-début du Marché commun en 1958 pour coordonner les régimes nationaux de sécurité sociale. Il a été révisé et remplacé par le règlement 1408/71 du 14 juin 1971 préc.

Le règlement 1408 a modifié cette règle et décidé que les prestations familiales devraient être versées au taux de la législation de l'Etat de rattachement du bénéficiaire, même si les membres de sa famille ont leur résidence dans un autre Etat membre (article 73 §1). Un italien travaillant en Allemagne reçoit des prestations au taux allemand, que sa famille l'ait accompagné en Allemagne ou qu'elle soit restée en Italie.

Le même règlement avait cependant consenti à la France le bénéfice d'un régime dérogatoire. Dans l'hypothèse d'un travailleur soumis à la loi française, c'était à la loi du lieu de résidence des membres de la famille de déterminer le montant des prestations (article 73 §2), disposition s'expliquant par une certaine supériorité des taux français. Un italien travaillant en France, et dont la famille était restée en Italie, ne recevait donc effectivement que le montant des prestations italiennes, inférieur au montant des prestations françaises.

Ce régime particulier s'est appliqué jusqu'à ce que la Cour de justice, au nom de l'égalité de traitement et de la prohibition des discriminations indirectes entre ressortissants communautaires et national français, décide, dans un premier arrêt Pinna,¹⁵⁵ d'invalider cette dérogation particulière à la France, pour placer celle-ci sous l'empire du régime général. Une deuxième décision de la CJCE¹⁵⁶ étant venue préciser qu'en l'attente de la modification à venir du règlement 1408/71, les règles applicables aux autres Etats membres devaient immédiatement s'étendre à la France. La Cour de cassation française en tira les conséquences en condamnant la Caisse d'allocations familiales concernée à rétablir M.Pinna dans ses droits¹⁵⁷.

L'affaire Pinna a conduit à l'adoption d'un règlement 3427/89 du 30 octobre 1989 qui généralise à tous les Etats membres le principe de l'application de la loi du pays d'emploi¹⁵⁸. La règle est la suivante : le travailleur soumis à la législation d'un Etat membre a droit aux prestations familiales prévues par la législation dudit Etat même si les membres de sa famille résident sur le territoire d'un autre Etat membre (article 73 nouveau).

Ici, le droit aux prestations est tributaire du travailleur migrant qui est titulaire du droit. Cette conception va finalement évoluer vers la reconnaissance au conjoint d'un droit «personnel» en tant que résidant dans un Etat membre.

La CJCE dans une affaire plus récente écarte la notion de droit dérivé, lequel fait obstacle à la reconnaissance de droits personnels du conjoint du travailleur migrant, en matière d'allocations familiales. Il est vrai qu'il s'agit de prestations familiales et que selon l'expression de M. l'avocat général dans l'affaire du 10 octobre 1996 «il y a lieu de constater que les prestations familiales ne peuvent, en raison de leur nature même, être considérées comme dues à un individu indépendamment de sa situation familiale. En effet, dès lors que l'octroi d'une allocation telle que l'allocation d'éducation est destinée à compenser les charges de famille, le choix du parent pour l'attribution de l'allocation n'a pas d'importance».

- l'arrêt de la CJCE du 3 juin 1999¹⁵⁹

Mme Rivero, de nationalité espagnole est l'épouse d'un travailleur espagnol¹⁶⁰ lequel travaille au Consulat d'Espagne en Allemagne. Elle exerce un emploi d'aide ménagère non assujetti à l'obligation d'assurance sociale (2 100 francs /mois env.) Elle demeure donc ayant-droit de son mari (droits dérivés), M. Rivero, travailleur communautaire auquel s'applique le règlement 1408/71 relatif à la sécurité sociale. Il peut, en raison de son statut professionnel (personnel consulaire) opter pour la protection sociale espagnole ou la protection sociale allemande. Il choisit la première. Mais selon le régime espagnol, il n'a plus droit alors aux allocations familiales

¹⁵⁵ CJCE 15 janvier 1986 aff.41-84 Rec p.1

¹⁵⁶ CJCE 2 mars 1989 Aff.359 /87 Rec. 585 *RTDEur*,1989 p.297 obs. Pierre Rodière.

¹⁵⁷ Soc. 24 mai 1989 Bull.V.n°379 ; *D.*1990, Somm.147.

¹⁵⁸ S'agissant des prestations familiales françaises,, il n'est fait application de cette jurisprudence qu'aux prestations d'entretien : allocations familiales proprement dites, complément familial, allocation pour jeune enfant, allocation d'éducation spéciale, allocation de soutien familial, allocation de rentrée scolaire, allocation de parent isolé. Diverses allocations particulières : allocation pour jeune enfant « courte », allocation parentale d'éducation, allocation pour garde d'enfant à domicile, allocation logement restent exclues de l'application obligatoire de la loi du pays d'emploi. (sources P.Rodière préc. p.459 note 67)

¹⁵⁹ CJCE Aff C-211/97 Paula Gomez RIVERO Rec. I 3219

¹⁶⁰ point 50 des conclusions et point 37 de l'arrêt.

pour enfant à charge, ses revenus dépassant le plafond espagnol (prestations sous conditions de ressources). Mme Rivero demande à continuer de percevoir les allocations familiales allemandes ce qu'on lui refuse. Pourtant, en droit allemand, Mme Rivero continue de remplir toutes les conditions pour pouvoir bénéficier des prestations familiales qu'elle réclame.

Quelle est l'influence du droit d'option du mari ? Quels sont les effets sur le conjoint, indépendamment du fait qu'il ait donné ou non son accord ? La Commission estime que si l'exercice du droit d'option n'a pas d'effet à l'égard de Mme Rivero, le régime de sécurité sociale allemand lui est applicable dès lors qu'elle remplit les conditions. Selon son analyse, des droits propres seraient conférés aux membres de la famille. L'avocat général Jacobs, au contraire estime que seuls des droits dérivés sont accordés au conjoint. La conception familialiste des droits aurait pour conséquence que Mme Rivero n'aurait plus droit aux allocations allemandes puisqu'elle relève du régime de sécurité sociale espagnol.

Pour la CJCE (points 25 et 26), l'exercice du droit d'option ne saurait priver les membres de la famille du travailleur, des avantages de sécurité sociale que leur assure, indépendamment de la couverture sociale du travailleur lui-même, la législation de l'État membre où ils résident. Les membres de la famille doivent être admis au bénéfice de la législation en matière de sécurité sociale de l'État membre de leur résidence dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci.

La CJCE change de fondement juridique. Elle ne raisonne pas par rapport au règlement 1408/71 mais par rapport au règlement 1612/68 : non pas en termes de droits propres/droits dérivés en matière de coordination des régimes de sécurité sociale, mais en termes d'avantage social afin de mettre en œuvre l'égalité de traitement nécessaire à la libre circulation.

Le critère de la résidence ne saurait priver un travailleur migrant des prestations familiales du pays d'emploi lorsque sa famille n'y réside pas. Ce même critère de résidence est la condition pour avoir droit aux prestations familiales même quand le migrant communautaire a opté pour le régime de sécurité sociale de son pays d'origine, dans la mesure où le conjoint remplit les conditions pour avoir droit à ces prestations. Il est titulaire de droit personnels en vue d'une meilleure intégration dans le pays de résidence. Il a droit à l'égalité de traitement avec le ressortissant de l'État de résidence.

Dans les affaires Pinna et Rivero, il s'agissait de prestations familiales au sens du règlement 1408/71. Dans deux autres affaires, la discussion a porté sur la nature juridique d'une allocation d'éducation mais aussi sur la question de savoir qui est titulaire du droit à cette prestation.

- L'arrêt CJCE du 10 octobre 1996¹⁶¹

La Cour a également statué sur le droit à une allocation d'éducation demandée par des épouses de travailleurs allemands, ceux-ci ayant un emploi en Allemagne mais résidant aux Pays-Bas. En vertu de cet emploi, c'est la législation allemande qui était applicable et il importait de savoir si Mmes Hoever et Zachow qui n'exerçaient pas elles-mêmes d'activité salariée, pouvaient percevoir la prestation en vertu d'un droit personnel. Elles invoquent pour cela l'article 73 du Règlement 1408/71.

Le raisonnement de la Cour porte d'abord sur la nature juridique de l'allocation d'éducation. Est-elle une prestation familiale entrant dans le champ du règlement ? La Cour a, à plusieurs reprises, rappelé que la distinction entre prestations incluses et exclues du champ d'application repose non pas sur la qualification de sécurité sociale donnée ou non par une législation nationale mais essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi. Autrement dit il s'agit d'une notion communautaire qui échappe à la compétence des États.

Les critères que doit remplir une prestation familiale pour être dans la compétence *ratione materiae* du règlement sont notamment : l'octroi en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels des bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie ; son rapport avec l'un des risques énumérés expressément à l'article 4 §1 du règlement. La prestation vise à compenser les charges de famille au sens de l'article 1er du règlement, elle n'est versée que lorsque la famille de l'intéressé compte un ou plusieurs enfants et son montant varie, en partie, en fonction de l'âge et du nombre d'enfant ainsi que du revenu des parents. Elle vise également à permettre à l'un des parents de se consacrer à l'éducation d'un jeune enfant. Dès lors pour la CJCE, cette allocation qui est accordée automatiquement aux personnes qui répondent à certains

¹⁶¹ CJCE 10 octobre 1996 Aff Ingrid Hoever, Iris Zachow.

critères objectifs et qui vise à compenser les charges de famille doit être assimilée à une prestation familiale au sens du règlement 1408/71¹⁶².

Pour la Cour, le droit des demanderessees à l'allocation ne dépend pas de la qualité de membre de la famille d'un travailleur. Pour avoir droit à cette allocation elles doivent remplir personnellement les conditions énoncées à l'article 1 §4 de la loi allemande. Et aux objections faites par les gouvernements allemand, espagnol et français ainsi que par la Commission, lesquels soutenaient que les membres de la famille d'un travailleur ne sauraient prétendre qu'à des droits dérivés acquis en qualité de membre de la famille d'un travailleur, la Cour répond que «la distinction droits propres/droits dérivés ne s'applique pas en principe en matière de prestations familiales» (point 33).

L'article 73 vise notamment à empêcher qu'un Etat membre puisse faire dépendre l'octroi ou le montant de prestations familiales de la résidence des membres de la famille d'un travailleur dans l'Etat membre prestataire, afin de ne pas dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit à la libre circulation.

«Il en résulte que lorsqu'un travailleur salarié est soumis à la législation d'un Etat membre et vit avec sa famille dans un autre Etat membre, son conjoint est en droit, en vertu de l'article 73 du règlement 1408/71 de percevoir une prestation telle que l'allocation spéciale d'éducation dans l'Etat de l'emploi» (point 38).

- L'arrêt CJCE du 12 mai 1998¹⁶³

La Cour reconnaît également un droit personnel à une allocation d'éducation au ressortissant communautaire même sans titre de séjour en bonne et due forme, c'est-à-dire au citoyen européen !

Dans une affaire du 12 mai 1998 la CJCE a reconnu le droit à une allocation d'éducation à une ressortissante communautaire laquelle ne produisait pas une carte de séjour en bonne et due forme, alors que les nationaux sont uniquement tenus d'avoir leur domicile ou leur lieu de résidence ordinaire dans cet Etat membre. L'allocation d'éducation, en Allemagne, est une prestation non contributive qui s'inscrit dans un ensemble de mesures de politique familiale, et qui est octroyée en application d'une loi relative à l'allocation et au congé d'éducation (BerzGG). Dans sa version du 25 juillet 1989 modifiée par la loi du 17 décembre 1990, la loi prévoit que peut prétendre à l'allocation d'éducation, toute personne .. ayant son domicile ou son lieu de résidence en Allemagne.

Mme Martinez Sala est une ressortissante espagnole qui depuis 1968 réside en Allemagne. Elle a exercé différentes activités salariées puis a bénéficié d'une aide sociale. Durant ses périodes d'activités elle a obtenu des autorités compétentes différents titres de séjour puis des attestations de demandes de prorogations de son titre de séjour. Alors qu'elle ne disposait pas d'un titre de séjour, elle a demandé à bénéficier d'une allocation d'éducation pour son enfant qui venait de naître. Devant le refus qui lui était opposé parce qu'elle n'était pas de la nationalité allemande, ni munie d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour, la juridiction saisie a sursis à statuer et a posé différentes questions à la CJCE.

L'allocation d'éducation constitue bien un avantage social au sens de l'article 7 du règlement 1612/68 et une prestation familiale au sens du règlement 1408/71.

La CJCE décide « qu'un ressortissant d'un Etat membre, résidant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre, relève du domaine d'application *ratione personnae* des dispositions du traité consacrées à la citoyenneté européenne et peut se prévaloir des droits prévus par le traité que l'article 17§2 attache au statut de citoyen de l'Union, dont celui de ne pas subir de discrimination à raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ».

En matière de pensions de retraite

Les Pays-Bas ont un régime général d'assurance-vieillesse (AOW) auquel sont assujetties toutes les personnes résidant sur le territoire néerlandais qui y travaillent et y payent des impôts. Ce régime couvre les salariés du secteur privé, les fonctionnaires ayant quant à eux, une autre couverture sociale. Cependant toute personne non assurée d'office peut s'assurer à titre volontaire. L'affaire Cabanis-Issarte s'inscrit dans ce contexte

L'arrêt du 30 avril 1996 reconnaît l'égalité de traitement avec le ressortissant national non pas en tant que membre de la famille mais en tant que personne.

¹⁶² Article 4 §1 sous h) du règlement.

¹⁶³ CJCE 12 mai 1998 Aff C- 85/96 Maria Martinez Sala Rec.269

Mme Cabanis-Issarte, de nationalité française est le conjoint survivant d'un travailleur migrant de nationalité française. En 1948, le couple s'est installé aux Pays-Bas, est ensuite revenu en France en 1960, puis est retourné aux Pays-bas de 1963 jusqu'en 1969, date de la retraite du mari et du retour du couple en France. Le mari décède en 1977.

Du 1^{er} janvier 1957 (date d'entrée en vigueur de l'AOW) jusqu'en octobre 1960, Mme Cabanis-Issarte a eu la qualité d'assurée obligatoire en vertu de l'AOW du fait de sa résidence sur le territoire néerlandais. Durant le retour en France (1960-1963), elle a été affiliée au titre de l'AOW en raison de cotisations volontaires versées par Mr Cabanis. Puis elle est de nouveau à l'assurance obligatoire jusqu'en 1969.

Pour la période antérieure à 1957, des dispositions transitoires se sont appliquées puisque la loi néerlandaise avait corrélié les droits de la femme mariée aux années d'activité du mari. De 1969 à 1977, M. Cabanis a perçu une pension pour personne mariée, la protection de Mme Cabanis-Issarte était donc assurée par la pension versée à son époux. A compter du décès de son mari, Mme Cabanis-Issarte a pu prétendre à un droit autonome à pension pour personne célibataire. La Caisse a cependant réduit cette pension, puisqu'elle ne pouvait prétendre à une retraite complète sauf à racheter les années manquantes (comprises entre ses 15 ans jusqu'à ses 65 ans).

Mme Cabanis-Issarte a donc proposé de cotiser volontairement pour ces périodes mais la Caisse de sécurité sociale des Pays-Bas a fixé la cotisation afférente à cette assurance volontaire à son taux maximal, les réductions de cotisations accordées aux nationaux lui étant refusée. Compte tenu du régime des retraites des Pays-Bas, l'épouse s'était constitué un droit autonome à pension qui n'était cependant pas complet en raison des périodes passées en France et de son retour en France.

La question posée à la Cour était de savoir si le principe d'égalité de traitement consacré par les articles 2 et 3 du règlement 1408/71 permettait à une personne dans la situation de Mme Cabanis-Issarte de bénéficier des réductions accordées aux nationaux, ou plus simplement quel était le taux des cotisations dues au titre de l'assurance volontaire.

L'affiliation au régime d'assurance volontaire constituait pourtant selon la jurisprudence constante de la Cour, un droit propre et non un droit dérivé au sens du règlement communautaire. Elle avait droit à ce régime de retraite en tant que résidente et non en tant que membre de la famille d'un travailleur migrant mais elle avait acquis ses droits soit en qualité de membre de la famille soit en tant que droit propre. Mme Cabanis-Issarte demandait l'application du règlement communautaire et donc l'égalité de traitement avec les nationaux.

L'avocat général M. Tesauo avait proposé à la Cour dans ses premières conclusions de répondre qu'il s'agissait bien d'un droit propre et que Mme Cabanis-Issarte ne pouvait demander le bénéfice de l'égalité de traitement avec les nationaux. Mais il devait revenir sur sa position dans de nouvelles conclusions présentées le 29 février 1996 estimant que «les articles 2 §1 et 3 §1 s'opposent à une réglementation nationale qui refuse aux membres de la famille et/ou aux survivants d'un travailleur, pour des motifs liés à la résidence, le droit aux réductions de cotisations accordées aux nationaux dans le cadre de l'assurance volontaire».

Dans son arrêt du 30 avril 1996, la CJCE¹⁶⁴ revient sur sa jurisprudence antérieure et suit les conclusions de l'avocat général. Elle s'appuie sur trois arguments :

l'impossibilité pour le conjoint d'un travailleur, qui, après avoir accompagné celui-ci dans un autre Etat membre, déciderait de retourner dans son Etat d'origine avec ce travailleur ou après son décès, de se prévaloir de l'égalité de traitement pour l'octroi de certaines prestations prévues par la législation du dernier Etat d'emploi aurait des répercussions négatives sur la libre circulation des travailleurs, dans le cadre de laquelle s'inscrit la réglementation communautaire relative à la coordination des législations nationales de sécurité sociale. Il serait, en effet, contraire au but et à l'esprit de cette réglementation de priver le conjoint ou le survivant d'un travailleur migrant du bénéfice du principe de non-discrimination pour la liquidation de prestations de vieillesse, auxquelles il aurait pu prétendre, dans des conditions d'égalité de traitement avec les nationaux, s'il était resté dans l'Etat d'accueil.

¹⁶⁴ CJCE aff. C- 308/93 du 30 avril 1996 J.M.Cabanis-Issarte Rec. 2122.

la distinction entre droits propres et droits dérivés, à laquelle la Cour a eu recours dans sa jurisprudence antérieure, peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire que constitue l'uniformité d'application de ses règles, en faisant dépendre leur applicabilité aux particuliers de la qualification de droit propre ou de droit dérivé donnée par la législation nationale applicable aux prestations en cause, au regard des particularités du régime interne de sécurité sociale.

La liberté de circulation des travailleurs implique le droit à l'intégration dans l'Etat d'accueil, spécialement pour la famille du travailleur, afin d'éviter, à défaut, des répercussions négatives sur cette liberté. La Cour ne s'appuie pas ici sur la notion d'avantage social.

Ainsi, le principe d'égalité de traitement entre migrants et nationaux en droit communautaire conduit à écarter la distinction droit propre/droit dérivé et favorise ainsi une individualisation des droits.

La liberté de circulation des travailleurs migrants est un des points forts du droit communautaire et la CJCE fait ici une interprétation dynamique des textes, même en matière de sécurité sociale, car la protection sociale est nécessaire au plein exercice de la liberté de circulation.

- L'arrêt du 23 novembre 2000¹⁶⁵

Mme Elsen, de nationalité allemande, a transféré sa résidence en mai 1981, d'Allemagne en France où elle vit depuis lors avec son mari et leur fils, né en août 1984. Jusqu'en mars 1985, elle a exercé en Allemagne une activité professionnelle assujettie à l'assurance obligatoire puis elle est devenue travailleuse frontalière. Après un congé de maternité, elle a cessé toute activité professionnelle.

Le système de pension allemand permet de prendre en compte, dans le cadre de l'assurance vieillesse, les périodes qu'un travailleur a consacrées exclusivement à l'éducation des enfants. En vertu des dispositions allemandes (articles 56 §1 et 249 du Livre IV du Sozialgesetzbuch 'SGB VI' du 18 décembre 1989), les cotisations obligatoires à l'assurance vieillesse relatives à la «période d'éducation d'un enfant» sont réputées versées pendant un an si l'enfant est né avant 1986, puis pour une période de dix ans soit les dix premières années de l'enfant. Les cotisations en cause ont un caractère abstrait. La demande de Mme Elsen visait à ce que les services allemands compétents prennent en considération en tant que périodes d'assurances aux fins de l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes d'éducation en question. La demande a été rejetée au motif que l'éducation de l'enfant avait eu lieu à l'étranger : l'éducation n'était pas assimilable à une éducation sur le territoire national.

La question simple posée à la Cour de justice était de savoir si la clause de territorialité était compatible avec le droit communautaire : le droit communautaire impose-t-il la prise en compte d'une période consacrée à l'éducation d'un enfant au sens du droit allemand lorsque l'éducation a eu lieu dans un autre Etat membre mais que le parent a exercé son activité en Allemagne, activité assujettie à l'assurance obligatoire d'abord comme résident puis comme travailleur frontalier ?

Le premier élément de réponse porte sur le point de savoir si la législation allemande est applicable, alors que la salariée a cessé toute activité en Allemagne et réside dans un autre Etat membre, pour ce qui concerne la prise en compte des périodes consacrées à l'éducation de l'enfant né alors que le parent travaillait en Allemagne en tant que frontalier. Pour la Cour, dans la mesure où la salariée était soumise à la législation allemande au moment de la naissance de l'enfant, il existe un lien étroit entre les périodes d'éducation et les périodes d'assurances. La législation allemande est donc applicable.

Reste l'exigence de territorialité. Ne serait-elle pas contraire à la finalité du droit communautaire ? La réponse de la CJCE est simple : si les Etats membres conservent leur compétence pour aménager leur système de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs ou encore à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres. Le règlement 1408/71 a précisément prévu cette hypothèse de transfert de résidence pour garantir la libre circulation des travailleurs mais également des citoyens de l'Union au titre de l'article 8 A du Traité.

¹⁶⁵ CJCE 23 novembre 2000 Aff.C-135/99 Ursula Elsen

L'Institution allemande compétente doit donc prendre en compte les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre Etat membre comme si elles avaient été accomplies sur le territoire national, par une personne qui au moment de la naissance de l'enfant avait la qualité de travailleur frontalier dans le territoire d'emploi mais résidait dans un autre Etat membre.

L'analyse doit maintenant être prolongée. On voit, au travers de la jurisprudence de la CJCE en matière de libre circulation des travailleurs, le lien entre la non discrimination à raison de la nationalité et la libre circulation. L'interdiction de la discrimination à raison de la nationalité prohibe d'abord les discriminations directes, mais celles-ci sont rares. Par contre, les discriminations indirectes, mesures apparemment neutres mais qui aboutissent au même résultat que si la discrimination était directe, nécessitent un examen plus subtil¹⁶⁶ puisqu'elles sont déguisées, cachées et peuvent être justifiées.

Le critère de la « résidence » a joué, à cet égard, un rôle important dans la jurisprudence de la CJCE. On l'a vu notamment dans l'affaire Pinna.

Globalement, en matière de sécurité sociale, l'égalité entre migrants et nationaux doit être considérée non comme un fin en soi mais comme un moyen au service d'une fin, la libre circulation des personnes. Elle n'est pas absolue, elle ne s'impose que lorsqu'elle est nécessaire à l'effet utile de la libre circulation.

Mais dans la période plus récente, la jurisprudence de la Cour tend à enraciner la famille du travailleur dans le pays d'accueil, en lui reconnaissant un certain nombre de droits personnels. Le conjoint et les descendants bénéficient du droit d'accès à un emploi salarié mais aussi de l'égalité de traitement avec le ressortissant national ; ils peuvent également demeurer sous certaines conditions après le décès du travailleur. Surtout, ils se voient reconnaître des droits personnels, certes encore limités, d'un citoyen européen.

La jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation contribue ainsi à la reconnaissance de droits personnels pour les membres de la famille. Pour limitée que soit cette individualisation liée à la libre circulation, qui tend toutefois à s'élargir, elle s'inscrit néanmoins dans une évolution dont on peut penser qu'elle préfigure celle des systèmes nationaux de sécurité sociale mais également la reconnaissance des droits du futur citoyen européen.

Conclusion

L'égalité entre les femmes et les hommes a connu des développements que le Traité de Rome ne permettait guère d'envisager¹⁶⁷. Sur le fondement de l'ex-article 119 du Traité relatif à l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, la Cour de Justice devait construire une jurisprudence affirmant que ce principe d'égalité de rémunération « fait partie des fondements de la Communauté », l'article 119 poursuivant une double finalité¹⁶⁸ : il a d'abord pour fonction d'éviter que dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des Etats qui ont effectivement réalisé le principe d'égalité de rémunération ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine. Mais, ajoute la Cour, cette disposition relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union

¹⁶⁶ Un exemple ancien permet d'illustrer cette difficulté. La France avait institué une allocation aux mères de famille, réservée aux femmes de nationalité française, âgées de 65 ans et privées de ressources, conjointes de salariés et ayant élevé au moins 5 enfants à charge pendant au moins neuf ans avant leur seizième anniversaire. La règle était directement discriminatoire puisqu'elle exigeait que la mère ait la nationalité française. Mme TOIA était italienne, mère de sept enfants dont cinq n'avaient pas la nationalité française mais la nationalité italienne. La Caisse régionale d'assurance maladie renonça à invoquer la nationalité italienne de la mère ce qui aurait été directement discriminatoire mais invoqua la nationalité des enfants.

¹⁶⁷ Le rôle des femmes elles-mêmes n'est pas étranger à ces développements. Les grèves des années 1965/66 à Herstal en Belgique, Fabrique nationale d'armes l'ont montré. Elles qui subissaient un abattement de rémunération parce que « femmes », en faisant grève pendant trois mois, ont posé la question du sens et de la portée de l'article 119 du Traité de Rome. Il faut évoquer également Gabrielle Defrenne, hôtesse de l'air à la Sabena qui, au travers d'un contentieux important, a suscité des réponses de la Cour de Justice sur le sens et la portée de l'article 119 (trois arrêts de la CJCE de 1971(I), 1976(II), 1978(III), commentés *supra*).

¹⁶⁸ Defrenne II, 1976

économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens, ainsi qu'il est souligné dans le préambule du Traité.

Dans l'un des arrêts de l'affaire Defrenne, celui de 1978¹⁶⁹, la Cour précisait que l'égalité de traitement était un droit fondamental et que la protection des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit dont la Cour a pour mission d'assurer le respect.

La Cour, cependant, même si l'acquis conceptuel est très riche surtout dans le champ du travail, s'est heurtée au caractère limité de l'affirmation du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale et au fondement relativement fragile des dispositions puisqu'il s'agit de dispositions dérivées du Traité¹⁷⁰.

Ainsi, le droit communautaire n'a pas résolu la question de l'individualisation des droits dans le sens d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes. Il a néanmoins permis de mieux poser cette question sans être parvenu à la régler de façon décisive. Il apporte un début de réponse, mais la construction est encore empirique, lente, complexe, manque de linéarité. La direction est donnée, mais de nombreux paramètres doivent être pris en considération.

Parmi les points d'appui les plus visibles figure la lutte contre les discriminations directes. Les systèmes familialisés ont souvent accordé des droits différents aux femmes. La jurisprudence de la CJCE permet de remettre en cause de telles discriminations.

Peut-on alors parler de l'inefficacité de la notion de discrimination indirecte ?

Peut-être faut-il poser la question autrement. La notion de discrimination indirecte renvoie à la prise en considération de situations de fait apparemment neutres qui aboutissent au même résultat qu'une discrimination directe. Et on a vu «la marge d'appréciation raisonnable laissée aux Etats membres» par la CJCE pour justifier des différences de traitement entre hommes et femmes au nom de choix de politique sociale.

Peut-être faut-il analyser plus finement les phénomènes discriminatoires qui renvoient à une analyse multifactorielle, ce qui permet de parler de discrimination systémique. En effet, la familialisation des droits induit une telle forme de discrimination.

Dès lors la jurisprudence de la Cour renvoie les Etats membres à leurs responsabilités. Les réponses de la Cour ont le mérite de révéler les effets des choix nationaux et d'interroger les politiques publiques. Le rôle des acteurs est ici essentiel pour suivre de tels dossiers. On l'a vu s'agissant des emplois mineurs en Allemagne. On pourrait le voir également à propos de la reconnaissance du droit à la santé conçu comme un droit universel dans les pays d'Europe du Sud¹⁷¹.

Le principe d'égalité est cependant sorti renforcé du Traité d'Amsterdam puisque les articles 2, 3, 13, 137 (ex article 118), 141 (ex article 119) traitent de façon plus globale cette question. L'égalité de traitement entre femmes et hommes est désormais au cœur du dispositif communautaire puisque pour toutes les actions visées à l'article 3, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. S'appuyant sur l'expérience acquise, il s'agit d'associer un certain nombre de mesures c'est-à-dire des instruments législatifs mais aussi des actions concrètes apparues nécessaires pour tendre à l'égalité, instruments et actions se renforçant mutuellement.

¹⁶⁹ Defrenne III, 1978

¹⁷⁰ directives adoptées sur le fondement de l'article 235 donnant ainsi un fondement juridique à l'action communautaire.

¹⁷¹ Ana M. Guillén, «L'universalisation des systèmes de santé dans les pays d'Europe du Sud» in *La protection sociale en Europe*, Christine Daniel et Bruno Palier (dir.), Drees/Mire La documentation française 2001, p.209.

L'Union européenne a alors entamé un processus de réflexion sur la protection sociale, l'emploi et l'articulation de la vie professionnelle et familiale¹⁷². Cette réflexion entend répondre à un certain nombre de défis considérés comme étant communs aux États membres, tels que la nécessité d'adapter la protection sociale à un monde du travail en mutation, aux nouvelles structures familiales ainsi qu'aux bouleversements démographiques des décennies à venir. Il y a dès lors une recherche de convergence permettant de dépasser les résistances des États membres tout en affirmant de façon centrale la question de l'égalité entre les hommes et les femmes.

La volonté politique s'appuyant à la fois sur un haut niveau d'emploi au travers de la stratégie coordonnée pour l'emploi, la recherche d'un niveau de protection sociale élevé et des normes en matière de conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale devraient permettre de contourner en partie les difficultés qui résultent d'un blocage juridique en attendant l'adoption d'une directive plus contraignante sur le fondement de l'article 13 du traité d'Amsterdam.

Avant d'examiner ces questions (Chapitre 4), il reste à analyser celle qui touche à l'accomplissement des obligations familiales et en particulier ce que les pays anglo-saxons appellent le «care».

¹⁷² Marie-Thérèse Letablier, *L'égalité entre les sexes un enjeu européen*, Centre d'études de l'emploi/ Quatre pages, juillet 2001.

CHAPITRE 3 : LES CONCEPTUALISATIONS DE L'INDIVIDUALISATION DES DROITS SOCIAUX EN EUROPE

Nous avons vu au chapitre précédent l'apport du droit communautaire à la question de l'individualisation des droits sociaux dans le sens d'une plus grande égalité entre hommes et femmes. Nous avons montré ses limites tant la construction paraît buter sur le poids des dépendances institutionnelles propres à chaque pays. Parmi les points d'achoppement, il y a sans doute l'absence d'accord sur la conceptualisation de l'individualisation des droits sociaux. Les systèmes familialisés accordent encore des droits différents aux femmes au nom de leurs obligations familiales liées en général au fait d'être mères. De manière générale, la question des soins aux personnes apparaît comme une question centrale dans ce débat. Et les réponses qui y sont proposées sont diversifiées.

Comment faire en sorte que l'individualisation des droits sociaux n'entraîne pas un appauvrissement des femmes et ne leur soit pas préjudiciable compte tenu de leurs biographies professionnelles incomplètes ou discontinues, ou de leur moindre engagement dans l'activité professionnelle du fait du travail à temps partiel ou du travail temporaire ? Telle est la question que nous souhaitons traiter dans ce chapitre en examinant les réponses proposées par différents auteurs. Il ne s'agira pas ici d'analyser les réponses politiques apportées à la question mais plutôt de saisir les débats qu'elle suscite dans l'enceinte académique. Nous souhaitons mettre en évidence la pluralité des conceptions théoriques de l'individualisation des droits sociaux alors que la seule référence aux impulsions communautaires pourrait laisser supposer l'existence d'une voie unique. S'il y a convergence dans ce domaine, elle porte sur l'objectif mais pas sur les moyens à mettre en œuvre pour l'atteindre. Les débats théoriques reflètent les contextes dans lesquels ils sont produits et énoncés. La réflexion sur l'individualisation des droits sociaux s'accompagne de celle sur les moyens à mettre en œuvre, eu égard notamment aux conditions de l'activité professionnelle des femmes et à ses caractéristiques. Compte tenu des « obligations familiales » et des normes concernant la maternité et l'éducation des enfants, rien de surprenant que ces débats aient été particulièrement vigoureux dans les pays anglo-saxons.

Les débats se sont focalisés sur la question centrale de la charge des enfants et des personnes adultes et âgées dépendantes, ce qui dans les recherches anglo-saxonnes est regroupé sous le concept de « care ». Partant du constat que ce sont les femmes qui assurent la plus lourde part du travail de soins aux enfants et aux personnes dépendantes dans la sphère familiale, ce qui concourt à limiter leur investissement professionnel, l'individualisation des droits sociaux serait pour elles une source d'appauvrissement si ce travail « non rémunéré » n'est pas reconnu par la collectivité. Tel est l'enjeu autour du « care » qui constitue l'approche privilégiée au RU et dans d'autres pays européens où la division du travail entre les hommes et les femmes est particulièrement marquée. Nous examinerons ensuite deux autres approches de l'individualisation, l'une centrée sur la généralisation du salariat protégé, et l'autre sur l'affirmation de droits universels fondés sur une forme de citoyenneté sociale. Au préalable, nous tenterons de cerner cette problématique du « care », si prégnante dans les recherches européennes en sciences sociales.

I – La problématique du « care »

Cette problématique a une double filiation : la première s'enracine dans les recherches féministes sur le travail effectué bénévolement par les femmes dans la sphère familiale pour assurer les soins et le bien-être des proches et la nécessité pour la société de reconnaître ce travail (« unpaid work ») comme ressource productive générant de la richesse en termes de biens et de services ; la seconde vient de la critique féministe du courant dominant dans les recherches comparatives sur les systèmes de protection sociale en Europe. Ces recherches comparatives omettaient en effet de considérer la place de la famille dans la protection des individus, et par conséquent sous-estimaient l'apport des femmes au « social care ». Toutefois, mis à part quelques tentatives, le concept de « care » est rarement défini avec précision. Pour certains il est un concept général permettant de situer la position des femmes dans la famille et la société, eu égard au travail « invisible » qu'elles fournissent. Pour d'autres, il reste une catégorie de description. La notion est polysémique et a surtout eu pour fonction de rallier un ensemble de recherches autour d'un courant critique.

La notion renvoie selon les cas, aux soins, à leur prise en charge, ou aux services d'aide aux personnes, ou aux trois à la fois. Sans en proposer une définition, nous dirons que le "care" désigne l'action d'aider un enfant ou une personne adulte ou âgée dépendante pour le déroulement et le bien-être de sa vie quotidienne. Il englobe aussi bien la prise en charge matérielle (le travail), économique (le coût) que psychologique (l'affectif, les émotions, les sentiments). Il peut être effectué par un proche bénévole dans la famille, ou bien par une personne rémunérée, dans ou hors de la famille. La nature de l'activité varie selon qu'elle s'effectue au sein de la famille ou qu'elle est déléguée à des personnes autres que les proches, et selon aussi qu'elle est rémunérée ou non.

Le concept de care s'est construit progressivement, en prenant appui sur l'observation des pratiques quotidiennes, et en montrant la complexité des arrangements permettant de couvrir le besoin de soins et de bien-être. Mais ces recherches ont montré leurs limites du fait qu'elles étaient circonscrites à un pays. Ce sont les recherches comparatives qui ont enrichi la réflexion et permis l'élaboration théorique du concept en le détachant de la seule référence aux pratiques quotidiennes et en le situant dans les diverses configurations d'Etats-providence. La plupart des approches du travail de reproduction des femmes se situaient en effet dans un courant qui considérait l'Etat comme un épiphénomène du patriarcat, et qui, de ce fait, laissait de côté la question des formes diverses d'intervention de l'Etat et de leurs effets sur la situation des femmes. Et, comme le souligne Diane Sainsbury¹⁷³ dans l'introduction à son ouvrage, les recherches sur les politiques étaient dominées par les chercheurs et chercheuses anglophones, qui, partant des analyses faites sur leurs propres pays, en induisaient LA référence obligée pour les recherches féministes menées dans les autres. Alors que dans les pays scandinaves, la question se posait en termes de répartition du "care" entre la famille et les pouvoirs publics, au Royaume-Uni, elle se centrait sur le caractère non rémunéré de ce travail, sans remise en question de son affectation aux femmes dans la famille.

La diffusion de l'expérience des pays scandinaves concernant la garde des jeunes enfants a permis de sortir la question du "care" de la sphère privée de la famille pour la situer dans les Etats-providence. En interrogeant le rôle des pouvoirs publics dans l'octroi d'aide aux familles, les scandinaves ont déplacé le débat et en ont permis la formulation en termes de partage des responsabilités entre diverses institutions : l'Etat, la famille, le marché et le tiers secteur. Le renouvellement problématique réside dans la reconnaissance de la pluralité des modes de relations entre l'Etat et la famille. Il réside également dans le fait d'avoir introduit une approche en termes de genre dans un champ scientifique, celui des politiques sociales et des Etats-providence, qui ignorait cette dimension.

La place du "care" dans la différenciation des régimes de protection sociale

La nécessité de restructurer les Etats-providence dans la plupart des pays européens a généré un grand nombre de recherches comparatives sur la genèse des systèmes de protection sociale, sur leurs fondements et sur les situations de "crise" auxquelles ils se trouvent confrontés. La plupart de ces recherches s'appuient sur des données quantitatives, sur des indicateurs de dépenses de protection sociale, de performances quant aux prestations allouées, et de répartition des coûts entre la collectivité et les citoyens. Jane Lewis¹⁷⁴ et Ilona Ostner¹⁷⁵ ont sans doute été des pionnières dans la dénonciation de l'incomplétude de ces recherches comparatives, due à l'oubli du rôle de la famille dans la structuration des systèmes de protection sociale. Ces auteurs ont mis en avant non seulement le rôle de la famille en tant qu'elle est une unité de production de services, notamment de soins et de protection pour les personnes dépendantes, mais aussi l'importance de la conceptualisation des rôles masculins et féminins dans la famille pour la compréhension des variations du rôle de la famille dans le pourvoi de services aux personnes. Ces recherches sont nées de la critique du courant dominant de la recherche sur les politiques sociales, et en particulier celle d'Esping-Andersen¹⁷⁶.

¹⁷³ Diane Sainsbury, *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge University Press 1996 p.1

¹⁷⁴ Jane Lewis « Gender and the development of welfare regimes », *Journal of European social policy*, vol.2 n°3 159-173, 1992, et *Women and social politics in Europe work family and the state*, Ed. Aldershot, Edward Elgar, 1993

¹⁷⁵ Ilona Ostner et Jane Lewis, « L'égalité des chances entre hommes et femmes et les politiques sociales européennes » Chapitre 5, in S. Liebfried et P. Pierson (ed) *Politiques sociales européennes, entre intégration et fragmentation*, Paris, L'Harmattan 1998, pp. 179-219.

¹⁷⁶ Gosta Esping-Andersen préc.

La critique féministe¹⁷⁷ met en évidence la dimension sexuée des Etats providence et le double enjeu que cela représente pour les femmes concernant l'accès aux droits sociaux d'une part et l'affectation du travail de "care", d'autre part. D'un côté, elle ré-interroge la citoyenneté « sociale » des femmes, et de l'autre, elle interroge le rôle de l'Etat dans le déplacement des frontières entre sphère publique et sphère privée. Quand les recherches du courant dominant mettaient l'accent sur l'économique, le courant féministe mettait l'accent sur les relations entre l'Etat, la famille et le marché dans la constitution de la protection sociale pour les individus. Jane Lewis¹⁷⁸ a notamment montré les caractéristiques de "l'économie mixte du welfare" associant les ressources de la famille, du marché ou encore des associations de bénévoles qui, dans certains pays comme le Royaume-Uni ou l'Allemagne où l'Etat intervient peu, jouent un rôle important dans le pourvoi de services aux personnes. Ce sont souvent des œuvres de charité liées aux églises qui assurent une partie de ces tâches en complément de la famille et en substitution d'un Etat peu interventionniste. Mais, dans ces formes de "welfare mixt", ce sont les femmes qui prodiguent les soins, et ce bénévolement.

Ainsi, ces approches convergent sur le fait que les systèmes de protection sociale se sont construits sur des présupposés concernant les relations de genre, et sur le fait que ces systèmes maintiennent, ou cherchent à maintenir ces relations.

La force de l'idéologie familialiste dans la construction et l'évolution des Etats-providence

Ces recherches nous conduisent donc à mettre en évidence la manière dont les relations de genre sont conceptualisées dans les systèmes de protection sociale. Sous quelle figure les femmes y sont-elles vues ? celle de la femme à travers la force du lien conjugal, celle de la mère, celle de la travailleuse, ou encore celle de la citoyenne ?

Cette « qualification » est loin d'être neutre quant à la forme d'accès aux droits sociaux qui est privilégiée. Le fait est que lorsque les systèmes se sont mis en place, la famille était une institution sociale fondamentale et le partage des rôles au sein de la famille bien institué, même lorsque les femmes avaient une activité professionnelle. La typologie proposée Jane Lewis¹⁷⁹ cherche à prendre en compte la manière dont les femmes sont traitées dans les systèmes de protection sociale et dans les systèmes d'imposition, comme base de différenciation des « male breadwinner regimes ». Elle relie cela au niveau de développement des services publics et des prestations sociales allouées pour la garde des enfants. Elle en déduit des différences dans le degré d'engagement des femmes sur le marché du travail ainsi que dans les caractéristiques d'emploi des femmes, notamment pour les femmes mariées et les mères.

Les Etats sont ainsi différenciés selon que le modèle du soutien de famille masculin est fort, modéré ou faible. Les formes prises par les politiques familiales ainsi que la définition des obligations familiales, varient en fonction de la prégnance plus ou moins grande du modèle de "soutien de famille".

Cependant, si les faits vont dans le sens d'un affaiblissement du modèle de Monsieur Gagnepain, il n'est pas évident que ce modèle soit relayé par un modèle unique de "travailleur adulte autonome" ainsi que le nomme Jane Lewis¹⁸⁰. En effet, l'augmentation soutenue de l'activité professionnelle des femmes dans tous les pays de l'UE, tend à les émanciper de la tutelle économique des hommes. Cependant, la comparaison de la contribution des femmes aux revenus des ménages permet d'observer de grandes variations entre les pays. Cette contribution a constamment augmenté dans les pays nordiques, alors qu'au Royaume-Uni par exemple, l'augmentation reste nettement plus faible et discontinue¹⁸¹. Les différences d'investissement professionnel des hommes et des femmes font que dans certains pays comme en Grande-Bretagne ou aux Pays-Bas par exemple, le modèle dominant est celui de la famille à un actif et demi, alors qu'en France ou au Danemark, le modèle tend vers celui de la famille à deux temps plein. Dans ces deux derniers pays, les écarts de durée du travail entre hommes et femmes y sont moins amples qu'ailleurs, en raison de la durée moyenne plus courte du

¹⁷⁷ Gosta Esping –Andersen *Epilogue pour l'édition française, Les trois mondes revus*, PUF 1999, p.277

¹⁷⁸ Jane Lewis (ed) *Women and social policies in Europe. Work, Family and the State*, London : Edward Elgar 1993

¹⁷⁹ Jane Lewis « Gender and the development of Welfare Regimes », *Journal of European Social Policy*, vol.2 n°3 159-173, 1992.

¹⁸⁰ Jane Lewis 2000, « Care and work », contribution au Séminaire européen Working and Mothering/ Social Policies and Social Practices, Paris 23-25 mars 2000 (réseau thématique TSER)

¹⁸¹ J. Lewis, « Les femmes et le workfare de Tony Blair », *Esprit*, mars-avril 2001, pp.176-179.

travail à temps plein et de la moindre importance du travail à temps partiel, même si celui-ci s'est considérablement accru au cours des vingt dernières années. Si la famille à deux salaires (et deux actifs) tend à devenir la norme en Europe, cela ne signifie pas que le modèle est la famille à double carrière. Au Royaume-Uni par exemple, l'idéologie et les valeurs "maternalistes" restent prégnantes dans la construction des identités féminines. Nombreuses sont les recherches qui cherchent à exprimer la spécificité du travail "maternel" des femmes, à affirmer la grandeur domestique, et à plaider en faveur de la reconnaissance du travail de soins dans la sphère privée, par une rémunération et une ouverture d'accès aux droits sociaux.¹⁸² L'argumentation développée par Linda Luckhaus postule que la protection sociale a pour «fonction principale» et «raison d'être» de garantir des ressources et que si elle ne procure pas aux femmes des revenus suffisants c'est quelle s'est construite sur «les formes de dépendance financière qui trouvent leurs racines dans les relations entre les sexes et les relations de travail». Cette position critique trouve sa cohérence dans le système dans lequel elle s'inscrit, c'est-à-dire une conception libérale de la protection sociale.

Ainsi, en dépit de la progression de l'activité professionnelle des femmes dans tous les pays, les différences dans l'investissement professionnel (mesuré par le temps consacré au travail rémunéré par les femmes relativement aux hommes) maintiennent une inégalité fondamentale, et en particulier quant à l'accès à certains droits sociaux personnels. Les inégalités qui subsistent entre les hommes et les femmes, non seulement du point de vue de leur engagement sur le marché du travail, mais aussi des écarts de salaires et de la ségrégation persistante des emplois, font que l'égalité d'accès aux droits sociaux (en particulier en matière de retraites) n'est pas imminente. On comprend mieux alors pourquoi le débat sur la reconnaissance du «travail non rémunéré» des femmes est beaucoup plus vif dans les pays où les femmes ont un engagement professionnel moins fort que dans ceux où l'emploi procure un accès plus égalitaire à des droits propres.

Le traitement des femmes dans les systèmes de protection sociale

Les recherches comparatives sur les systèmes de protection sociale ont également permis de mettre en évidence les diverses manières de fonder les droits sociaux et surtout leur dimension sexuée. On doit entre autres à Diane Sainsbury¹⁸³ et aux chercheuses des pays scandinaves d'avoir fait avancer cette question. Diane Sainsbury s'est notamment attachée à montrer que la notion de prestataire ou d'allocataire ne se réfère pas à la même unité dans tous les pays. Dans les pays où l'idéologie familialiste reste prégnante, l'unité est la famille. C'est le cas en France où les allocations sont "familiales" contrairement à des pays comme le Royaume-Uni ou les pays scandinaves où les allocations sont "pour l'enfant" (*Child benefits*). Elle oppose ainsi deux idéaux-types selon l'unité "ayant droit" ou destinataire de prestations : un idéal-type «familialiste» à un idéal-type «individualisé». Le premier est fondé sur la division du travail entre conjoints, entre l'homme pourvoyeur économique de la famille et la femme à qui incombe la responsabilité des soins et de l'éducation. Cette conception fondée sur la différenciation des sexes fait valoir la complémentarité des membres du ménage et le principe d'entretien du chef de famille. Le droit aux prestations est associé au statut de travailleur du chef de famille qui en est le bénéficiaire. L'unité de prestations est le ménage ou la famille, de même que l'unité de cotisation ou l'unité d'imposition. Le système fiscal repose sur l'imposition conjointe, avec déductions pour charges de famille. Le travail de soins est accompli dans la sphère privée et il n'est pas rémunéré. A l'inverse, dans l'idéal type individualisé, chaque conjoint contribue aux ressources collectives sur une base égalitaire. Chacun participe aux revenus financiers du ménage et le droit aux allocations est individualisé. Le bénéficiaire de prestations est l'individu, y compris l'enfant dans certains cas. L'imposition est séparée et les déductions fiscales réparties également. L'Etat est fortement engagé dans l'octroi de soins et la prise en charge des enfants et des personnes dépendantes. Le travail de soins est rémunéré, au même titre que tout autre travail.

Ces deux types idéaux correspondent à deux types de conceptions qui sont au fondement des systèmes de protection sociale en Europe. Dans le premier cas, la division du travail entre femmes et hommes structure les pratiques quotidiennes. Elle est inscrite dans le droit de la famille, dans les lois sur le travail, dans le système

¹⁸² Linda Lukhaus, « Egalité de traitement, protection sociale et garantie de ressources pour les femmes », *Revue Internationale du Travail*, vol.139, n°2, 2000 p. 163-199

¹⁸³ Diane Sainsbury, 1994, *Gendering Welfare States*, London : Sage ; 1996, *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge ; 1999 a, *Gender and Welfare States Regimes*, Oxford University Press ; 1999b « *Le genre et la construction des Etats-providence en Norvège et en Suède* », in *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, vol IV, Paris, Rencontres de la Mire, pp. 161-178.

fiscal et dans la législation sociale. Les femmes sont d'abord épouses et mères, ce qui les place dans une situation de dépendance vis-à-vis du chef de famille. La frontière entre sphère publique et sphère privée est clairement tracée. Dans le système individualisé, en revanche, chacun des conjoints (ou partenaires) est individuellement responsable de son entretien, mais tous deux contribuent au budget familial et à l'entretien des enfants. L'emploi est encouragé pour les deux sexes et la politique de l'emploi est orientée vers les hommes et les femmes sans distinction. La frontière entre public et privé est plus mouvante et beaucoup de tâches de soins sont prises en charge par la collectivité, sous la forme de services publics. Toutefois, si ce schéma a permis de comprendre les implications des deux modèles, il n'épuise pas les possibilités.

Les trois régimes de soutien de famille de Jane Lewis permettent également de différencier les modalités d'accès aux droits sociaux des femmes selon la manière dont elles sont qualifiées dans les régimes de protection sociale. En Grande-Bretagne, en Irlande et en Allemagne, trois pays où le modèle du soutien de famille masculin est fort, et ce, malgré la forme spécifique de leurs politiques, les femmes adultes sont traitées d'abord comme des épouses, dépendantes pour leurs droits sociaux. La France et la Belgique, pays classés par Jane Lewis dans la catégorie des pays où le modèle du soutien de famille est modéré, ont au contraire promu le rôle des femmes en tant qu'elles sont à la fois épouses, mères et travailleuses, ainsi que l'exprime la politique de protection de l'Etat à leur égard depuis la fin du XIX^e siècle¹⁸⁴. Et bien que le ménage soit l'unité de mesure des besoins, les rôles que sont censés assumer les membres de la famille diffèrent sensiblement de ceux qui relèvent du groupe de pays précédents. Enfin, les pays nordiques, la Suède et le Danemark en particulier, entrent dans la catégorie des pays où le modèle du soutien de famille est faible, où les femmes sont qualifiées socialement et économiquement en fonction de leur situation de travailleuses, même si ce travail est souvent à temps partiel, et non en tant qu'elles sont épouses ou mères. Depuis son élaboration au début des années 90, la typologie de Jane Lewis a été reprise et affinée à maintes reprises : les pays de l'Europe du sud ont été observés à travers cette grille¹⁸⁵ ; le modèle nordique a été précisé notamment au regard de la notion de citoyenneté¹⁸⁶, et les pays rassemblés au sein du modèle du soutien famille masculin fort ont été dissociés en fonction des modes de régulation marchandes ou corporatistes¹⁸⁷.

Cependant, partant de ce constat sur l'accès différencié des femmes aux droits sociaux, les propositions formulées pour parvenir à l'égalité des sexes divergent en Europe. Plusieurs voies sont discutées. L'une consiste à promouvoir le "Gagnepain universel" en garantissant aux femmes le droit à l'emploi et un accès égal et réel au marché du travail, l'autre consiste à pousser plus loin la "parité du soutien de famille" en reconnaissant la valeur du travail des femmes dans la sphère non marchande et à dissocier l'accès aux droits sociaux du travail rémunéré. La première stratégie a été plus particulièrement explorée par H. Peemans-Poulet¹⁸⁸ qui prône la généralisation du « salariat protégé », c'est-à-dire l'extension du travail salarié par l'intermédiaire de ce qui pourrait être un droit à l'emploi ; alors que la seconde¹⁸⁹ appelle une reconnaissance du travail effectué au sein

¹⁸⁴ Lanquetin Marie-Thérèse, Laufer Jacqueline, Letablier Marie-Thérèse, « From equality to Reconciliation in France ? in Hantrais (ed) *Gendered policies in Europe, Reconciling Employment and Family life*, New-york : St Martin's Press, 2000, p. 68-88.

¹⁸⁵ Trifiletti Rossana, 1999, « Southern European Welfare Regimes and the Worsening position of women », *Journal of European policy*, vol. 9, n°1 pp.49-64. Egalement Jane Lewis, Introduction, quatrième partie : « Politique familiale et place de la famille », in MIRE, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Sud*, vol.3, Rencontres de Florence, Paris, Mire (Rencontres et Recherches).

¹⁸⁶ Leira Arnlaug, 1992, *Welfare States and working mothers : the Scandinavian experience*, Cambridge University Press ;

¹⁸⁷ Fouquet Annie, Gauvin Annie et Letablier Marie-Thérèse, « Des contrats sociaux entre les sexes, différents selon les pays de l'Union européenne », Complément au rapport pour le Conseil d'analyse économique, *Egalité entre les femmes et les hommes : Aspects économiques*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 105-146.

¹⁸⁸ Peemans-Poulet Hedwidge, « L'individualisation des droits, » in Association internationale de la Sécurité sociale, *Redistribuer les responsabilités pour moderniser et améliorer la protection sociale*, n°27, Documentation de Sécurité sociale, Genève, 2000, pp. 47-68.

¹⁸⁹ Lister Ruth, « Dilemmas in engendering Citizenship, Economy and society », *Revue Internationale du Travail*, vol, 24, n°1, p.16-40. Egalement L.Luckhaus, *RIT*, préc.

de la famille, voire un «social right to care»¹⁹⁰. Cette deuxième voie soulève la question des «supports non salariaux» dans l'accès à la protection sociale. Elle propose un traitement équivalent du travail domestique et du travail salarié. Plutôt que de mettre en œuvre une égalité substantielle¹⁹¹, elle la fonde sur un principe d'équivalence, et de la sorte, ne sort pas le travail de soins de la sphère familiale, le plus souvent au nom des valeurs de dévouement, ou des émotions qui en sont une composante fondamentale¹⁹². Une troisième voie mérite d'être explorée qui pourrait fonder l'accès aux droits sociaux sur les droits fondamentaux des personnes et par conséquent sur une forme plus achevée de la citoyenneté.

Les deux premières voies sont articulées au travail, y compris à celui qui n'est pas reconnu économiquement et socialement et qui ne bénéficie pas d'une rémunération. La troisième, au contraire, déconnecte les droits sociaux du travail. Pour rester dans le cadre du débat sur le maintien et l'amélioration du modèle social européen, nous laisserons de côté les propositions «libérales» telles qu'elles sont formulées par des chercheurs de l'OCDE par exemple. Nous considérons qu'elles n'entrent pas directement dans ce débat dans la mesure où elles remettraient en question le modèle social européen alors même que l'objectif est de le maintenir et de le consolider, et dans la mesure aussi où la question de l'égalité entre hommes et femmes n'y est pas présente¹⁹³.

II - Individualisation des droits et reconnaissance du travail « familial »

Partant du constat que les obligations de soins aux personnes sont la cause principale des inégalités qui frappent les femmes, et notamment des inégalités qu'elles subissent sur le marché du travail et dans l'accès à certains droits sociaux, certains auteurs prônent la reconnaissance de ce travail de soins, sous la forme d'une rémunération et d'une ouverture de droits comme le travail salarié. D'une certaine manière, l'enjeu se situe autour de la définition du travail, sous la forme d'une mise en équivalence du travail «familial» avec le travail salarié. L'idée n'est pas nouvelle. En France, la revendication du «salaire maternel» ou «salaire familial» notamment par certaines associations familiales obéit à cette logique. Par ailleurs, on peut considérer que l'idée a soutenu, du moins jusqu'à un certain point, l'allocation de mère au foyer ou de salaire unique telle qu'elle a existé en France durant les trente glorieuses. Toutefois, c'est au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Allemagne (ex. Ouest) que l'idée est la plus discutée dans l'enceinte académique. Pour en saisir les justifications, nous nous appuyons sur les quelques auteurs qui en ont une approche juridique.

La reconnaissance du «travail familial» soulève deux questions majeures : la première est de savoir qui rémunère ce travail, la seconde concerne l'accès aux droits sociaux et les modalités de prise en compte de ce travail dans l'accès aux droits. La formulation de ces questions sous l'angle juridique a été surtout le fait de Linda Luckhaus¹⁹⁴ au Royaume-Uni. Le point de départ de sa réflexion est que l'individualisation ne peut exister qu'en l'absence de dépendance vis-à-vis d'un autre adulte. La relation de dépendance, inhérente au mariage,

¹⁹⁰ Pfau-Effinger Birgit, 1998, « Gender Cultures and the Gender Arrangement : a theoretical framework for cross national Gender Research », *Innovation*, 11 (2), 147-166.

¹⁹¹ Sur ces différentes conceptions de l'égalité, on pourra se reporter à l'analyse de Christine Delphy « Egalité, Equivalence et Equité », in C. Delphy, *L'ennemi principal, Penser le genre*, t.II, Paris, Ed.Syllepse, p.261-292.

¹⁹² Eithne McLaughlin et Caroline Glendinning « Paying for care in Europe : is there a feminist approach ? » in Linda Hantrais et Steen Mangan (Eds), *Family policy and the welfare of women*, Center for european studies, Loughborough, 1994 p.52-69.

¹⁹³ Pour plus d'informations sur ces thèses que nous qualifierons de «libérales, individualistes et consuméristes», on pourra se reporter à Monika Queisser, «Une plus grande liberté de choix de l'individu pour sa protection sociale», communication au colloque de l'Association Internationale de Sécurité Sociale, Luxembourg, 1999.

¹⁹⁴ Linda Luckhaus, 1999, «Individualisation des droits sociaux et revenu minimum pour les femmes», communication à la journée du MAGE, CNRS/IRESCO, 17 nov. 1999 (publié dans les documents de travail du MAGE).

Linda Luckhaus, 1997, «Egalité entre les hommes et les femmes face à la retraite : la compensation des désavantages», Communication au séminaire européen sur *L'individualisation des droits. Sécurité sociale et égalité des chances entre hommes et femmes*, organisé par L'IRERP-Université de ParisX-Nanterre (N. Kerschen et M-T. Lanquetin) à Paris, les 9-11 octobre.

Linda Luckhaus, 1997, «Individualisation et marché du travail», id. (séminaire Paris).

Linda Luckhaus, 1994, «Individualisation of social security benefits», in McCrudden (ed.), *Equality Treatment between women and men in Social Security*, London : Butterwoths, 147-61.

est congruente avec une conception de la répartition des rôles entre hommes et femmes selon laquelle la femme élève les enfants du couple avec le soutien financier de l'homme. Par conséquent, la tâche première pour promouvoir l'individualisation serait de supprimer la réglementation basée sur la dépendance présente notamment dans les systèmes de protection sociale qui construisent et reproduisent cette dépendance. L'approche de L. Luckhaus part de l'analyse des sources de revenu des femmes. Elle montre que ces sources de revenu participent à leur précarité, qu'elles viennent du conjoint si elles n'ont pas d'activité rémunérée, de l'employeur ou encore des prestations d'assistance versées par l'Etat. Ces ressources sont précaires et incertaines car d'une part, lorsqu'elles dépendent du conjoint, elles sont subordonnées à son bon vouloir, ou menacées par une séparation, d'autre part lorsqu'elles dépendent d'un emploi, elles sont insuffisantes en raison du moindre engagement des femmes dans l'emploi du fait de leurs obligations familiales, et aussi du fait des écarts de salaires entre les femmes et les hommes ; enfin, elles sont toujours insuffisantes lorsqu'elles sont subordonnées à une décision et la réglementation de l'aide sociale. Car, outre le fait que de nombreuses prestations sont soumises à des conditions de ressources, «la conception et les règles d'attribution de ces prestations contiennent, le plus souvent de manière subtile et détournée, les conditions de production de la pauvreté relatives aux sources alternatives de revenu, rencontrées dans les relations conjugales et d'emploi»¹⁹⁵.

Les systèmes de protection sociale prennent rarement en compte la situation d'inégalité dans lesquelles se trouvent les femmes du fait de cette dépendance, inégalité dans la relation conjugale, inégalité dans la relation d'emploi et inégalité dans la relation à l'Etat «patriarcal». La différence de traitement entre hommes et femmes opérée par les systèmes de protection sociale est donc selon L. Luckhaus, «le résultat», de l'engagement des femmes dans le travail non rémunéré de services aux personnes. De plus, «ce traitement différencié a pour conséquence l'absence d'autonomie et de sécurité financières des femmes concernées». Cette sanction de la dépendance opérée par les systèmes de protection sociale est double. Elle tient d'abord au fait que ces derniers reposent sur «l'hypothèse non vérifiée et souvent erronée selon laquelle les hommes versent une partie de leur revenu à leurs femmes». Elle est confortée par le lien établi entre la protection sociale et le travail salarié. Or c'est précisément l'engagement domestique des femmes qui limite leurs capacités d'engagement professionnel et donc leur capacité de cotiser pour leur protection sociale.

L'hypothèse d'école d'une suppression de la dépendance économique et d'une individualisation des droits fait surgir des questions nouvelles de nature normative et pratique. Partant de l'idée que toute personne dépend soit d'un individu, soit d'une institution, (et ici sont mis sur le même pied la dépendance vis-à-vis du conjoint, de l'Etat, ou de l'employeur), la revendication d'une indépendance économique comme fondement de l'individualisation des droits, «revient à vouloir se mettre en situation de dépendance par rapport à l'emploi», la participation au marché du travail devenant un élément déterminant. Pourtant, toujours selon cet auteur, une individualisation des droits fondée sur l'emploi, risquerait de se heurter à un double écueil : d'une part, la référence à l'emploi à temps plein et à durée indéterminée les précarise, d'autre part, le travail qu'elles effectuent dans la sphère familiale ne serait pas pris en compte alors qu'il remplit une fonction économique évidente. Par conséquent, pour les avocates de ce courant, l'approche communautaire de l'égalité entre hommes et femmes n'est pas satisfaisante car elle se fonde sur la référence au travail salarié et par conséquent entérine la précarité du revenu des femmes.

Cependant, si l'on admet que l'individualisation des droits sociaux est l'objectif à atteindre, la question reste posée de savoir comment pourront être corrigés les effets sur les femmes de la discrimination systémique dont elles sont victimes. La question est d'autant plus aiguë que les Etats sont conviés à réduire leur déficit budgétaire et donc leurs dépenses publiques. Pour L. Luckhaus comme pour R. Lister¹⁹⁶, l'individualisation devrait ouvrir aux personnes «carers», l'accès à des droits¹⁹⁷, soit en souscrivant à une assurance volontaire, soit en faisant prendre en charge les cotisations par l'Etat.

¹⁹⁵ Luckhaus préc.

¹⁹⁶ Ruth Lister, 1997, «La protection sociale individualisée: l'exemple britannique», *Cahiers du Mage*, 3-4, et 1995, «Dilemmas in engendering Citizenship», *Economy and Society*, vol.24, n°1, 16-40.

¹⁹⁷ De même que pour un certain nombre de personnes employées à temps partiel qui, avant la directive européenne relative à ce sujet, n'avaient, dans certains pays, pas accès aux droits sociaux.

Cette approche est structurée autour de deux concepts, le concept de dépendance et le concept de «care». Dans ces analyses, le «caring» représente à la fois un enjeu théorique qui renvoie à la problématique du «genre» dans les recherches sur les régimes de protection sociale, et un enjeu pragmatique relatif à l'extension des droits sociaux sur une base de droits propres. L'obtention de ces droits passe donc nécessairement par la reconnaissance, et donc par la rémunération du travail effectué dans la sphère domestique. L'individualisation des droits, dans ce cas, se fonde sur l'extension de la notion de travail. De fait, cette approche débouche sur la revendication d'un «revenu de base» ou «revenu citoyen»¹⁹⁸ comme moyen de lutter contre la pauvreté des femmes. Cette approche est vivement critiquée, en particulier par Hedwige Peemans-Poullet¹⁹⁹ qui la qualifie de «conception beveridgienne» car elle attribue à la sécurité sociale la mission de «préserver de la pauvreté» alors que dans d'autres pays cette mission relève de l'assistance sociale ou de l'aide sociale. C'est pourquoi cet auteur s'indigne de cette conception qui place sur le même plan le «risque social» que représente le divorce et les «risques professionnels». Il ressort en effet que prime dans cette approche la prééminence accordée à la liberté individuelle. C'est ce qui justifie qu'il est tout aussi légitime de recevoir un revenu pour les activités domestiques que pour des activités salariées, dès lors que le libre choix des personnes est respecté. C'est là en effet l'expression de l'autonomie individuelle qui reste une valeur essentielle, comme en témoigne la critique de la «dépendance». C'est ce qu'expriment très explicitement ces approches dont on voit bien qu'elles sont déterminées très largement par les systèmes dans lesquelles elles sont produites : Ruth Lister cite un extrait du traité de jurisprudence féministe de Tove Stang Dahl affirmant qu'«un minimum d'argent pour une personne est la condition préalable nécessaire à la liberté personnelle, à l'autodétermination et l'auto-réalisation». Quant à Linda Luckhaus, elle affirme qu'«on peut soutenir que les options politiques les plus acceptables sont celles qui donnent aux individus (hommes et femmes) le maximum de possibilités pour décider eux-mêmes s'ils préfèrent travailler gratuitement dans le secteur des soins en combinant avec un emploi rémunéré ou en lieu et place de celui-ci».

Toutefois, il est important de noter que de fait, les situations nationales offrent des exemples divers de la prise en considération de la maternité ou du travail «familial» des femmes dans la constitution de leurs droits sociaux. La rémunération du congé parental d'éducation peut, dans certains contextes, en être une forme (en Suède par exemple). De même, l'allocation versée à un parent qui prend soin d'une personne âgée dépendante. Ou encore la prise en considération de la maternité dans le calcul des droits à retraite. De ce point de vue la comparaison des formes de rémunération du congé parental apporte des éléments intéressants au débat. En Suède, le congé parental est rémunéré en référence au salaire antérieur, de manière assez identique au congé de maternité en France. En Allemagne, il est rémunéré sur une base forfaitaire et sans référence à une activité professionnelle antérieure. Son montant est moindre qu'en Suède, mais il peut ainsi être assimilé à une sorte de «salaire maternel» si l'on tient à la terminologie française²⁰⁰. De même, le versement de la prestation dépendance à une tierce personne non professionnelle, prenant en charge une personne dépendante, peut être vue comme un moyen de rémunérer ce service effectué dans la sphère privée²⁰¹. Enfin, toujours en Allemagne, la prise en compte des années d'éducation et de soins aux enfants dans les pensions vieillesse (trois ans par enfant) relève de la même logique. Peuvent en bénéficier aussi bien les femmes qui travaillent que les femmes qui n'exercent pas d'activité professionnelle. De fait, une valeur est attribuée à ces tâches non rémunérées. Elles entrent en concurrence avec le développement de services. C'est le cas notamment des services d'accueil de la petite enfance qui restent peu développés en Allemagne, comparativement à la France ou aux pays scandinaves²⁰².

¹⁹⁸ L. Lukhaus, 1999, opus cité.

¹⁹⁹ Hedwige Peemans-Poullet, 1999, «L'individualisation des droits», communication au colloque de l'AISS, à Luxembourg, préc.

²⁰⁰ Sur ces questions relatives à la comparaison des formes de congé parental, on se référera aux diverses publications de Jeanne Fagnani, et en particulier à Fagnani, 1995, «L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation», *Droit socia*, n°3 et 2000, *Un travail et des enfants. Petits arbitrages et grands dilemmes*, Paris, Bayard Editions.

²⁰¹ L'assurance dépendance crée il y a quelques années en Allemagne, reconnaît un statut à la personne non professionnelle qui effectue la prise en charge et les soins à une personne dépendante, en plus de la prestation et des droits à retraite. L'affiliation à l'assurance «accident du travail» et le droit à une formation et à des congés de remplacement montrent que les soins fournis aux personnes dépendantes sont d'une autre nature que l'éducation des enfants. Les services pris en charge par l'assurance dépendance n'ont pas pour finalité de remplacer les femmes dans leur activité de soins mais plutôt de les seconder et les aider dans leur rôle de «pourvoyeuses de soins».

²⁰² Voir Jeanne Fagnani, 2000, *Un travail et des enfants. Petits arbitrages et grands dilemmes*, Paris, Bayard Editions.

Aux Pays-Bas où peu de services publics sont offerts aux parents de jeunes enfants, certains droits sociaux intègrent la fonction éducative des parents. Elle peut dans certaines conditions les dispenser de recherche d'emploi ou encore être prise en compte dans le calcul de l'indemnité de chômage.

De manière générale, dans la plupart des pays de l'Europe continentale où les fondements familialistes des systèmes de protection sociale sont encore actifs, la maternité et/ou le fait d'avoir élevé des enfants sont pris en compte sous différentes formes dans la construction des droits sociaux. En France, cette action s'inscrit dans une politique d'ensemble de protection de la maternité, à la fois pour des raisons natalistes et des raisons de reconnaissance de l'apport des mères à la Nation²⁰³. Mais tel n'est pas le cas au Royaume-Uni où aucune disposition dans l'accès aux droits sociaux ne valide une reconnaissance du travail non rémunéré des mères : le congé parental qui n'existe que depuis peu n'est pas rémunéré et il n'existe pas pour l'instant d'assurance dépendance²⁰⁴.

III – Individualisation des droits et droit à l'emploi

L'abolition des droits dérivés comme préalable à une refondation

Si comme nous venons de le voir, les auteurs mentionnés précédemment mettent l'accent sur la figure maternelle de la femme, ceux que nous allons évoquer mettent au contraire l'accent sur la figure de la travailleuse. La réflexion de Hedwige Peemans-Poullet sur l'individualisation des droits en matière de sécurité sociale, s'inscrit explicitement dans la problématique de l'égalité de traitement entre «travailleurs et travailleuses». Plus précisément, l'individualisation des droits en tant qu'elle remet en cause les droits dérivés, est un des instruments qui devrait permettre d'assurer et de garantir l'égalité d'accès au marché du travail. En effet, partant du constat que les droits dérivés «constituent des pièges pour les femmes mariées», l'auteur centre l'approche de l'individualisation sur l'emploi des femmes et leur intégration à la société salariale.

Bien qu'ils aient été un moyen de généraliser la protection sociale, les droits dérivés sont remis en question pour plusieurs raisons. D'abord en raison de leur nature : ils sont non contributifs, leur octroi est gratuit alors que leur existence n'est due qu'à «l'absence de travail professionnel de certains adultes». Les discussions en cours sur la protection sociale, qui privilégient une approche financière, mettent l'accent sur les coûts des prestations en occultant la question de leur financement et de l'équité de la contribution. C'est ainsi que les droits directs, donc les prestations couvertes par des cotisations ou des contributions individuelles, ont subi des réductions au cours de la crise économique, alors que les droits dérivés octroyés gratuitement, ont été largement préservés. En même temps, leur développement a eu des effets pervers, en excluant du bénéfice de la protection sociale les personnes sans emploi ou celles qui n'ont pas de lien avec un titulaire de droits propres. Les droits dérivés, enfin, -et c'est là sans doute le point majeur de la critique adressée aux droits dérivés-, non seulement freinent l'accès des femmes au marché du travail, mais sont un élément constitutif de la structuration de celui-ci, et notamment de l'institution d'un marché du travail secondaire. Il existe en effet une corrélation entre le développement du travail atypique (temps partiel, temporaire, voire travail au noir) qui concerne très majoritairement les femmes, et l'existence des droits dérivés qui incitent les hommes «à acquérir des droits à la protection sociale par l'activité professionnelle et poussent les femmes à les acquérir par le mariage»²⁰⁵. C'est donc à un renversement du lien de causalité entre travail précaire et droits dérivés, que procède cette analyse. En effet, ce n'est pas dans le constat du travail atypique des femmes qu'il faut chercher la justification des droits dérivés, mais dans l'existence des droits dérivés qu'il faut trouver l'explication des inégalités entre hommes et femmes sur le marché du travail. Et au delà, entre travailleurs permanents et travailleurs précaires.

²⁰³ Sur ces questions, voir :

- M. Messu, *Les politiques familiales, du natalisme à la solidarité*, Paris, Editions ouvrières, 1992 ;

- J. Martin, « Politiques familiales et travail des femmes mariées en France : 1942-1982 », *Population* N° 6, 1998.

- A. Cova, *Maternité et droits des femmes en France, XIXè-XXè siècles*, Paris, Antropos-Economica, 1997.

²⁰⁴ Une réflexion est en cours portant sur la création d'une assurance dépendance obligatoire et sur la prise en considération de l'activité de «caring» dans la mesure où la prise en charge d'une personne dépendante par sa famille permet une réduction des coûts pour la collectivité. Cf.Ch.5

²⁰⁵ Peemans-Poullet H. préc.

C'est à partir de cette posture que sont récusées les approches fondées sur la dissociation entre activité professionnelle et protection sociale, les approches qui proposent de généraliser les droits propres indépendamment de la participation au marché du travail, de maintenir les droits dérivés fondés sur le lien conjugal, ou encore les approches qui suggèrent l'octroi de droits propres en contrepartie du «caring» ou d'activités bénévoles. L'analyse de H. Peemans-Poullet met en lumière l'importance du cadre théorique et conceptuel dans lequel s'inscrit la réflexion sur l'individualisation. Elle révèle le caractère polysémique du terme et incite à interroger les fondements mêmes de l'individualisation et à repérer ses justifications. Elle dénonce ce que l'approche précédente permet de légitimer, c'est-à-dire le maintien d'une situation de dépendance en se contentant de la rendre plus supportable dans certaines circonstances et pour certaines catégories de femmes. Sa problématique se fonde sur une conception de l'égalité, dont on pourrait dire qu'elle est d'essence politique. L'égalité de traitement entre hommes et femmes n'en est qu'une dimension dans le champ plus général des inégalités, y compris entre femmes. S'inscrivant contre un certain nombre de lieux communs, dont celui qui consiste à justifier l'individualisation des droits par l'évolution de la famille, l'auteur rappelle que lorsqu'on s'inscrit dans une perspective historique, on ne peut pas ne pas constater la concomitance du développement des droits dérivés avec l'augmentation de l'activité professionnelle des femmes. En fait, tout se passe comme si «l'accroissement des cotisations provenant du travail de certaines femmes» avait servi, et continue à servir, à financer au moins en partie la «compensation octroyée aux femmes au foyer». C'est en fait un autre principe de justice qui est mis en avant²⁰⁶.

Cette analyse conduit à faire des modes de financement des prestations, un aspect fondamental souvent négligé ou laissé dans le flou dans d'autres approches. Dans cette perspective, la relation entre cotisations et prestations prend une importance particulière. En effet, les prestations et les cotisations obéissent à des logiques différentes : alors que les cotisations sont individualisées, les prestations sont familialisées. C'est cela précisément qui produit des effets inégalitaires et discriminatoires en dissociant le niveau des cotisations et celui des prestations, les droits dérivés ne bénéficiant qu'aux ménages où un seul travaille (en règle générale l'homme) alors qu'ils sont inexistantes dans le cas où les deux conjoints travaillent et contribuent par leurs cotisations. De plus, dans plusieurs pays, les retraites des femmes actives sont en moyenne inférieures aux pensions de survie des femmes n'ayant jamais travaillé.

Plus généralement, les droits dérivés étant proportionnels au salaire, leur montant s'élève en même temps que le niveau de salaire et, dans le même sens, certains travailleurs peuvent par le biais d'assurances privées offrir une couverture sociale plus large à leur épouse au foyer, alors qu'ils ne contribuent pas à sa couverture sociale obligatoire. C'est dire que l'argument selon lequel la familialisation sur laquelle repose les droits dérivés, est un moyen de lutte contre la pauvreté de certaines familles n'est pas recevable, on peut même penser qu'elle participe à reproduire des inégalités fondées sur le niveau des revenus.

Si l'on envisage les effets de l'existence de droits dérivés en fonction du type de prestations (revenus de remplacement, de complément ou en nature) on retrouve selon les cas soit des discriminations entre hommes et femmes, soit des discriminations entre les ménages où les deux conjoints travaillent et ceux où un seul est titulaire de droits directs.

Si l'on se place du point de vue du coût des droits dérivés et plus précisément du pourcentage qu'ils représentent dans les dépenses totales des systèmes de sécurité sociale, on est frappé par leur niveau comme en témoigne les études menées aux Pays-Bas et en Belgique (Meulders et al., voir *infra*). Ils représentent 20 à 25 % des dépenses de la sécurité sociale en Belgique, et par conséquent peuvent être considérés comme un des «principaux facteurs du déséquilibre financier des systèmes de sécurité sociale». Dans ce contexte, l'individualisation des droits pourrait avoir pour objectif de «rendre la sécurité sociale plus juste et plus sociale».

La mise en place de l'individualisation des droits sociaux suppose dans ce cas :

- «la suppression des droits dérivés» et «l'obligation pour chaque individu de se constituer des droits personnels contributifs à une forme de protection sociale au moins par rapport à deux branches : la vieillesse et la santé» ;
- l'énoncé de principes communs concernant en premier lieu l'égalité de traitement entre travailleurs et travailleuses ;

²⁰⁶ Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz 1993 p. 390 ; 1998 p.486, et également : Rolande Cuvillier, «L'épouse au foyer : une charge injustifiée pour la collectivité», *Droit Social*, n° 427, 1977.

- l'énoncé de nouveaux principes de solidarité qui seraient fondés sur l'obligation pour tous de contribuer au financement des prestations.

Ainsi, le rapport entre la sécurité sociale et le marché du travail est clairement affirmé : «l'acquisition de droits en sécurité sociale est un puissant facteur d'intégration sociale par le biais de l'insertion professionnelle».

La mise en place de ces nouveaux principes de solidarité supposerait l'aménagement d'une phase de transition. Par ailleurs, il est nécessaire d'assurer la continuité des droits pour ceux qui se retirent volontairement et provisoirement du marché du travail. L'octroi de droits sociaux en contrepartie du «caring» devraient être reconnus et attribués, que le bénéficiaire exerce ou non une activité. Les mesures devraient prendre en compte les évolutions égalitaires au sein des couples et ne pas faire financer par les ménages à deux actifs, les prestations de ceux qui ont opté pour un autre modèle.

On notera que cette analyse reprend pour l'essentiel celles que Jean-Jacques Dupeyroux développe depuis de nombreuses années à propos notamment des pensions de réversion²⁰⁷.

Essai d'évaluation économique

Dans la lignée des travaux d'Edwige Peemans-Poullet dont ils reprennent les thèses, des économistes de l'Université libre de Bruxelles, Maria Jepsen, Danièle Meulders, Olivier Plasman²⁰⁸ ont engagé une évaluation des droits dérivés dans les systèmes de protection sociale des pays de l'Union Européenne. L'analyse porte sur deux points essentiels : l'effet des droits dérivés sur les discriminations et les inégalités, et l'impact sur l'entrée ou le maintien des femmes sur le marché du travail. Leur coût est également évalué.

L'individualisation des droits est donc justifiée sur la base de ces trois dimensions : effet égalitaire, participation au marché du travail et coût pour la collectivité. Partant du principe que lorsque l'individu est titulaire de droits, les systèmes de protection sociale ne devraient plus prendre le ménage comme base de calcul des prestations, les droits dérivés peuvent donc être supprimés et remplacés par des droits fondés sur des cotisations individuelles.

Cependant, les droits dérivés existent dans la majorité des pays européens, que la protection sociale soit organisée sous la forme assurancielle de régimes professionnels ou de régimes universels financés par les impôts. Si les droits dérivés ont participé à l'extension de la protection sociale à des personnes n'exerçant pas d'activité professionnelle, ils n'en sont pas moins porteurs d'effets discriminatoires. Mais il s'agit de discriminations indirectes, dans la mesure où elles sont «engendrées par les inégalités existant sur le marché du travail et par l'asymétrie des rôles distribués au sein de la famille, qui sont relayées, voire amplifiées, par les systèmes de sécurité sociale»²⁰⁹.

Par ailleurs, outre le risque que les droits dérivés font courir à leur bénéficiaire en cas de rupture ou de décès du titulaire des droits directs, ils produisent des inégalités. Rares, en effet sont les législations qui prennent en compte les évolutions de la famille et le recul du mariage dans la mise en couple. Plus fondamentalement les droits dérivés conduisent à des inégalités entre les familles : ils favorisent les familles à un seul revenu en faisant financer une partie des prestations dont elles bénéficient par les familles à deux revenus, ils encouragent ainsi «le maintien de la femme au foyer».

Les effets en termes d'égalité ont été quantifiés sur la base d'une enquête sur le cadre réglementaire des systèmes de protection sociale. Les effets des droits dérivés sur le niveau des prestations ont été mesurés en prenant comme référent le ménage formé d'une personne seule sans enfants. Selon les prestations envisagées, les résultats de l'étude sont les suivants :

- En matière de retraite, et compte tenu des spécificités nationales des différents régimes, «il apparaît qu'en général, une personne veuve bénéficie de prestations plus élevées qu'une personne célibataire», l'hypothèse retenue étant que «l'époux décédé a eu une carrière complète et un niveau de salaire élevé» (p. 87). Cette

²⁰⁷ Jean-Jacques Dupeyroux, préc., et également : Rolande Cuvillier, préc.

²⁰⁸ Meulders Danièle, Jepsen Maria, Plasman Olivier, Vannhuynegem Philippe, *Individualisation of the social and fiscal rights and the equal opportunities between women and men*, DULBEA-ETE-ULB, final report january 1997, et aussi : *L'individualisation des droits et l'égalité des chances entre hommes et femmes*, in Conférence de la Présidence Irlandaise de l'Union européenne : « Au-delà de l'égalité de traitement : la sécurité sociale dans l'Europe en mutation » Dublin 10-12 octobre 1996, p.18.

²⁰⁹ D. Meulders et alii préc. p.87.

différence est moins perceptible en Suède et au Danemark, car la «pension à base universelle représente une partie importante de la pension de retraite».

- En matière d'indemnisation du chômage, les pays sont classés en quatre groupes en fonction du degré d'individualisation du mode de calcul des allocations. Dans le premier figurent les systèmes entièrement individualisés qui ne prennent pas en compte la composition du ménage. Dans le second, les systèmes semi-individualisés, dans le troisième les systèmes qui accordent systématiquement des majorations en fonction des personnes à charge sans référence à leurs revenus. Le dernier groupe rassemble les systèmes où le niveau des allocations est déterminé par la situation du conjoint. Le calcul du montant des allocations dans les différents systèmes conduisent les auteurs de l'étude à deux conclusions :

1/ Quand le conjoint est inactif, le taux de remplacement est multiplié par deux en Grande Bretagne et en Irlande ;

2/ Dans les autres pays, les variations des taux de remplacement sont faibles, «il n'en reste pas moins que l'existence d'une majoration pour adulte à charge, n'incite pas le conjoint à rechercher du travail, particulièrement si ces espérances salariales sont faibles».

La non individualisation des droits en matière d'indemnisation du chômage a pour effet dans tous les cas, de dissuader le conjoint inactif, en général les femmes, à avoir une activité professionnelle.

en matière de santé, c'est dans les systèmes fondés sur l'activité professionnelle et l'assurance qu'apparaissent les inégalités. Elles sont dues à l'existence des droits dérivés qui permettent à une partie de la population de bénéficier d'une couverture assurance maladie, du seul fait qu'elle est à la charge des bénéficiaires de droits directs qui seuls, par leurs cotisations participent au financement du système de sécurité sociale. De plus, en cas de rupture du lien, «si les détenteurs de droits dérivés n'ont pas accès à une forme quelconque de pension liée au détenteur de droit direct, ils perdent leur droit aux soins de santé» (p. 91) .

L'existence de droits dérivés a des conséquences fondamentales sur la structuration du marché du travail et singulièrement sur la situation des femmes. Si l'on se place du point de vue des caractéristiques dominantes de l'activité professionnelle des femmes, la non-individualisation «amplifie les inégalités existantes sur le marché de l'emploi en pénalisant les profils de carrière spécifiquement féminins (temps partiel, carrières courtes, interruptions de carrière, etc...)». Les contrats atypiques auxquels donnent lieu ces types d'activité professionnelle ne permettent pas dans bien des cas, de satisfaire aux conditions de revenu et de cotisations ouvrant l'accès aux droits sociaux, prestations de retraite ou allocations chômage. Dans tous les cas, «les écarts persistants entre rémunérations féminines et masculines expliquent le fait que les allocations de chômage dont bénéficient les femmes sont en moyennes inférieures à celles des hommes, il en va de même pour les prestations de retraite».

L'étude a par ailleurs évalué le coût des droits dérivés en matière de retraite et de chômage, dans quatre pays : la Belgique, la France, le Royaume-Uni et la Finlande. En matière de retraite, le coût s'élève à 35,2 % du total des dépenses de la branche retraite en Belgique. En France, les pensions au survivant représentent 57 % du coût total des droits dérivés. En Finlande, où le système de retraite est constitué d'une retraite nationale forfaitaire complétée par une retraite professionnelle, le coût brut des droits dérivés est estimé à 8,5 % du total des dépenses. Le coût des droits dérivés est donc particulièrement élevé dans les systèmes de retraites basés sur l'assurance.

Cette étude conclut que les effets d'une individualisation des droits diffèrent selon les prestations envisagées.

IV – La garantie de droits universels

Les problématiques relatives à l'octroi de droits sociaux universels se sont développées depuis une dizaine d'années et ont pu être présentées par leurs défenseurs comme une tentative de «refonder» l'Etat-providence, non plus sur la solidarité et l'assurance mais sur l'équité. Ce faisant, les termes -substantifs ou qualificatifs- se référant à l'universalité ont connu un développement remarquable. Ils servent à désigner les dimensions multiples qu'emprunte le repositionnement de l'État. Ils sont ainsi utilisés pour définir les nouvelles obligations du « service public » : c'est «le service universel» tel qu'il est inscrit dans le droit communautaire, pour les secteurs postal ou des télécommunications par exemple. Il consiste en des prestations minimales que les pouvoirs

publics doivent garantir et qui peuvent justifier pour les opérateurs qui en ont la charge, d'échapper à l'application des règles de la concurrence.

«L'allocation universelle» : une fausse piste ?

L'idée d'une «allocation universelle» pour «refonder la solidarité» est justifiée sur le plan philosophique par un impératif d'équité²¹⁰. En effet, «loin d'être immorale ou injuste, (elle) est au contraire directement impliquée, dans des circonstances historiques bien déterminées, par un impératif d'équité fort plausible mais fondamentalement distinct de la justification assurancielle et de l'appel à la solidarité qui sous-tendent l'État-providence dans ses formes présentes»²¹¹.

La déconnexion entre revenu minimum et prestations sociales, et activité professionnelle a été vivement critiquée comme ouvrant la porte à la remise en cause, au profit des milieux économiques et financiers les plus libéraux, de la protection sociale des salariés. Ce qui est en cause dans cette problématique, c'est la nouvelle articulation entre «droit au travail» et «droit à un revenu» ou, en d'autres termes, la possibilité de dissocier le revenu et le bénéfice d'une protection sociale, de l'activité professionnelle. Elle a donné lieu à des critiques théoriques dans la mesure où «elle représente la figure perverse et paradoxale de la clôture de la conception classique de l'État-providence»²¹². Outre le fait que l'allocation universelle «constitue à sa façon un symptôme de la tendance à la dissociation croissante entre la sphère de l'activité économique et celle de la solidarité», elle est aussi revendiquée par les «milieux ultra-libéraux» pour qui cette «forme de revenu social minimum a le double avantage de mettre en place un certain filet de sécurité (et donc de satisfaire à une préoccupation morale), tout en rendant possible un jeu complètement libre du marché du travail». Plus précisément, «si chaque individu est assuré d'un minimum, il peut accepter ou être contraint d'accepter un emploi mal rémunéré»²¹³.

À des degrés divers, bon nombre de problématiques associent l'individualisation des droits à l'universalité. Cette dernière est entendue tantôt comme la mise sur pied de régimes universels en matière de santé ou de retraite dont l'accès serait conditionné uniquement par la résidence ; tantôt comme le droit pour toute personne à un revenu indépendant de l'activité professionnelle. Droit justifié selon les périodes par la raréfaction des emplois, ou par les exigences de la citoyenneté politique et/ou sociale. C'est sur cette seconde acception de l'universalité que porte la critique de Anne Eydoux et Rachel Silvera²¹⁴ qui font une «lecture sexuée» du revenu inconditionnel. Selon ces deux auteurs, l'attribution d'une allocation universelle participerait non seulement à une flexibilisation du marché du travail mais sanctionnerait, en les aggravant, les inégalités entre les hommes et les femmes²¹⁵. En effet, toujours selon ces auteurs, «les débats sur la fin du travail, ou sur le partage du travail n'ont pas le même sens pour les hommes et pour les femmes». Pour ces dernières «le droit au travail salarié signifiait la liberté d'exister en dehors d'une position de subordination domestique». La déconnexion de l'activité professionnelle et du revenu pourrait les inciter à quitter le marché du travail. Elles montrent toutefois que sur cet aspect de la question, les analyses divergent entre les partisans d'une allocation universelle et les partisans du revenu de citoyenneté. Elles opposent une perspective libérale qui instrumente l'allocation

²¹⁰ *L'allocation universelle : une fausse piste*. C'est le titre de l'ouvrage de Philippe Van Parijs dont l'objet est précisément de penser un nouveau modèle d'État-providence qui se démarquerait de «l'État bismarckien «fondé sur l'assurance, de «l'État beveridgien» fondé sur la solidarité et qui, s'inspirant de Paine, serait fondé sur l'équité. (Ed du Cerf, Paris 1996 p.29).

²¹¹ Ibid. p.44

²¹² Pierre Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Seuil, 1995, p.123

²¹³ Ibid. p.124

²¹⁴ Eydoux Anne et Silvera Rachel, Mage 1998.

²¹⁵ Ces deux auteurs retracent l'histoire de la notion «d'allocation universelle» apparue au début des années soixante, aux États-Unis où un comité dirigé par le physicien Oppenheimer justifie la revendication d'une allocation universelle par l'épuisement des emplois dû à une «triple révolution» : la diminution des dépenses militaires du fait de la disparition de la guerre ; la révolution cybernétique ; la révolution des droits de l'Homme qui pose le problème de la citoyenneté (notamment de ceux qui sont privés d'emploi).

universelle²¹⁶, en la mettant au service de l'exigence de flexibilité du marché du travail (son existence conduirait à la suppression du salaire minimum), à une perspective plus orientée vers le partage du travail et le temps choisi²¹⁷. Philippe Van Parijs y voit une possibilité de refonder l'État-providence sur une nouvelle éthique, en attribuant l'allocation universelle à tous les citoyens, indépendamment de leur situation financière et de leur sexe. Elle favoriserait notamment l'autonomie financière «et en particulier celle de ces millions de femmes européennes qui n'ont aucun revenu propre et vivent dans une relation de dépendance économique totale à l'égard de leur conjoint». Mais comme le soulignent A. Eydoux et R. Silvera, cette démarche n'est neutre qu'en apparence puisque la vision des femmes qui est présumée est celles de femmes «au foyer et dépendantes de leurs conjoints» et l'utilisation du terme de «parent au foyer» ne permet pas de penser que l'attribution de l'allocation universelle présente effectivement l'avantage de donner aux femmes le choix de travailler ou de ne pas travailler. De la même manière, Jean-Marc Ferry²¹⁸ considère que l'allocation doit être égale et attribuée à tous, mais il assume clairement que celle-ci favorisera le travail à temps partiel des femmes. La perspective d'Alain Caillé diffère quelque peu des précédentes car il propose que cette allocation soit attribuée sous conditions de ressources. Elle a donc comme référent le modèle familial dans lequel l'homme subvient aux besoins de sa famille. De plus, il est proposé qu'elle soit associée «à des mesures d'encouragement au travail à temps partiel». Or, on sait combien cette forme d'emploi est profondément sexuée et par conséquent, cette proposition apparaît comme une tentative pour légitimer le travail à temps partiel et ne peut qu'aboutir à conforter les inégalités entre les hommes et les femmes.

L'universalité dans les systèmes de protection sociale des pays nordiques

La notion d'universalité est aussi utilisée pour qualifier les systèmes de protection sociale, en référence tantôt au modèle britannique, tantôt au modèle scandinave. On considère généralement que ce sont les régimes de protection sociale des pays scandinaves qui garantissent le mieux des droits universels, ainsi qu'une égalité plus grande entre femmes et hommes. Les recherches historiques récentes sur la place de la «question du genre» - véritable «boite noire»²¹⁹ - dans la construction des États-providence, montrent qu'elle en est une dimension essentielle. Elle «donne la possibilité d'établir des liens inédits ou autrefois négligés non seulement entre l'action collective et le développement des institutions, mais aussi entre ces dernières et le résultat au niveau de la protection sociale»²²⁰. Dans le modèle scandinave, l'égalité entre les hommes et les femmes a participé à la construction d'une universalité fondée d'abord sur une citoyenneté civile et politique dont il faut souligner l'antériorité historique par rapport aux autres pays européens²²¹, puis sur la participation des femmes au marché du travail et sur l'égalité.

Plus généralement, c'est dans «la logique morale et politique de l'État providence universel»²²² qu'il faut rechercher les fondements des droits universels promus par le modèle scandinave. Des études chiffrées ont

²¹⁶ Le terme «allocation universelle» que l'on doit à P. Van Parijs (op. cit. 1996) a pour équivalent le terme de «revenu de base» en allemand, en néerlandais et en anglais, tandis que dans les pays scandinaves et en Italie, on parle de «revenu de citoyenneté».

²¹⁷ Caillé Alain, *Temps choisi et revenu de citoyenneté. Au-delà du salariat universel*, Conférence-débat avec Jean-Marc Dupuy et l'association Démosthène. Démosthène/Mauss, Paris.

²¹⁸ Jean-Marc Ferry *L'allocation universelle*, Ed. du Cerf 1996

²¹⁹ Joakim Palme, «Genre et politiques sociales», in *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, rencontres de Copenhague, DRESS, collection MIRE, Maison des Sciences de l'Homme Ange-Guepin, Nantes, Vol.4, T.1, 1999, p.151

²²⁰ *ibid.*

²²¹ Cf. Kari Skrede, qui montre que c'est à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle que les femmes scandinaves accèdent d'abord à l'égalité civile notamment en matière de droit d'héritage et de majorité, puis en matière d'égalité politique, droit de vote et représentation politique, in «Façonner l'égalité entre hommes et femmes, le rôle de l'État en Norvège : expérience, politique actuelle et défis de demain», p. 187, in DRESS-MIRE, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*. Rencontres de Copenhague, vol. 4, Tome I, Nantes, 1999.

²²² Bo Rothstein, «Critique de l'État-Providence», in Jean-Pierre Durand (dir.), *La fin du modèle suédois*, Syros, 1994, p.219 et suivantes.

montré que les effets redistributifs induits par la fiscalité et la protection sociale, réduisent de plus de moitié les inégalités de revenus, « sans qu'il ait été nécessaire de consacrer un programme spécifique aux « nécessiteux », ce qui tend à montrer à l'encontre de certaines thèses, que « le système général de protection sociale » peut « contribuer significativement à l'égalité entre les citoyens ». C'est du reste « dans une politique sociale fondée sur la notion de droit du citoyen » que « l'État providence universel » tire sa « légitimité morale »²²³.

Ces premiers éléments indiquent qu'individualisation des droits et universalité des droits ne sont pas des notions équivalentes ou interchangeable. Si la notion d'universalité peut utilement éclairer celle d'individualisation, c'est à la condition de mettre à jour systématiquement les ordres de justification qui sont mobilisés pour la fonder. La conceptualisation de l'individualisation des droits sociaux n'est pas neutre en termes d'égalité entre femmes et hommes. Elle s'articule à différentes figures de la femme, ou en d'autres termes, à différentes manières de qualifier les femmes selon qu'elles sont d'abord vues comme des mères (à travers la problématique du « care ») ou comme des travailleuses (généralisation modèle salarial), ou enfin comme citoyennes (dans le modèle scandinave). Ce sont en définitive les modes de construction identitaire des femmes qui sont en jeu ; des constructions situées dans les histoires et les systèmes de valeurs des différents pays européens, et déterminants les « conventions de genre » à l'œuvre, notamment dans les systèmes de protection sociale. Toutefois, si les systèmes sont pour la plupart, encore fortement marqués par leurs fondements familialistes, des évolutions sont identifiables. Bien que les normes sociales relatives à la maternité soient très prégnantes dans certains pays²²⁴, on notera cependant que de plus en plus la notion de « parent » tend à se substituer à celui de « mère ». De plus, une différenciation s'instaure entre ce qui relève de la maternité dans sa dimension biologique, de ce qui touche à l'éducation des enfants. Les politiques qui œuvrent à l'instauration d'une co-parentalité par exemple constituent sans doute une étape incontournable pour agir sur les représentations et les normes qui en définitive fondent les systèmes et contribuent à leur maintien.

²²³ Ibid. p. 222.

²²⁴ Par exemple en Allemagne. Voir à ce propos Jeanne Fagnani, « Les françaises font toujours plus d'enfants que les allemandes de l'Ouest. Une esquisse d'interprétation », *Recherches et Prévisions*, n° 64, Juin 2001.

CHAPITRE 4 : L'INDIVIDUALISATION DES DROITS SOCIAUX DANS LA CONSTRUCTION DE L'EUROPE SOCIALE COMMUNAUTAIRE

En dépit de l'acquis conceptuel de la jurisprudence communautaire, notamment dans le champ du droit du travail, la Cour de justice des Communautés européennes s'est heurtée au caractère limité de l'affirmation du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Les Etats membres, en effet, peuvent justifier les différences de traitement au nom d'un objectif de politique sociale²²⁵. La part faite aux dérogations possibles au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes correspond à une certaine conception de la protection sociale et de l'Etat social qui a prévalu, dans les pays fondateurs de l'Union européenne²²⁶, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale : la familialisation des droits. Cette conception traduisait un certain état de la société, état qui s'est trouvé mis en cause par la crise économique mais aussi par la montée en exigence du principe d'égalité des sexes. La familialisation des droits sociaux, au cœur du système, devait donc s'en trouver mise en cause.

Plus généralement, certains²²⁷ ont fait le constat que « l'impossibilité de construire l'Europe sociale tient plus à la persistance de la référence à un modèle historiquement dépassé de la concertation et de la politique sociales qu'à une difficulté indépassable. Le modèle régulateur qui se trouve là mobilisé correspond à la phase « fordiste » de la société industrielle. » Nous seïons d'ores et déjà engagés dans une société post-industrielle et en conséquence, le modèle de régulation devrait subir une profonde mutation.

Sans entrer plus avant dans cette question d'un nouveau modèle de régulation, il est possible de noter que des éléments de ce nouveau modèle pourraient être recherchés non seulement dans certains Etats membres²²⁸ mais aussi dans le rôle qu'entend jouer, en la matière, l'Union européenne.

Depuis le traité d'Amsterdam, l'Union européenne, en effet, a tenté de reprendre l'initiative en liant très fortement la recherche d'un haut niveau de protection sociale à un haut niveau d'emploi. La stratégie coordonnée pour l'emploi entend ainsi réaliser non seulement un haut niveau d'emploi pour asseoir la compétitivité des économies européennes mais un haut niveau de protection sociale. Cette stratégie est l'un des aboutissements du processus de réflexion de l'Union européenne sur l'emploi, la protection sociale et sur l'articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale. Cette réflexion cherche à apporter des réponses aux nouveaux défis considérés comme communs à tous les Etats membres : adapter la protection sociale à un monde du travail en mutation, intégrer les nouvelles formes de familles, s'ajuster aux bouleversements démographiques en cours ou à venir.

La stratégie coordonnée pour l'emploi est devenue en 1997 un axe central de la politique européenne à laquelle s'articule aujourd'hui une stratégie concertée de modernisation de la protection sociale. Il s'agit alors de rendre compte d'abord de cette construction communautaire en faisant ressortir les aspects plus directement liés à notre étude à savoir l'individualisation des droits. Il s'agit enfin de voir quels sont les prolongements qui concernent la conciliation/articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle.

I – La stratégie coordonnée pour l'emploi

Le lien entre emploi et protection sociale : le tournant décisif de 1997

²²⁵ Cf. Chapitre 2

²²⁶ Cf. Chapitre 1

²²⁷ Jean De Munck, Jacques Lenoble, Michel Molitor, « *Pour une procéduralisation de la politique sociale* », Centre de philosophie du droit de l'université catholique de Louvain, Transnational Associations, 4/1996 208/139.

²²⁸ Cf. les exemples données dans l'article précédent donné en référence et qui concerne l'Allemagne, la France et l'Italie.

La position de la Commission des Communautés Européennes à travers la Communication sur la modernisation de la protection sociale dans l'Union Européenne (12 mars 1997)

Cette Communication a précédé de quelques mois le Conseil Européen d'Amsterdam et la reconnaissance de l'emploi comme un sujet "d'intérêt commun" au niveau communautaire. Bien qu'elle soit antérieure au Traité d'Amsterdam, elle constitue un véritable apport à l'emploi. Il s'agit de "mettre la protection sociale au service de l'emploi" et au service de la future "stratégie coordonnée pour l'emploi"²²⁹. Nous allons voir comment la Commission aborde la question de l'individualisation des droits dans ce contexte. Mais avant d'aborder le contenu de la Communication, il faut brièvement aborder son objet et la méthode.

La Communication représente une réflexion d'ensemble sur l'avenir de la protection sociale en Europe et sur la nécessité d'une coopération accrue entre les Etats membres de l'Union Européenne pour moderniser et améliorer leurs systèmes de protection sociale en vue de consolider la protection sociale comme trait distinctif du modèle social européen. Il s'agit de définir des objectifs communs susceptibles de guider les politiques des Etats membres, afin de permettre la coexistence des différents systèmes nationaux tout en faisant progresser ces derniers, en harmonie les uns avec les autres, vers les objectifs fondamentaux de la Communauté²³⁰.

- La protection sociale au service de l'emploi ou la question de l'indépendance économique des individus.

Pour la Commission, le principal enjeu de la modernisation de la protection sociale réside dans la garantie de la viabilité des systèmes de protection sociale. Or, cette viabilité va dépendre de la capacité de la société européenne à créer des emplois pour une partie croissante de la population et de la réduction du taux de dépendance à l'égard de la protection sociale, qui en découlera. La garantie d'un haut niveau de protection sociale constitue donc un des objectifs de l'augmentation du taux d'emploi en Europe. Mais la modernisation de la protection sociale est aussi considérée comme un des moyens pour atteindre un haut niveau d'emploi dans l'Union Européenne.

Si l'emploi doit être au service de la protection sociale ("un haut niveau d'emploi permet un haut niveau de protection sociale"), la protection sociale doit en retour être mise au service de l'emploi.

Concrètement, la Commission prône la restructuration des dépenses publiques de protection sociale pour développer celles qui sont susceptibles de promouvoir l'emploi. Cette restructuration passe par le développement des politiques actives et par l'investissement dans les ressources humaines. La protection sociale doit devenir un facteur productif.

Mais la modernisation des systèmes de protection sociale ne doit pas se faire au détriment des individus. Pour la Commission, elle doit passer par la recherche d'un équilibre entre les obligations imposées aux individus et les opportunités qui leur sont offertes. Plus précisément, il faut d'abord accroître les opportunités de retour à l'emploi avant de penser à responsabiliser davantage les individus. La stratégie coordonnée pour l'emploi est considérée comme un préalable à la modernisation de la protection sociale.

²²⁹ Il faut remarquer qu'au moment de la publication de la Communication en mars 1997, il n'existait pas d'accord entre les Etats membres pour introduire un titre sur l'emploi dans le Traité. La proposition défendue par la Suède se heurtait à l'opposition des Etats membres attachés à une compétence nationale exclusive, opposition dont la France faisait partie au même titre que l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Espagne. La victoire des Travailleurs au Royaume-Uni, puis l'arrivée à Paris d'un gouvernement de gauche déterminé à fournir une contrepartie sociale au processus de convergence économique ont modifié l'équilibre de la négociation et fait adopter le nouveau titre sur l'emploi (cf. Claire AUBIN, « *Comment Bruxelles traite du social : l'exemple de la stratégie coordonnée pour l'emploi* », *Revue Française des Affaires Sociales*, 1999, n°3-4, p.107).

²³⁰ 3 principes sont rappelés : 1. Chaque Etat conserve la responsabilité de l'organisation et du financement de son propre système de protection sociale; 2. L'Union a la charge de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale pour les travailleurs exerçant leur droit de libre circulation à l'intérieur de l'Union; 3. L'Union est également un cadre approprié pour des débats visant à promouvoir une meilleure compréhension mutuelle des perspectives à long terme ainsi qu'à identifier les défis communs qui se posent aux Etats membres.

Au-delà de cette "profession de foi", qui fonde sa position en matière de protection sociale, la Commission aborde quatre axes de modernisation : rendre la protection sociale plus favorable à l'emploi, adapter la protection sociale au vieillissement démographique, adapter la protection sociale au nouvel équilibre entre les sexes, améliorer la protection sociale des migrants. Il n'est pas possible - et probablement pas nécessaire - de développer dans le cadre de cette recherche les différents aspects traités. Cependant, nous allons brièvement évoquer quelques points, qui démontrent la priorité accordée à l'emploi et à l'indépendance économique de l'individu acquise grâce à la participation active au marché du travail.

La Commission défend l'idée qu'avec le changement de la nature du travail ("plus de flexibilité"), les systèmes de protection sociale vont devoir apporter davantage de stabilité et de sécurité aux individus. La sécurité en matière de protection sociale devra compenser la flexibilité du marché du travail.

En même temps, la protection sociale ne devra pas être désincitative à l'emploi, c'est-à-dire le bénéfice net d'un éventuel retour à l'emploi ne doit pas être nul ou très faible. La Commission développe plusieurs exemples.

Premier exemple: le revenu disponible après prélèvement des cotisations sociales et de l'impôt d'un chômeur touchant une allocation de chômage ne devra pas être égal ou supérieur à la rémunération à laquelle il pourrait prétendre en retournant sur le marché de l'emploi, dans la mesure où il n'a aucune motivation financière pour sortir de la dépendance économique ("piège du chômage").

La même argumentation est utilisée pour dénoncer les allocations de chômage majorées en cas de non exercice d'une activité professionnelle par le conjoint. La protection sociale doit être neutre vis-à-vis d'une seconde activité rémunérée à l'intérieur d'un couple. La dépendance économique visée ici est double : à l'égard du conjoint et à l'égard de la protection sociale. A travers cet exemple, on perçoit le modèle de l'indépendance économique préconisée par la Commission : tout individu doit assumer sa subsistance par le travail, quelle que soit par ailleurs sa situation matrimoniale. La protection sociale, comme institution de sécurité collective, n'a pas à en tenir compte. Bien plus, la prise en compte de la dépendance économique au sein du couple par la protection sociale est considérée comme étant nocive pour l'individu.

Deuxième exemple: les plafonds de revenus fixés pour avoir droit aux prestations ("prestations sous condition de ressources") ne doivent pas dissuader les individus à exercer une activité professionnelle générant des revenus additionnels, de peur de perdre le bénéfice de la prestation ("piège de la pauvreté"). La Commission préconise dans ce cas la réduction partielle des prestations parallèlement à l'augmentation des revenus tirés d'un emploi. De même, elle propose l'instauration d'un plafond de revenu distinct et plus élevé pour les couples avec deux revenus tirés d'une activité professionnelle. Cet exemple, qui porte sur des prestations d'assistance mettant en œuvre une condition de ressources du ménage, non individualisée par nature, s'inscrit néanmoins dans le modèle d'indépendance économique préconisé par la Commission. Il s'agit non seulement de ne pas dissuader un membre du couple à exercer une activité professionnelle, mais bien plus de favoriser l'intégration des deux individus au sein du marché du travail.

Troisième exemple: la situation à l'égard du retour à l'emploi des familles monoparentales ne disposant que d'une prestation sociale dépend avant tout des possibilités de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. La Commission préconise dans ce cas de mettre en place des prestations en nature sous forme de structures publiques ou subventionnées de garde des enfants. Même dans ce cas, l'indépendance économique est considérée comme la valeur à défendre.

Ces trois exemples démontrent que l'indépendance économique des individus est au centre du modèle social européen. Cette indépendance économique est acquise par l'emploi. Elle s'oppose au maintien de la dépendance économique sous deux aspects : la dépendance à l'égard de la protection sociale (de la collectivité) et à l'égard d'un autre individu (du conjoint).

- La question de l'individualisation dans ce contexte

Le thème de l'individualisation des droits a émergé dans l'axe de modernisation de la protection sociale intitulé "*adapter la protection sociale au nouvel équilibre entre les sexes*". L'argumentaire que nous allons présenter est d'autant plus important qu'il est le seul que la Commission a expressément énoncé dans un document officiel jusqu'à aujourd'hui (fin 2001).

La Commission prend acte de la participation accrue des femmes au marché du travail et pronostique que cette participation va continuer à augmenter dans les années à venir. En conséquence, elle propose deux types de mesures pour maximiser "leur contribution potentielle", d'une part, "trouver de nouvelles dispositions permettant de concilier vie professionnelle et vie familiale" et, d'autre part, "réaliser progressivement une individualisation des droits".

A la fin des années 90, la Communauté a surtout avancé en matière de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale à travers l'amélioration des possibilités de prise en charge des enfants et des autres personnes dépendantes (4^e Programme d'action sur l'égalité femme/homme 1996-2000) et à travers l'accord des partenaires sociaux sur le congé parental, qui crée un droit individuel au congé parental pour la mère et le père avec la garantie de pouvoir retrouver son poste de travail après la période de congé (directive du Conseil du 3 juin 1996).

Qu'est-ce que la Commission entend par "individualisation de droits" et quel est son argumentaire?

L'individualisation des droits, c'est le passage de droits dérivés vers des droits propres ou individualisés.

On parle de droits dérivés, lorsque les droits sociaux d'un individu sont liés à sa situation familiale (mariage ou cohabitation). Ainsi, ils prennent en compte à la fois les liens familiaux (épouse-époux, parents-enfants) et la valeur du travail domestique, de la prise en charge des enfants et de la prise en charge des personnes dépendantes. Ils donnent, par exemple, aux femmes qui n'ont pas exercé d'activité rémunérée pour se consacrer à leur famille une garantie de revenu après la mort du soutien de famille. La Commission rappelle cependant que les droits dérivés ont permis aux personnes économiquement dépendantes de la personne assurée(du travailleur) de bénéficier de prestations sociales et d'échapper ainsi à la pauvreté. Bien que les droits dérivés aient constitué un mécanisme d'extension des droits sociaux très favorable aux femmes, ils posent aujourd'hui, d'après la Commission, au moins trois problèmes majeurs:

un problème d'insécurité pour les titulaires de droits dérivés : les droits dérivés instituent une dépendance à l'égard du titulaire des droits aux prestations. En cas de rupture de la relation, les titulaires perdent leurs droits sociaux. De plus, dans de nombreux pays, seuls les épouses et les enfants peuvent bénéficier de droits dérivés, alors que la composition des ménages, les types de famille et les formes de cohabitation changent et appellent de nouvelles réponses.

un problème de désincitation au travail : les droits dérivés dissuadent les femmes de se présenter sur le marché du travail et les incitent à travailler dans l'économie informelle, sans couverture sociale propre. Leur travail n'est pas considéré comme un moyen indépendant de gagner leur vie, mais plutôt comme un complément au budget familial. Par ailleurs, la femme mariée est supposée être couverte par la protection sociale du mari.

un problème de justice sociale en matière de pensions : les droits dérivés sont généralement accordés gratuitement, sans contrepartie en terme de cotisation sociale. Ainsi, les pensions de veuvage permettent aux intéressées de bénéficier d'une pension calculée sur la base des cotisations du conjoint décédé sans que celui-ci ait eu à payer des cotisations supplémentaires. Bien plus, les femmes qui n'ont jamais travaillé reçoivent une pension de survie calculée d'après la carrière et les revenus de leur conjoint décédé, qui peut être plus élevée que celle d'une femme qui a travaillé toute sa vie pour une rémunération plus faible. De la sorte, les pensions vieillesse reflètent les inégalités du marché du travail. Or, les rémunérations des femmes sont de 25 à 30% inférieures aux rémunérations des hommes. Le système actuel instaure une inégalité flagrante dans la redistribution, qui favorise les femmes mariées sans emploi au dépens de femmes ayant exercé une activité professionnelle.

A partir de l'identification de ces trois problèmes, la Commission plaide pour une individualisation progressive des droits visant à mettre un terme à la pratique, qui consiste à tenir compte des liens familiaux pour assurer la protection sociale d'un individu. Elle préconise un alignement de la protection sociale sur la législation régissant le contrat de travail, laquelle considère "les travailleurs comme des individus". Elle note que l'individualisation des droits est "conforme à la tendance générale vers une plus grande autonomie de l'individu". Elle précise enfin que l'individualisation dépasse les questions du sexe et qu'elle concerne aussi les relations entre parent(s) et enfant(s), "à la lumière des nouveaux modèles familiaux".

Comment la Commission envisage-t-elle la réalisation concrète de l'individualisation des droits?²³¹ Elle demande aux Etats membres d'éviter que l'individualisation des droits ne conduise à une détérioration de certaines situations. Pour cela, il faut mettre en place "une stratégie pour encourager tous les travailleurs potentiels à participer eux-mêmes au marché du travail, plutôt que de peser indûment sur les finances familiales" (à noter : la stratégie coordonnée pour l'emploi ira dans ce sens). Ensuite, il faut aborder l'individualisation des droits différemment suivant les branches de la protection sociale. Pour la Commission, l'individualisation ne pose guère de problèmes en matière de soins de santé et de prestations de chômage. Par contre, la situation semble beaucoup plus compliquée en matière de pensions, et principalement de pensions de survie (pension de veuvage et pension de réversion). La Commission propose le schéma suivant : une pension de base pour tous, déconnectée de l'activité professionnelle, complétée par une pension professionnelle. Cette voie lui semble cependant étroite, car on assiste partout à "un renforcement du lien entre contributions et droits". Par ailleurs, la Commission envisage une réflexion approfondie sur les interruptions de carrière, qui produisent des effets sur le montant des pensions, en raison de la diversité des approches existant au sein de l'Union Européenne.

Telle qu'elle vient d'être exposée, la position de la Commission en matière d'individualisation des droits ne sera pas intégrée au sein de la stratégie coordonnée pour l'emploi. Par contre, l'indépendance économique comme préalable fonde le pilier I consacré à l'employabilité et le pilier IV consacré à l'égalité des chances. La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale intègre ce dernier pilier.

Mais on peut émettre l'hypothèse que toute la stratégie coordonnée pour l'emploi participe à l'individualisation, sous des aspects complémentaires, à savoir la participation massive des femmes et des hommes au marché du travail, la reconnaissance de la femme et de l'homme comme des individus avec des besoins propres, ainsi que l'accroissement de leur autonomie, de leurs droits, de leurs obligations et de leur responsabilité.

La consécration de la méthode européenne à travers la stratégie coordonnée pour l'emploi définie dans le Traité d'Amsterdam (juin 1997)

Le Traité d'Amsterdam inaugure une nouvelle ère dans la réflexion : la partie "emploi" du modèle social européen prend forme à travers la stratégie coordonnée pour l'emploi.

Le Traité d'Amsterdam a introduit dans le Traité instituant la Communauté Européenne un titre consacré à l'emploi (titre VIII)²³², qui reconnaît l'emploi comme un sujet "d'intérêt commun" au niveau européen, tout en fixant le cadre dans lequel cette question doit être traitée, ainsi que le processus de sa mise en œuvre. Depuis 1997, la "politique européenne de l'emploi" est désignée sous l'appellation de "la stratégie coordonnée pour l'emploi".

Cette stratégie est d'un intérêt primordial pour notre recherche, à la fois en tant que méthode (elle préfigure la méthode appliquée à la modernisation de la protection sociale) et en tant qu'objet (elle construit les valeurs communes). Nous nous interrogerons ensuite sur les justifications énoncées par la Communauté pour fonder l'objectif d'un haut niveau d'emploi qui est au centre de la stratégie coordonnée pour l'emploi.

- La stratégie coordonnée pour l'emploi comme méthode et comme objet

A travers le Traité d'Amsterdam, les 15 Etats membres et la Communauté se sont engagés "à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier à promouvoir une main d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter, ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie, en vue d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (...)". L'article 2 vise les objectifs sociaux suivants : la promotion d'un haut niveau d'emploi et de protection sociale, l'égalité hommes/femmes, l'augmentation du niveau de vie, la cohésion sociale et la solidarité entre les Etats membres.

²³¹ Communication de la Commission « Moderniser et adapter la protection sociale en Europe » du 12 mars 1997 Com(97) 102 final.

²³² Ce titre comprend 6 articles, les articles 125 à 130, l'article 128 étant plus particulièrement consacré à la procédure de la stratégie coordonnée pour l'emploi.

Dans le cadre de la stratégie coordonnée pour l'emploi, les compétences respectives des Etats membres et de la Communauté ont été définies de la façon suivante :

les Etats membres contribuent à la réalisation de ces objectifs par le biais de leurs politiques de l'emploi en tenant compte des grandes orientations des politiques communautaires économiques (la politique de l'emploi demeure subordonnée à la politique économique) et reconnaissent la promotion de l'emploi comme une question d'intérêt commun en coordonnant leur action au sein du Conseil de l'Union Européenne dans le cadre de la stratégie coordonnée pour l'emploi.

L'Union contribue à la réalisation d'un niveau élevé d'emploi en encourageant la coopération entre les Etats membres et en soutenant et en complétant leur action. Elle doit respecter les compétences des Etats membres en la matière (les politiques nationales demeurent premières). Elle doit également prendre en compte l'objectif d'un niveau d'emploi élevé dans la définition et dans la mise en œuvre de toutes ses politiques et actions (objectif central et transversal).

La procédure proprement dite de la stratégie coordonnée pour l'emploi se décompose en cinq étapes, que nous allons caractériser brièvement. Cette procédure se déroule tout au long de l'année et se répète d'année en année depuis 1997.

Les 5 étapes sont les suivantes:

(1) le Conseil Européen examine lors de son Sommet de décembre la situation de l'emploi dans l'Union Européenne et adopte des conclusions sur la base du rapport conjoint sur l'emploi (RCE) établi conjointement par le Conseil²³³ et la Commission.

(2) sur la base de ces conclusions, le Conseil élabore²³⁴ en janvier, après consultation de différentes instances communautaires²³⁵, des lignes directrices (LD) dont les Etats membres doivent tenir compte dans leurs politiques de l'emploi.

(3) en avril/mai, chaque Etat membre transmet un plan national d'action pour l'emploi (PANE) au Conseil et à la Commission.

(4) sur la base de ces plans et après avis du Comité de l'Emploi²³⁶, le Conseil examine pendant l'été les 15 politiques de l'emploi et leur mise en œuvre et adresse²³⁷, si nécessaire, des recommandations aux Etats membres.

(5) à la suite de ce processus, le Conseil et la Commission établissent à l'automne le rapport conjoint (RCE) relatif à l'évolution de l'emploi et à la mise en œuvre des lignes directrices (LD).

La stratégie coordonnée pour l'emploi repose donc sur plusieurs nouveaux outils :

- les lignes directrices pour l'emploi (LD), élément moteur de la stratégie, qui sont chaque année proposées par la Commission et adoptées par le Conseil.
- les plans nationaux d'action pour l'emploi (PANE), que les Etats membres doivent établir chaque année conformément aux lignes directrices et aux recommandations formulées par le Conseil.
- le rapport conjoint sur l'emploi (RCE), établi annuellement et conjointement par la Commission et le Conseil, basé sur l'évaluation globale et individuelle des plans nationaux d'action pour l'emploi.
- les recommandations, qui peuvent être adressées aux Etats membres, afin qu'ils modifient leur politique de l'emploi conformément aux objectifs européens.

A travers la méthode de la stratégie coordonnée pour l'emploi et ses outils, l'Europe a pris un tournant décisif dans la construction du modèle social européen. La nouvelle méthode consiste à laisser converger les politiques

²³³ il s'agit du Conseil des Ministres ECO-FIN et Travail-Affaires Sociales

²³⁴ Le Conseil décide à la majorité qualifiée.

²³⁵ les députés européens à travers le Parlement Européen, les partenaires sociaux à travers le Conseil Economique et Social, les acteurs locaux à travers le Comité des Régions et les experts à travers le Comité de l'Emploi

²³⁶ comité consultatif d'experts

²³⁷ Décision prise à la majorité qualifiée

de l'emploi entre les Etats membres, de telle façon qu'une politique de l'emploi communautaire se mette en place progressivement, sans qu'il y ait recours à des instruments juridiquement contraignants. Les anglophones parlent de « soft law ». Le modèle social européen se construit progressivement en interaction entre l'Europe (au niveau communautaire) et les 15 Etats membres (au niveau national) par un mouvement de « top down / bottom up », d'interaction entre les niveaux. Mais la grande nouveauté réside dans la procédure annuelle, dans le fait que l'emploi est sur le calendrier européen et national tout au long de l'année, avec des moments forts (le Conseil Européen du deuxième semestre, la remise des plans nationaux d'action pour l'emploi au printemps, la publication du rapport conjoint pour l'emploi en automne). Certains n'hésitent pas à parler du "stress de la convergence".

- Le renouvellement de l'analyse et de la politique : l'objectif d'un haut niveau d'emploi.

Avant d'aborder la question du haut niveau d'emploi, nous voudrions d'abord donner quelques indications relatives à l'évolution de l'emploi dans l'Union européenne entre 1994 et 2000²³⁸.

En 1994, sur 100 personnes dans l'Europe des Quinze, 40 avaient un emploi et 60 n'avaient pas d'emploi. Parmi les 60, qui n'avaient pas d'emploi, 34 avaient moins de 15 ans ou plus de 64 ans, 21 étaient en âge de travailler, mais inactives, et 5 étaient au chômage.

Sur 100 personnes en âge de travailler, 60 avaient un emploi, 33 étaient inactives et 7 étaient au chômage.

En 2000, sur 100 personnes dans l'Europe des 15, 43 avaient un emploi et 57 n'en avaient pas. Sur les 162 millions de personnes ayant un emploi, 43 % sont des femmes. Ces chiffres laissent à penser que la question de l'emploi en Europe est moins une question de lutte contre le chômage qu'une question de lutte contre l'inactivité. C'est du moins la lecture qu'en fait la Commission européenne pour qui c'est la population inactive en âge de travailler qui pose problème et qui justifie les objectifs d'augmentation des taux d'emploi qu'elle s'est fixé.

²³⁸ L'emploi en Europe. Publication annuelle de la Commission Européenne. Collection Emploi et Affaires sociales. Emploi et Marché du Travail. Office des Publications Officielles des Communautés Européennes.

DONNEES 1994

Population totale Europe15	371 Mi (100%) H : 181 ; F : 190		
Population en-dessous de 15 ans et au-dessus de 64 ans	127 Mi (34%) H : 59 ; F : 68		
Population en âge de travailler (entre 15 et 64 ans)	244 Mi (66%) H : 122 ; F : 122	244 Mi (100%)	
Population inactive		78 Mi (33%)	
Population active		166 Mi (67%) H : 96 ; F : 70	166 Mi (100%)
Population au chômage			19 Mi (11%) H : 10 ; F : 9
Population ayant un emploi			147 Mi (89%) H : 86 ; F : 61

DONNEES 2000

Population totale Europe15	372 Mi (100%) H : 182 ; F : 190		
Population en-dessous de 15 ans et au-dessus de 64 ans	124 Mi (33%) H : 58 ; F : 66		
Population en âge de travailler (entre 15 et 64 ans)	248 Mi (67%) H : 124 ; F : 124	248Mi (100%)	
Population inactive		69 Mi (28%)	
Population active		177 Mi (72%) H : 100 ; F : 77	177 Mi (100%)
Population au chômage			15 Mi (9%) H : 7,5 ; F : 7,5
Population ayant un emploi			162 Mi (91%) H : 95 ; F : 70

L'objectif d'un niveau d'emploi élevé est justifié par deux considérations essentielles²³⁹, en premier lieu par la comparaison des taux d'emploi entre l'Europe et ses principaux concurrents économiques, à savoir les Etats-Unis et le Japon, et en second lieu par la viabilité à terme des systèmes de protection sociale. Plus largement, un haut niveau d'emploi devrait faire avancer les valeurs communes telles que l'égalité hommes/femmes et la cohésion économique et sociale.

²³⁹ Idem Note 14

- La comparaison entre les performances de l'Union Européenne et de ses principaux concurrents (Etats-Unis et Japon)

Le bilan établi par la Commission est alarmiste : en Europe, le taux d'emploi, défini comme le rapport entre le nombre de personnes occupant un emploi et la population en âge de travailler (âgée de 15 à 64 ans), n'a pas augmenté au cours des 30 dernières années. Il a même régressé entre 1972 et 1994 passant de 64% à 59% pour se rétablir en 2000 à 63,3%.

Pendant cette période, le taux d'emploi a augmenté fortement aux Etats-Unis. Le taux d'emploi y est passé de 62% à 74% et au Japon de 66% à 69%. Cette croissance insuffisante de l'emploi s'est traduite en Europe par un taux de chômage²⁴⁰ élevé, qui a atteint son record en 1994 avec 11,1% (un niveau quatre fois supérieur à son taux de 1974) avant de redescendre à 8,4% en 2000. Bien que la situation européenne se soit redressée à la fin des années 90, le chômage demeure cependant à un niveau bien supérieur au taux de chômage des Etats-Unis (4,2%) et du Japon (4,7%).

La Commission européenne explique l'écart du taux d'emploi entre l'Europe et les Etats-Unis par trois phénomènes, chacun étant responsable d'un tiers de la différence :

- La faiblesse du taux d'emploi des jeunes de moins de 25 ans : aux Etats-Unis, près de 60% des jeunes de moins de 25 ans ont un emploi, alors qu'au sein de l'Union Européenne, cette moyenne n'atteint pas 40%. La Commission explique cette différence par le fait que les jeunes Européens sont massivement présents dans les systèmes d'enseignement et de formation initiale et qu'ils ont moins tendance que les jeunes Américains à combiner enseignement et travail.

- La faiblesse du taux d'emploi des personnes de plus de 55 ans : le taux d'emploi est beaucoup plus élevé parmi les personnes âgées de 55 à 64 ans aux Etats-Unis qu'en Europe. L'écart est de 18%. Cet écart reflète, d'après la Commission, davantage une pénurie d'emplois en Europe qu'une volonté différente de partir en préretraite chez les Européens et les Américains.

- La faiblesse du taux d'emploi des femmes entre 25 et 54 ans : la troisième disparité réside dans la proportion plus faible en Europe qu'aux Etats-Unis de femmes âgées entre 25 et 54 ans exerçant une activité professionnelle (l'écart est de 10%). Cet écart est le résultat, pour la Commission, non seulement d'un déficit d'emplois, mais aussi de conceptions sociales et culturelles différentes du travail des femmes dans de nombreuses régions en Europe. Il pourrait aussi s'expliquer par l'insuffisance des services de garde d'enfants.

Partant de ce raisonnement, la Commission propose d'augmenter le taux d'emploi en intervenant en priorité sur deux catégories de population :

les personnes âgées de 55 à 64 ans, en agissant essentiellement sur le taux d'emploi des hommes de cette classe d'âge par leur maintien dans l'emploi.

les femmes âgées de 25 à 54 ans, en favorisant leur entrée ou leur retour sur le marché du travail et en encourageant leur maintien dans l'emploi.

Par ailleurs, la Commission s'interroge sur la nécessité d'un rapprochement des taux d'emploi des jeunes Européens et des jeunes Américains : ce rapprochement est-il souhaitable, s'il doit se faire au détriment de la fréquentation scolaire après l'enseignement élémentaire ?

A partir de cette argumentation, la Commission appelle à "un renouvellement de la politique de l'emploi fondé sur un renouvellement de l'analyse"²⁴¹. Ce raisonnement consiste à délaisser les analyses traditionnelles centrées sur le taux de chômage et sur les chômeurs au profit d'analyse en termes de ressources de main-d'œuvre et de potentiels d'emplois. "La faiblesse des taux d'emploi en Europe est le signe qu'il existe une importante réserve de main d'œuvre inutilisée qui représente un potentiel de croissance économique important".

²⁴⁰ rapport entre les personnes à la recherche d'un emploi et la population active, elle-même constituée des personnes ayant un emploi et de celles qui en recherchent un.

²⁴¹ QUINTIN (Odile) et FAVAREL-DAPAS (Brigitte), L'Europe sociale. Enjeux et réalités, La documentation Française 1999 p. 128.

- La viabilité à long terme des systèmes de protection sociale

Un taux d'emploi plus élevé, ou dit autrement, une augmentation de la population productive doublée d'une diminution de la population en âge de travailler inactive et économiquement dépendante, augmenterait le nombre des cotisants aux régimes de protection sociale et allégerait les difficultés de financement des systèmes de protection sociale et notamment des systèmes de retraite en Europe.

Par exemple, un lien doit être fait entre le maintien dans l'emploi des personnes âgées de 55 à 64 ans et le financement des retraites. Il faut éviter d'allonger par des systèmes de préretraite la période de vie après la cessation de l'activité professionnelle, alors qu'elle est déjà allongée par l'augmentation de l'espérance de vie. De même, il faut favoriser la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale pour les personnes qui ont des enfants en bas âge au lieu de prôner le retrait du marché du travail pendant les années consacrées à l'éducation des enfants. Ces années compteront pour les futurs droits à retraite des parents.

Cette argumentation démontre que non seulement la protection sociale doit être mise au service de l'emploi, mais que l'emploi doit également, en retour, être au service de la protection sociale. Cette interrelation positive a été exprimée au mois de novembre 1997, quelques jours avant le Sommet extraordinaire sur l'emploi de Luxembourg, par le Premier Ministre luxembourgeois lors de son allocution d'ouverture du Colloque de Mondorf consacré "à la modernisation et à l'amélioration de la protection sociale"²⁴² : "Il semble impensable d'évoquer l'emploi, ses nombreuses facettes, ses multiples défis, les nombreuses interrogations auxquelles l'évocation du sujet doit donner lieu, sans le replacer dans le cadre qui doit l'entourer, dans une réflexion (...) sur le devenir du modèle social européen et notamment de sa protection sociale. (...) Si nous n'arrivons pas à revoir vers le haut nos taux d'activité en Europe, nous connaissons les pires difficultés de financement de nos systèmes de sécurité sociale"

Il apparaît ainsi, que la philosophie sous-jacente à "la politique européenne de l'emploi" repose sur une meilleure utilisation des ressources humaines européennes. En terme d'objectifs, le but de toutes les mesures envisagées dans le cadre de la stratégie coordonnée pour l'emploi est de parvenir à une augmentation significative du taux d'emploi en Europe sur une base durable. En terme de contenus de mesures, il faut passer du traitement social du chômage à des politiques d'amélioration de la qualité de la main-d'œuvre (éducation et formation professionnelle) et à des politiques agissant sur le volume de l'emploi.

Le lancement de la stratégie coordonnée pour l'emploi lors du Sommet Emploi de Luxembourg (novembre 1997)

Le Conseil Européen, qui s'est réuni exceptionnellement fin novembre 1997 sur un seul objet "l'emploi", a lancé la stratégie coordonnée pour l'emploi avant la ratification du Traité d'Amsterdam par les Etats membres. Dans les conclusions du Sommet Emploi de Luxembourg figurent les lignes directrices pour 1998 dont les 15 Etats membres devaient tenir compte dans leur politique de l'emploi et plus précisément dans le plan national de l'emploi à remettre à Bruxelles au printemps 1998 (cf. ci-dessus).

Comment l'individualisation des droits en matière de protection sociale est-elle abordée dans les lignes directrices pour l'emploi? De façon indirecte, comme nous l'avons précisé précédemment, à travers la question de l'indépendance économique acquise par l'emploi.

Avant d'aborder en détail les lignes directrices intéressantes pour notre sujet, nous allons brièvement rappeler leur rôle au sein de la stratégie coordonnée pour l'emploi.

- La place des lignes directrices dans la stratégie coordonnée pour l'emploi

Les lignes directrices pour l'emploi constituent l'outil central de la stratégie coordonnée pour l'emploi. Dans les conclusions du Sommet Emploi de Luxembourg, leurs caractéristiques sont définies à travers un mode d'emploi :

²⁴² *Bulletin luxembourgeois de sécurité sociale*, 1997, Volume 4 p.4 (nouveau spécial consacré au Colloque de Mondorf (10 au 12 novembre 1997).

- Les lignes directrices pour l'emploi se fondent sur une analyse commune de la situation de l'emploi (diagnostic européen) et sur les grands axes de la politique européenne à mener (traitement européen) pour augmenter le taux d'emploi et pour faire reculer le chômage.

- Elles fixent des objectifs concrets, compatibles avec les grandes orientations de la politique économique, dont la réalisation est suivie régulièrement suivant une procédure commune d'évaluation des résultats.

- Leur mise en œuvre peut varier selon la nature, les effets pour les Etats membres et les destinataires, car elles doivent respecter le principe de subsidiarité ainsi que les compétences des Etats membres en matière d'emploi.

- La transposition concrète des lignes directrices se fait à travers des plans nationaux d'action pour l'emploi élaborés par les Etats membres dans une perspective pluriannuelle.

Leur concrétisation effective se fait sous forme d'objectifs nationaux chiffrés, à chaque fois que cela est possible et approprié, suivie de leur traduction en mesures nationales réglementaires et administratives.

- La diversité des situations des Etats membres face aux problèmes traités par les lignes directrices se traduit par des solutions différentes adaptées à la situation de chaque Etat membre. Par ailleurs, les Etats doivent se fixer des délais pour atteindre le résultat recherché compte tenu de la situation de départ et des moyens administratifs et financiers mobilisables.

Tous les Etats membres doivent, dans un souci de cohérence et d'efficacité de l'ensemble de la démarche, utiliser les lignes directrices dans l'analyse de leur situation propre. Et dans la définition de leur politique ils doivent définir leur attitude à l'égard de chacune des lignes directrices dans leur plan national d'action pour l'emploi. Les plans nationaux d'action pour l'emploi ainsi élaborés, assortis d'un rapport sur les conditions de mise en œuvre, sont transmis au Conseil de l'Union Européenne et à la Commission qui procèdent à une évaluation concernant la transposition des lignes directrices dans les politiques nationales, qui figure dans le rapport conjoint sur l'emploi remis au Conseil européen en vue de la fixation des lignes directrices pour l'année suivante.

- Les lignes directrices pour 1998

Au Sommet Emploi de Luxembourg, 19 lignes directrices ont été adoptées, regroupées en 4 piliers :

Pilier I : Améliorer la capacité d'insertion professionnelle (« l'employabilité »). Cf. *infra* sous 3.2.1.

Pilier II : Développer l'esprit d'entreprise : ce pilier découle du constat que la création d'emplois est surtout le fait de Petites et Moyennes entreprises. Le but est d'améliorer et de mettre en valeur le potentiel d'emplois en encourageant la création de PME et l'activité indépendante, de développer le secteur des services et d'identifier les gisements d'emplois nouveaux ou inexploités.

Pilier III : Encourager la capacité d'adaptation des entreprises et de leurs travailleurs. Ce pilier établit des orientations générales relatives à la modernisation de l'organisation du travail et des formes d'emploi et à la capacité d'adaptation des entreprises pour leur permettre de faire face aux mutations économiques sans pénaliser l'emploi. Il concerne le droit du travail et plus particulièrement les relations professionnelles, les différents types de contrat et la formation des salariés.

- *Pilier IV* : Renforcer les politiques d'égalité des chances. Cf. *infra* sous 3.2.2.

La structure générale des lignes directrices pour l'emploi a été conçue comme une perspective de moyen terme (de 1997 à 2002). Aussi, l'appellation des piliers et leur ordre n'ont pas été modifiés depuis 1997.

Deux piliers nous intéressent plus particulièrement dans le cadre de cette recherche, à savoir le pilier I et le pilier IV.

- Les lignes directrices consacrées à l'employabilité (pilier I)

L'employabilité a été érigée en premier pilier dans un double sens, comme le pilier numéro I et comme le pilier prioritaire. En effet, dans la proposition de la Commission soumise au Sommet Emploi de Luxembourg, l'employabilité ne figurait qu'en seconde position. C'est donc bien une volonté explicite des 15 chefs d'Etat et de Gouvernement, qui en a fait le premier pilier.

L'employabilité n'est pas définie explicitement dans les lignes directrices. Lors de la préparation du Sommet Emploi de Luxembourg, la Commission a donné la définition suivante dans un document de travail:

« l'employabilité, c'est l'aptitude pour une personne d'occuper un emploi, soit la nécessité d'une qualification adéquate, l'incitation à la recherche d'un emploi et la possibilité d'en trouver un ». Tout le premier pilier a donc pour objectif d'améliorer l'employabilité sous ces trois aspects. Il s'agit d'un "tout cohérent".

A l'origine, ce pilier comprenait 4 objectifs et 7 lignes directrices, à savoir:

- s'attaquer au chômage des jeunes et prévenir le chômage de longue durée (LD 1 et 2)
- passer des mesures passives à des mesures actives (LD 3)
- encourager une approche de partenariat (LD 4 et 5)
- faciliter le passage de l'école au travail (LD 6 et 7).

A travers ces 4 objectifs apparaissent les éléments du compromis acquis lors du Sommet Emploi de Luxembourg :

Pour s'attaquer au chômage des jeunes (LD 1) et pour prévenir le chômage de longue durée (LD 2), les 15 Etats membres se sont mis d'accord sur une approche préventive du chômage - et du chômage de longue durée - plutôt que sur une approche de lutte contre le chômage de longue durée.

Dans cette optique, ils se sont engagés à mettre en œuvre une politique de l'emploi fondée sur l'identification précoce des besoins individuels, c'est-à-dire sur une gestion personnalisée des chômeurs permettant d'identifier les personnes "à risque" de chômage de longue durée et de leur allouer en priorité les ressources des politiques de l'emploi. Pour cela, les Etats membres doivent offrir un nouveau départ à tout jeune avant qu'il n'atteigne 6 mois de chômage et à tout chômeur adulte avant qu'il n'atteigne 12 mois de chômage. Ce nouveau départ doit favoriser l'insertion professionnelle grâce à des mesures telles qu'une formation, une reconversion, une expérience professionnelle, un emploi ou toute autre mesure propre à favoriser l'insertion professionnelle. Pour les chômeurs adultes, un simple accompagnement individuel d'orientation professionnelle suffit. Afin de réaliser cet objectif, les Etats membres doivent se fixer un délai, qui ne peut dépasser 5 ans, sauf situation de chômage particulièrement élevé. Cette approche préventive doit être combinée avec des mesures de réinsertion des chômeurs de longue durée.

Ces deux lignes directrices sont caractérisées par un fort degré d'intégration communautaire, car les objectifs opérationnels quantifiés (délai de réalisation, échéances précises pour le nouveau départ) s'imposent à tous les Etats membres.

Pour passer des mesures passives à des mesures actives (LD 3), les 15 Etats membres se sont mis d'accord sur une approche d'activation plutôt que sur une approche en terme d'indemnisation de la perte d'emploi.

Ils se sont engagés à mettre en place une politique active de l'emploi et à rendre plus attrayante l'acceptation d'un emploi ou d'une formation par une réforme des systèmes d'indemnisation (passage de l'assurance-chômage à une assurance-employabilité) et des systèmes de formation. Par ailleurs, les Etats membres doivent augmenter le taux de chômeurs, qui se voient proposer une formation ou toute autre mesure analogue propre à favoriser leur insertion professionnelle. Dans ce but, chaque Etat membre doit se fixer un objectif, en fonction de sa situation de départ, de rapprochement progressif de la moyenne des trois Etats membres les plus performants et d'au moins 20%. Cet objectif quantifié est un objectif plancher. Rien n'empêche les Etats à se fixer un objectif plus ambitieux.

Pour encourager une approche de partenariat (LD 4 et 5), les 15 Etats membres se sont mis d'accord sur une approche tripartite plutôt que sur une approche en terme de politique étatique de l'emploi.

Les partenaires sociaux sont appelés en renfort - "l'action des Etats membres seuls ne suffira pas pour atteindre les résultats souhaités en matière d'insertion" - pour la transposition des deux premières lignes directrices (« le nouveau départ »). Il leur est demandé de conclure des accords aux différents niveaux de responsabilité et d'action pour accroître les opportunités propres à faciliter la capacité d'insertion professionnelle. De plus, les Etats et les partenaires sociaux doivent développer les possibilités de formation tout au long de la vie, entendue "comme toute activité d'apprentissage utile, formelle ou informelle, s'inscrivant dans un processus permanent

destiné à améliorer les connaissances, les aptitudes et les compétences"²⁴³. La formation tout au long de la vie a ainsi été reconnue, au niveau communautaire, comme un thème relevant du tripartisme.

Pour faciliter le passage de l'école au travail (LD 6 et 7), les 15 Etats membres se sont mis d'accord sur une amélioration de la qualité des systèmes scolaires et sur l'adaptation du système d'éducation et de formation aux besoins du marché du travail.

Les Etats se sont engagés à réduire l'échec scolaire et la sortie prématurée des jeunes du système scolaire et à permettre le retour dans l'enseignement initial des jeunes déjà au travail, en dépit d'un faible niveau de qualification scolaire, de façon à mieux les préparer pour leur future carrière et à minimiser le risque de chômage. De même, ils se sont engagés à renforcer les liens entre l'éducation et le monde du travail et à améliorer plus particulièrement les systèmes de formation technique et professionnelle en favorisant le développement de la formation en entreprise.

Depuis 1998, les lignes directrices relevant du pilier de l'employabilité ont été fortement enrichies. Par exemple : La 3^e ligne directrice ("passer des mesures passives à des mesures actives") a été étendue à toute la population en âge de travailler (au-delà des seuls chômeurs). Cette extension est justifiée par le fait que l'activation de toute la population nécessite une réforme de grande envergure incluant les systèmes de protection sociale, les systèmes d'imposition et les systèmes de formation, afin de les rendre plus favorables à l'emploi. Ainsi semble acquise le "renouvellement de la politique de l'emploi" en terme d'augmentation du taux d'emploi et d'utilisation de la réserve de main-d'œuvre. En rapport avec l'individualisation des droits sociaux, on notera les deux nouveaux objectifs intégrés dans le premier pilier :

la mise au point d'une politique visant à prolonger la vie active : il s'agit de maintenir dans l'emploi les travailleurs dits "âgés" par une réforme des systèmes de cessation anticipée d'activité (préretraite, pension d'invalidité, retraite anticipée), par le développement de formules souples de travail et par l'accès à la formation. Cet objectif traduit la volonté de la Communauté d'augmenter, par le maintien dans l'emploi, le taux d'emploi des personnes âgées entre 55 et 64 ans et de garantir par ce biais la viabilité à long terme des systèmes de retraite (cf. ci-dessus).

promouvoir un marché du travail ouvert à tous : cet objectif a été défini à partir du constat du risque d'exclusion de groupes et de personnes ayant des difficultés particulières d'accès et de maintien sur le marché du travail. Aussi, faut-il mettre en œuvre un ensemble cohérent de politiques visant à favoriser leur intégration dans le monde du travail et à lutter contre toute forme de discrimination (accès à l'emploi, à l'éducation, à la formation). L'Union attache une attention particulière aux besoins des personnes handicapées, des minorités ethniques et d'autres groupes et personnes susceptibles d'être défavorisées, pour lesquels il faut élaborer des politiques préventives et actives d'intégration dans le marché du travail. Le Sommet de Lisbonne en mars 2000 a consacré l'idée que cette intégration est la meilleure protection contre l'exclusion sociale.

Ces différentes lignes directrices pour l'emploi prennent appui sur l'individu et sur sa capacité à être employable, c'est-à-dire à acquérir les qualifications et les compétences nécessaires, à accéder au marché du travail et à y rester. A qui incombe la charge de promouvoir l'employabilité? En cette matière, le modèle social européen se distingue d'autres modèles et plus particulièrement du modèle américain. Il reconnaît que cette responsabilité incombe non seulement aux personnes elles-mêmes (et aux entreprises qui les emploient), mais aussi en partie aux Etats et aux partenaires sociaux (tripartisme). Tous les acteurs doivent se mobiliser pour garantir l'indépendance économique de toutes les personnes en âge de travailler. L'employabilité apparaît ainsi comme un préalable décisif à l'individualisation des droits.

- Les lignes directrices consacrées à l'amélioration des politiques d'égalité des chances (pilier IV)

Le quatrième pilier comprend également 4 objectifs, mais seulement 4 lignes directrices:

s'attaquer à la discrimination entre hommes et femmes (LD 16)

²⁴³ Cette définition figure dans le rapport conjoint pour l'emploi de 1999 p. 42.

concilier vie professionnelle et vie familiale (LD 17)
faciliter la réintégration dans la vie active (LD 18)
favoriser l'intégration des personnes handicapées dans la vie active (LD 19).

Les trois premiers objectifs concernent l'égalité hommes/femmes. A ce titre, ils retiennent particulièrement notre attention. Il faut remarquer que les lignes directrices afférentes ne contiennent pas d'objectif quantifié et qu'elles ne précisent pas ou peu les moyens à mettre en œuvre pour améliorer l'égalité des chances.

L'acquis en cette matière du Sommet Emploi de Luxembourg se présente de la façon suivante :

Pour s'attaquer à la discrimination entre hommes et femmes (LD 16), les 15 Etats membres ont été d'accord pour traduire leur volonté de promouvoir l'égalité des chances par l'augmentation du taux d'emploi des femmes. Il ont ainsi accepté l'analyse de la Commission sur la nécessaire augmentation du niveau d'emploi dans l'Union Européenne, ainsi que la proposition de renouvellement de la politique de l'emploi par l'utilisation de la réserve de main d'œuvre. Par ailleurs, ils se sont engagés à lutter contre la discrimination professionnelle par sexe (secteurs d'activité et professions "masculinisés" ou "féminisés") et à réduire l'écart entre les taux de chômage des femmes et le taux de chômage des hommes.

Pour permettre une meilleure conciliation vie professionnelle et vie familiale (LD 17), les 15 Etats membres ont reconnu l'importance pour les femmes et les hommes des politiques en matière d'interruption de carrière, de congé parental et de travail à temps partiel. Dans cette optique, ils considèrent que la mise en œuvre des directives et des accords des partenaires sociaux doit être accélérée. Implicitement, les Etats membres sont d'accord pour remettre en question le partage traditionnel des rôles entre hommes et femmes - l'homme gagne-pain et la femme chargée de l'éducation des enfants et des soins aux personnes dépendantes au sein de la famille - et pour promouvoir un modèle où l'homme et la femme exercent tous les deux les rôles de parent et de travailleur de façon concomitante. Pour favoriser l'entrée dans le marché du travail des parents et leur maintien sur le marché du travail, ils devront mettre en place "des services de qualité" en matière de garde des enfants et de soins aux personnes dépendantes.

Pour faciliter la réintégration dans la vie active (LD 18), les 15 Etats membres ont convenu d'offrir une "seconde chance" à tous ceux qui ont quitté le marché du travail au cours de leur vie active. Dans ce cadre, ils se sont engagés à supprimer "progressivement" les obstacles freinant leur réintégration²⁴⁴.

Ces trois lignes directrices pour l'emploi prennent appui sur l'individu, femme ou homme, et non pas sur la famille en tant qu'entité. A ce titre, le quatrième pilier s'inscrit clairement dans une approche d'individualisation.

Les développements postérieurs à 1998

Une nouvelle ligne directrice a été introduite en 1999 : la ligne directrice « mainstreaming »²⁴⁵ qui stipule que le principe d'égalité entre femmes et hommes doit être pris en considération dans toutes les mesures et décisions politiques des Etats membres. Il s'agit d'une approche systémique qui sera analysée plus loin avec la question de l'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale.

*L'extension de la méthode européenne à la protection sociale : la stratégie concertée de modernisation de la protection sociale (Communication de la Commission du 14 juillet 1999)*²⁴⁶

²⁴⁴ Dans ce cadre, les Etats membres ont reconnu la nécessité d'adopter une nouvelle approche à l'égard des "parents isolés" en favorisant leur indépendance économique par le retour à l'emploi. Ils tentent ainsi de rompre avec une vieille tradition présente dans de nombreux pays, qui consiste à soutenir financièrement ces personnes sans exiger par ailleurs d'eux une participation au marché du travail.

²⁴⁵ Résolution du Conseil du 22 février 1999, ligne directrice 20.

²⁴⁶ Communication de la Commission du 14 juillet 1999 relative à la stratégie concertée pour moderniser la protection sociale [COM (99) 347 final].

Cette Communication de la Commission est intervenue après le lancement de la stratégie coordonnée pour l'emploi et elle s'appuie, du point de vue méthodologique, sur les résultats positifs obtenus par la stratégie coordonnée pour l'emploi. Aussi, la Commission propose-t-elle de franchir une nouvelle étape en renforçant la coopération entre les Etats membres basée sur une stratégie proche de la stratégie coordonnée pour l'emploi.

Cette stratégie appelée "stratégie concertée de modernisation de la protection sociale" repose :

- sur la définition d'objectifs communs (l'équivalent des lignes directrices pour l'emploi),
- sur des mécanismes d'échange d'informations et de suivi des politiques (l'équivalent des PANE et de l'évaluation en matière d'emploi),
- sur l'élaboration d'un rapport annuel sur la protection sociale à partir des contributions fournies par les Etats membres et par des experts individuels (le pendant du rapport conjoint pour l'emploi)
- sur la soumission de ce rapport européen au Conseil de l'Union Européenne.

Pour mener à bien cette stratégie, la Commission a demandé au Parlement Européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions de s'associer à cette initiative, et elle a par ailleurs sollicité la participation des partenaires sociaux, des institutions de sécurité sociale et des organisations non gouvernementales.

Quatre objectifs de modernisation de la protection sociale figurent dans cette Communication :

- rendre le travail plus avantageux et fournir un revenu sûr
- garantir des retraites sûres et des systèmes de retraite viables
- promouvoir l'intégration sociale
- garantir un niveau élevé et durable de protection de la santé

Nous n'aborderons pas en détail ces différents objectifs. Il faut noter d'une part qu'il n'est nulle part question d'individualisation des droits, et d'autre part, qu'il y a eu un recentrage autour de l'emploi (1^{er} et 3^e objectif), des retraites (2^e objectif) et de la santé (4^e objectif). La méthode ouverte de coordination introduite au Sommet de Lisbonne en mars 2000 ne fera qu'accentuer ce découpage.

Le nouvel objectif de « plein et d'emploi de qualité » (Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 et Communication de la Commission de juin 2001)

Un nouvel objectif "de plein emploi et d'emploi de qualité" (Conseil Européen de Lisbonne de mars 2000 et Communication de la Commission de juin 2001) a également été adopté. L'année 2000 a été marquée par un tournant dans la stratégie coordonnée pour l'emploi. Le Conseil Européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a joué un rôle décisif. En arrêtant un nouvel objectif stratégique de transformation de l'Union Européenne d'ici 2010 en "économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale", il a donné un nouvel élan à la stratégie coordonnée pour l'emploi.

Lors du Conseil Européen de Lisbonne, les 15 Etats membres se sont mis d'accord pour progresser vers le plein emploi en créant non seulement plus d'emplois, mais aussi des emplois de meilleure qualité.

Les Etats membres n'ont pas modifié l'article 2 du Traité, qui prévoit "un haut niveau d'emploi", mais ils ont par une approche volontariste adopté un nouvel objectif "de plein emploi" en fixant des objectifs quantitatifs précis :

- le taux d'emploi global doit être porté de 61% en 2000 à 70% en 2010
- le taux d'emploi des femmes doit être porté de 51% en 2000 à 60% en 2010

Ces taux d'emploi sont des taux relatifs à l'Europe des 15. Chaque Etat membre doit par ailleurs se fixer des objectifs quantifiés nationaux compte tenu de sa situation de départ différente et ainsi afficher son apport à l'effort européen.

Lors du Conseil Européen de Stockholm en mars 2001, des objectifs intermédiaires relatifs aux taux d'emploi ont été arrêtés :

- passage à un taux d'emploi global à 67% en 2005
- passage à un taux d'emploi des femmes à 57% en 2005,

ainsi qu'un objectif de taux d'emploi pour les personnes âgées de 55 à 64 ans de l'ordre de 50% à l'horizon 2010.

Par ailleurs l'idée qu'il fallait progresser vers le plein emploi en créant des emplois de meilleure qualité a été énoncée lors du Conseil Européen de Lisbonne en mars 2000 et elle a été reprise par la Présidence française, lors du Conseil Européen de Nice en décembre 2000, qui a mis l'accent sur la promotion de la qualité dans tous les domaines de la politique sociale : qualité de la formation, qualité du travail, qualité des relations professionnelles. Par la suite, la Commission a été chargée d'élaborer une Communication relative à la qualité en matière de politique sociale et d'emploi et chaque Etat membre s'est engagé à communiquer sa position aux instances communautaires.

La Communication de la Commission publiée en juin 2001²⁴⁷ est fondée sur une profession de foi : "La qualité se trouve au cœur du modèle social européen. C'est un élément clé de la promotion de l'emploi dans une économie compétitive, favorisant l'insertion et fondée sur la connaissance. La qualité reflète le désir, non seulement de défendre des normes minimales, mais de promouvoir l'amélioration de la situation et un partage plus équitable du progrès".

La définition de la qualité de l'emploi retenue par la Commission s'articule autour de deux dimensions:

- les caractéristiques des emplois, c'est-à-dire les caractéristiques objectives et intrinsèques comprenant
 - la satisfaction dans l'emploi
 - la rémunération
 - les avantages extra-salariaux
 - les horaires de travail
 - les qualifications
 - la formation et les perspectives de carrière
 - le contenu de l'emploi
- La correspondance entre les caractéristiques de l'emploi et les caractéristiques du travailleur, le contexte de l'emploi et du marché du travail, comprenant :
 - l'égalité des sexes
 - la santé et la sécurité
 - la flexibilité et la sécurité
 - l'accès aux emplois
 - l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée
 - le dialogue social et la participation des travailleurs
 - la diversité et la discrimination

Pour qu'il y ait qualité de l'emploi, il faut qu'il y ait un équilibre entre les deux dimensions (caractéristiques de l'emploi et du travailleur). Il est à noter que la Commission n'établit pas de hiérarchie entre les différents éléments.

Nous allons illustrer l'approche de la Commission en prenant comme exemple la qualité de l'emploi pour les pères et les mères d'enfants en bas âge. Dans ce cas, il faut veiller à ce que les modalités de travail, en particulier le temps de travail, ainsi que les services de soutien, permettent de réaliser un équilibre approprié entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle. Pour cela, il faut mobiliser les partenaires sociaux sur le temps de travail, il faut modifier la législation (introduction du congé parental) et il faut mettre en œuvre les lignes directrices pour l'emploi dans le cadre de la stratégie coordonnée pour l'emploi. La Commission propose des indicateurs de qualité, à savoir la proportion des travailleurs couverts par les modalités de travail à temps de travail individualisé (ou flexible), les possibilités de congé de maternité et de congé parental, ainsi que le taux d'utilisation de ces congés, et les possibilités et horaires d'accueil des enfants des groupes d'âge préscolaire et de l'enseignement primaire.

Ainsi est proposée une "approche horizontale de la qualité" fondée sur le triptyque "objectifs - instruments - indicateurs de qualité" qui a été adoptée lors du Conseil Européen de Laeken en décembre 2001.

²⁴⁷ Communication de la Commission du 20 juin 2001 intitulée "Politique sociale et emploi: un cadre pour investir dans la qualité" [COM (2001) 313 final].

On notera cependant que l'approche française de la qualité diffère quelque peu de l'approche de la Commission. Dans le cadre du plan national d'action pour l'emploi pour 2001 (p. 10), l'Etat français présente une définition de la qualité de l'emploi, qui a fait "l'objet d'un consensus assez large parmi les partenaires sociaux". Cette définition comprend, aux dires du Gouvernement français, les "concepts traditionnels liés à la qualité", à savoir :

- le contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée²⁴⁸
- la rémunération intégrant le salaire, l'épargne salariale, la participation et l'intéressement
- la formation continue comprenant la formation tout au long de la vie et la validation des acquis de l'expérience
- le dialogue social (la "qualité des relations sociales")
- les conditions de travail incluant la santé et la sécurité sur le lieu de travail et l'organisation du travail

Pour la France, la qualité de l'emploi constitue un enjeu économique et un enjeu de qualité de vie. Ainsi, elle considère qu'une bonne organisation du travail et du temps de travail permettra l'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale. Dans cette approche, il n'existe qu'une dimension, à savoir les caractéristiques intrinsèques de l'emploi. Si nous reprenons notre exemple précédent relatif à la conciliation entre vie professionnelle et vie extra-professionnelle, nous nous rendons compte que, dans la conception française, l'organisation du travail doit à elle seule améliorer la qualité de la vie. L'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et la vie familiale apparaît comme une simple résultante. Elle ne constitue pas à proprement parler une dimension de la qualité de l'emploi.

Un nouvel élan pour la construction du modèle social européen

Ce nouvel élan repose sur un enrichissement des lignes directrices pour l'emploi, sur l'établissement de liens plus étroits entre les différents volets de la politique sociale et sur la définition de procédures permettant de mieux associer les différents acteurs à la nouvelle stratégie.

Quatre priorités ont été retenues lors du Sommet de Lisbonne pour enrichir les lignes directrices pour l'emploi :

- l'amélioration de l'employabilité et la réduction du déficit de qualification par des programmes de formation pour les chômeurs et la mise en commun des données européennes sur les possibilités d'emploi et d'apprentissage détenues par les différents services publics de l'emploi ("vers un marché européen de l'emploi")
- le développement de l'éducation et de la formation tout au long de la vie comme "une action fondamentale pour assurer l'épanouissement de la citoyenneté, pour faire progresser la cohésion sociale et pour développer l'emploi" (précision contenue dans les conclusions du Conseil Européen de Feira de juin 2000)
- l'augmentation de l'emploi dans les services et plus particulièrement dans les services aux personnes (incluant les services aux personnes dépendantes)
- l'amélioration de l'égalité des chances, principalement par la réduction de la ségrégation professionnelle et par la promotion de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.

L'établissement de liens plus étroits entre les différents volets de la politique sociale engage plus particulièrement deux politiques : la modernisation de la protection sociale et la promotion de l'intégration sociale. Il est rappelé que la modernisation de la protection sociale doit passer par l'instauration d'un "Etat social actif", c'est-à-dire par l'adaptation des régimes de protection sociale de sorte qu'il soit financièrement intéressant de travailler ("mettre la protection sociale au service de l'emploi"). Le but de cette politique est de garantir la viabilité à long terme des régimes malgré le vieillissement de la population (problème des retraites, des coûts de santé et des coûts de dépendance) et de promouvoir l'égalité des sexes ("mettre l'emploi au service de la protection sociale"). A cet effet, un groupe de haut niveau sur la protection sociale a été mis en place pour favoriser la coopération entre les Etats membres et notamment sur le thème "des retraites à l'horizon 2020".

Il est également rappelé que la lutte contre l'exclusion sociale et pour l'élimination de la pauvreté doit se faire par l'intégration des exclus dans l'emploi ("mettre l'emploi au service de l'intégration sociale"). L'emploi est vu comme la meilleure protection contre l'exclusion sociale. A cet effet, un programme communautaire de lutte contre l'exclusion sociale fondé sur des actions prioritaires à destination de groupes cibles déterminés, tels que

²⁴⁸ La précarité n'est pas nécessairement attachée au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail à temps partiel à condition que ces contrats ne soient pas subis.

des groupes minoritaires, les enfants ("retour à l'emploi des parents isolés"), les personnes âgées et les personnes handicapées, est mis en place.

Enfin, pour mieux associer différents acteurs à la nouvelle stratégie, des procédures ont été élaborées visant plus particulièrement l'implication des partenaires sociaux et des entreprises.

Les partenaires sociaux sont conviés à jouer leur rôle d'acteurs dans la stratégie coordonnée pour l'emploi. Lors du Conseil Européen de Feira en juin 2000, il a été rappelé que leur rôle est essentiel dans trois domaines:

- l'augmentation du taux d'emploi (pilier I à IV) et surtout du taux d'emploi des femmes (pilier IV)
- l'éducation et la formation tout au long de la vie (pilier I)
- la modernisation de l'organisation du travail (pilier III).

Ils doivent intervenir tout au long de la stratégie coordonnée pour l'emploi, c'est-à-dire dans l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi des lignes directrices, qui relèvent de leur compétence. Pour cela, ils doivent être mieux associés aux travaux du Conseil Européen par des rencontres avec le Président de la Commission et le Président en exercice du Conseil Européen avant chaque Sommet Européen.

Un appel spécial a été lancé aux entreprises et "à leur responsabilité sociale" dans la stratégie coordonnée pour l'emploi. La décision de lancer un réseau d'entreprises pour un dialogue européen a été prise lors du Conseil Européen de Feira de juin 2000.

II – L'articulation travail/famille : une ligne stratégique

C'est le terrain sur lequel la commission avance²⁴⁹. Elle a contribué à en faire un enjeu de politiques publiques. Pour satisfaire l'objectif d'augmentation des taux d'emploi et notamment des taux d'emploi féminins, la question de la conciliation fait son chemin sur l'agenda politique. Les recommandations de la commission incitent les gouvernements à agir pour faciliter les ajustements entre travail et vie familiale, de sorte que les charges familiales ne soient pas un obstacle à l'activité professionnelle des femmes. L'activité professionnelle est vue comme le moyen d'accéder à une plus grande égalité des chances, et ce faisant à une plus grande autonomie des femmes. La directive congé parental va dans ce sens. D'une certaine manière la directive temps partiel également, dans la mesure où elle aligne les droits sociaux des travailleurs à temps partiel sur les droits des travailleurs à temps plein, et par conséquent fait en sorte que ne soient plus pénalisées les femmes qui optent pour cette façon d'articuler leurs contraintes professionnelles et familiales. Progressivement, les recommandations concernant la conciliation vont aussi dans le sens d'un plus grand partage des obligations familiales entre les parents. Les enjeux politiques de la conciliation se posent à deux niveaux : au niveau macro, celui du partage des responsabilités domestiques vis-à-vis des enfants et des personnes dépendantes entre l'Etat, la famille et le marché, et au niveau micro, au sein de la famille, entre les hommes et les femmes. Les options politiques sur cette question reflètent les principes de justice qui prévalent dans chaque pays et encadrent l'action publique.

La position communautaire sur la conciliation Famille/Travail

Bien que le sujet n'ait pas été abordé explicitement dans les dispositions créant la CEE et l'UE, les institutions européennes ont manifesté un intérêt croissant au fil des années pour les relations entre vie professionnelle et vie familiale. La rhétorique des documents officiels a évolué, passant d'affirmations générales à des prises de positions plus percutantes comme celles qui sont contenues dans le Livre blanc sur la politique sociale européenne, encourageant les gouvernements à agir pour promouvoir un partage plus égalitaire des responsabilités parentales, puis à la fin des années 90, à une reconnaissance globale de la nécessité d'intégrer

²⁴⁹ Le « droit à une vie familiale normale » est affirmé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La Charte communautaire des droits fondamentaux affirme à l'article 33, relatif à la vie familiale et à la vie professionnelle : « La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. Et au paragraphe 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 et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant . »

la dimension égalité entre les sexes dans l'ensemble des politiques adoptées par l'Union européenne, ce que les anglophones désignent par le terme de "*mainstreaming*".

Déjà en 1974, dans la résolution adoptée par le Conseil de l'Union européenne mettant en place un programme d'action sociale²⁵⁰, référence était faite à la nécessité de mesures permettant de concilier responsabilités familiales et aspirations professionnelles. Mais, cette annonce n'avait pas eu d'effet concret. La question est cependant revenue sur l'agenda européen à la fin des années 80 lorsque les affaires sociales ont pris une importance plus grande parmi les préoccupations de la Commission et que la question de la prise en charge des enfants et des personnes dépendantes a commencé à être évoquée. Dans la proposition sur les politiques familiales élaborée par la Commission en 1989²⁵¹, était mentionnée la nécessité de mettre en place des mesures pour aider les parents à concilier le travail professionnel et la vie familiale, en encourageant le partage des responsabilités familiales. Cette proposition reconnaissait l'importance de la contribution des femmes à l'économie, ainsi que l'importance de la vie familiale. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux mentionnait aussi la nécessité de ces mesures. La plupart des documents élaborés au début des années 90 contiennent ce type de recommandations et les intègrent aux grandes orientations européennes, notamment en ce qui concerne l'égalité des chances, et l'augmentation des taux d'emploi de la population. Progressivement, l'objectif d'intégrer davantage les femmes au marché du travail est devenu un axe prioritaire de la politique européenne²⁵².

L'Accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht ne faisait pas allusion à cette question. Mais, le Conseil a publié la même année une recommandation sur la convergence des objectifs et des politiques sociales (JOCE, L 245/49, 26 août 1992) qui consacre un chapitre bref à la famille formulant deux objectifs dont l'un consiste à lever les obstacles à l'exercice d'un métier par l'adoption de mesures d'aide aux parents pour concilier famille et travail. Aussi, lorsque le Traité de Maastricht est entré en vigueur, la garde des enfants était le seul domaine lié à l'emploi et à la famille dans lequel le Conseil avait adopté des propositions d'action.

La recommandation sur la garde des enfants visait à favoriser l'égalité des chances entre les femmes et les hommes et à les aider à accomplir leur double engagement de parents et de travailleurs. Elle prévoyait non seulement la mise en place de structures d'accueil, privées ou publiques, mais aussi des congés spécifiques. Elle abordait également l'environnement professionnel, l'organisation du travail, le partage des responsabilités familiales, professionnelles et pédagogiques. Le Réseau européen sur les services de garde d'enfants en place depuis 1986 avait été chargé de la mise en œuvre de cette recommandation. Ses attributions ont été élargies et en 1991 il est devenu le Réseau de la Commission européenne sur "les services de garde d'enfants et autres mesures permettant de concilier l'emploi avec les responsabilités familiales".

Le livre blanc sur la politique sociale de 1994

Le livre blanc sur la politique sociale dans l'Union européenne, publié en 1994, indiquait que la Commission était prête à aller plus loin dans la mise en œuvre des services de garde d'enfants. Elle en attendait un impact sur la création d'emplois par la relance d'activités de services, aux enfants et aux personnes dépendantes²⁵³. Le Livre blanc confirmait que la Commission entendait poursuivre son action dans ce domaine au nom de l'objectif d'égalité des chances entre les femmes et les hommes. La question des soins aux personnes âgées était alors associée à celle des enfants, du point de vue de la charge de travail et du temps à y consacrer. Ces objectifs ont été intégrés au programme d'action communautaire à moyen terme pour l'égalité des chances entre les femmes

²⁵⁰ *Journal officiel des Communautés européennes*, C13, 12 février 1974, p. 2.

²⁵¹ COM(89) 363.

²⁵² Le 21 mai 1991, le Conseil a adopté une résolution relative au troisième programme d'action communautaire à moyen terme pour l'égalité des chances entre femmes et hommes, invitant les Etats membres à "réduire les obstacles à l'accès et à la participation des femmes à l'emploi, en facilitant la conciliation entre les responsabilités familiales et professionnelles des femmes et des hommes" (JOCE, C142, 31 mai 1991, p.2). Quant aux partenaires sociaux, ils étaient invités à "poursuivre et intensifier le dialogue social portant sur la conciliation entre les responsabilités familiales et professionnelles et la protection de la dignité des femmes et des hommes sur leur lieu de travail" (ibid. p.3).

²⁵³ Linda Hantrais (ed) 2000 *Gendered Policies in Europe : reconciling Employment and Family Life*, London, MacMillan.

et les hommes (1996-2000). Toutefois, bien que la recommandation sur la garde des enfants contienne des références aux congés familiaux, la proposition de la commission concernant le congé parental est restée en suspens pendant plus de dix ans, jusqu'à son adoption en 1996 (directive 96/34/EC). Cette directive énonce un ensemble de conditions minima que doivent respecter les Etats membres, et notamment le fait que tous les salariés, hommes ou femmes, doivent avoir le droit à au moins trois mois de congé parental après la naissance ou l'adoption d'un enfant. Elle a conduit quatre Etats (Belgique, Irlande, Luxembourg, Royaume-Uni) à instaurer un droit légal au congé parental²⁵⁴. Dans d'autres pays, la directive a entraîné des modifications de la législation en vigueur. Mais dans la plupart des pays de l'UE, le congé parental était déjà instauré²⁵⁵ et selon des dispositions plus favorables que les clauses minima de la directive, en particulier en matière de rémunération²⁵⁶. La directive ne traduit pas une orientation radicalement nouvelle de la Commission, mais plutôt l'aboutissement d'une évolution amorcée depuis vingt ans. Elle représente également un enjeu, celui du projet politique porté par l'UE concernant la promotion de l'égalité entre les sexes, dont la conciliation famille-travail est une dimension. L'action de l'UE repose sur l'idée centrale selon laquelle l'égalité entre les sexes implique une présence plus grande des femmes sur le marché du travail, ainsi qu'une plus grande participation des hommes aux tâches familiales, y compris aux soins aux enfants et à leur éducation ; les gouvernements doivent donc prendre des mesures allant dans ce sens²⁵⁷. Toutefois, l'introduction du congé parental n'est pas seulement liée à l'objectif d'égalité entre les sexes, il répond aussi à d'autres considérations telles que la protection de la vie familiale, la situation du marché du travail, la baisse de la natalité et l'intérêt des enfants (quatrième rapport annuel sur l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'Union européenne, 2000).

Dans le traité d'Amsterdam adopté en 1997, la volonté de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes est nettement affirmée (art. 2, 3, 13, 137). Il s'agit de promouvoir l'égalité professionnelle, d'éliminer les inégalités sur le marché du travail et de lutter contre les discriminations. L'article 141 qui remplace l'article 119 du Traité de Rome, fait état du droit des Etats membres à prendre des décisions pour aider "le sexe sous représenté" à exercer une activité professionnelle, sans toutefois préconiser de mesures précises pour atteindre ce but. La même année, le Conseil européen réuni à Luxembourg, reconnaissait la contribution des femmes à l'emploi et la nécessité de veiller à ce qu'elles soient "employables", c'est à dire à ce qu'elles accèdent à l'éducation et à la formation dans de bonnes conditions qui les préparent à accéder au marché du travail. Il demandait en outre que l'application des directives et des accords entre partenaires sociaux soit accélérée et fasse l'objet d'un suivi. Il précisait le rôle déterminant que joue la mise en place de services de garde d'enfants et de mesures facilitant le retour à l'emploi.

La Directive du Conseil 97/81, qui met en application l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu entre les partenaires sociaux en décembre 1997, témoigne de l'attention portée aux conséquences de la flexibilité du travail sur la vie familiale. L'accord affirme la nécessité de protéger les personnes travaillant à temps partiel, non seulement au nom des principes d'égalité de traitement et d'égalité des chances pour les femmes et les hommes, mais aussi parce que les entreprises ont avantage à ce que l'articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale des salariés soit facilitée.

L'égalité des sexes dans la stratégie européenne pour l'emploi

²⁵⁴ La Belgique avait déjà un système d'interruption de carrière qui remplissait une fonction très similaire au congé parental, mais dépendait du bon vouloir des employeurs.

²⁵⁵ La Suède par exemple avait adopté le congé parental en 1974.

²⁵⁶ Deven Fred et Moss Peter (eds), 2000, *Parental Leave : Progress or Pitfall ?*, Bruxelles : NIDN/CBGS Publications.

²⁵⁷ La formulation la plus complète de ce point de vue se trouve dans la recommandation sur les services de garde d'enfants (92/24/CEE) adoptée par le Conseil des ministres le 31 mars 1992. Cette recommandation précise que le congé spécial pour les parents qui travaillent constitue un des quatre domaines où des initiatives doivent être prises par les gouvernements, les partenaires sociaux et les autres organismes concernés afin "de permettre aux femmes et aux hommes de concilier leurs responsabilités professionnelles, familiales, éducatives" (art. 1. Les trois autres domaines étant les services de garde d'enfants (art. 3), l'organisation du travail (art. 5) et le partage des responsabilités parentales (art. 6). Cette recommandation était destinée à fournir un cadre de réflexion sur les mesures politiques à prendre pour faciliter l'articulation de la vie familiale et professionnelle, et sur les acteurs à mobiliser pour élaborer et mettre en œuvre ces mesures.

Depuis le lancement à Luxembourg en novembre 1997 de la stratégie coordonnée pour l'emploi, l'égalité entre les femmes et les hommes a été intégrée dans la politique de l'emploi (voir supra). Les femmes sont considérées comme nécessaires au renforcement de la croissance de la population active. L'égalité des chances entre hommes et femmes est présente dans trois objectifs sur quatre du 4ème pilier de la stratégie coordonnée pour l'emploi. Il s'agit de lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, de faciliter la réintégration dans l'emploi des personnes qui ont interrompu leur activité professionnelle. Ensuite, la nécessité d'intégrer l'égalité à tous les piliers des lignes directrices a été reconnue et une nouvelle disposition a été introduite dans les lignes directrices de 1999²⁵⁸ qui atteste de l'engagement de l'Union en faveur de l'égalité des chances. Les conclusions du sommet d'Helsinki²⁵⁹ la mentionnent comme un domaine méritant une attention particulière dans la réforme du marché du travail.

En effet, partant du constat que tous les Etats membres n'ont pas complètement appliqué l'approche intégrée de l'égalité entre femmes et hommes conformément aux nouvelles orientations, la commission fait des recommandations dans son rapport et demande que de nouvelles actions soient engagées pour réduire les disparités entre hommes et femmes en matière d'emploi, de chômage et de rémunérations. Il s'agit de réduire la ségrégation professionnelle et les inégalités sur le marché de l'emploi et aussi d'améliorer l'accueil des enfants et des autres personnes à charge²⁶⁰. Le nombre de recommandations faites par la commission montre l'intérêt qu'elle porte à cette question en premier lieu pour des raisons économiques : les femmes représentent une réserve d'emploi, un potentiel qu'il convient de valoriser. Et en second lieu pour accroître l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, seuls cinq Etats membres ayant alors atteint ou dépassé le taux d'emploi fixé par la Commission : le Danemark, la Suède, le Royaume-Uni, la Finlande et les Pays-Bas. L'Autriche et le Portugal y sont, depuis, également parvenus : le taux d'emploi des femmes y atteignaient 60% en 1999, c'est-à-dire le taux fixé dans l'objectif de l'Union européenne. L'Allemagne et la France n'atteignent pas les objectifs fixés. Au cours des années 90, le taux d'emploi n'a augmenté qu'en raison de l'augmentation de l'activité professionnelle des femmes, et ce dans la plupart des pays de l'Union. Promouvoir l'emploi des femmes est bien un axe de la stratégie européenne pour l'emploi, que les plans nationaux pour l'emploi se doivent d'intégrer.

Les lignes directrices pour l'emploi qui servent aux Etats membres pour l'élaboration de leurs plans d'action nationaux annuels ont fixé des objectifs chiffrés pour 2001. Pour la première fois, un objectif précis d'accroissement global de l'emploi des femmes a été spécifié, conformément aux décisions du sommet de Lisbonne. De la même manière, il a été suggéré que les objectifs chiffrés concernant l'accroissement de la capacité d'accueil des jeunes enfants soient définis. Enfin, les lignes directrices de 2001 demandent aux Etats membres de mieux consulter les organismes de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes et d'évaluer l'impact sur l'égalité des mesures correspondant à chaque ligne directrice et de développer des indicateurs destinés à mesurer les progrès en matière d'égalité.

Les premiers bilans du pilier égalité des chances

Le bilan de l'évaluation de ce pilier égalité des chances dans le rapport de 1999 rappelle les grands axes de l'action communautaire dans ce domaine:

L'approche intégrée de l'égalité des chances ("mainstreaming")

Depuis 1999, cette approche est un trait nouveau des lignes directrices pour l'emploi. Il s'agit "de ne pas limiter les efforts de promotion de l'égalité à la mise en œuvre de mesures spécifiques en faveur des femmes mais de mobiliser explicitement en vue de l'égalité l'ensemble des actions et politiques générales" (COM (96) 67 final). L'effort des pays porte surtout sur la recherche de méthodes d'évaluation de l'impact de cette mesure.

- La "déségrégation" du marché du travail

Pour la plupart des Etats membres, la préoccupation principale est d'accroître les taux d'emploi des femmes et de réduire les écarts de chômage entre hommes et femmes. Mais la déségrégation est aussi un objectif stratégique, notamment dans les pays où la ségrégation est très forte comme au Danemark, en Suède, et en Finlande.

²⁵⁸ Ligne directrice 20: résolution du Conseil du 22 février 1999.

²⁵⁹ Conclusions de la présidence, Conseil européen de Helsinki, 10-11 déc. 1999.

²⁶⁰ COM (1999) 445, 8 septembre 1999.

- La réintégration dans la vie active

Pour atteindre ce but, tous les Etats membres ont déclaré dans leurs rapports à la commission avoir mis en œuvre des actions en faveur de la conciliation famille travail, de la formation et de l'incitation au travail.

- Concilier la vie professionnelle et la vie familiale

Des efforts ont été faits (ou sont prévus) par les pays où les systèmes de garde d'enfants sont peu développés : Allemagne, Grèce, Pays-bas, Irlande, Autriche, Portugal, Royaume-uni. Certains pays envisagent d'étendre le travail à temps partiel aux travailleurs ayant de jeunes enfants, en Suède (où ce droit existe déjà), en Allemagne et aux Pays-bas. La Suède envisage de baisser les coûts de la garde des enfants, et le Royaume-Uni de prendre en considération la question des enfants d'âge préscolaire.

- Corriger les effets dissuasifs de la Sécurité sociale et de la fiscalité sur l'emploi

Tels sont les axes sur lesquels le pilier égalité des sexes a été évalué. Les lignes directrices pour l'emploi en 2000 apportent peu de changement par rapport aux objectifs fixés en 1999.

L'évaluation des plans nationaux pour l'année 2000 (réalisée par le groupe d'experts sur le thème « genre et emploi » coordonné par Jill Rubery) enregistre les progrès qui ont été accomplis mais de manière inégale selon les Etats membres. L'intégration de la notion de genre dans tous les plans d'action nationaux y est considérée comme l'aspect le plus novateur de la stratégie coordonnée pour l'emploi. Dans certains Etats membres, les lignes directrices ont permis d'introduire pour la première fois les questions de genre dans la politique de l'emploi. Dans d'autres où le processus existait déjà, les lignes directrices l'ont soutenu. Dans d'autres encore, les lignes directrices ont eu peu d'impact. Cependant en dépit d'une appréciation globale positive, des problèmes communs persistent dans la majorité des Etats membres :

le « plafond de verre » qui limite les perspectives de carrière des femmes par rapport aux hommes et les empêche d'atteindre des niveaux égaux de hiérarchie, de responsabilité et de rémunération est toujours présent ;

le fait d'avoir des enfants accroît l'écart entre les femmes et les hommes. Il augmente le taux d'emploi des pères et réduit celui des mères, surtout dans les pays de l'Europe du sud et en Irlande ;

les femmes occupent toujours une place prépondérante dans les emplois à temps partiel. En 1999, 47 % des nouveaux emplois occupés par les femmes correspondent à des postes à temps partiel. Le pourcentage des emplois à temps partiel chez les femmes varie de 10 % en Grèce à 69 % aux Pays-Bas ;

les femmes restent concentrées dans quelques secteurs d'activité, et en particulier dans le secteur des services, santé, services sociaux, éducation, vente de détail, administration publique et hôtellerie-restauration ;

l'écart salarial entre les femmes et les hommes persiste. Dans l'ensemble de l'UE, les femmes perçoivent en moyenne 83 % du salaire horaire des hommes. L'écart est plus prononcé dans le secteur privé que dans le secteur public (respectivement 76 contre 89 %). L'écart est plus prononcé en Allemagne, en Irlande, en Autriche et au Royaume-Uni, pays dans lesquels en 1996, le revenu horaire moyen net des femmes était inférieur ou égal à 80 % de celui des hommes. La différence est également marquée dans le secteur privé en Italie et au Portugal.

Ceci étant, les rapports ont conforté la Commission dans l'idée que les politiques qui visent à aider les femmes à maintenir leur activité professionnelle sont la clé de l'accroissement des taux d'emploi. L'évolution récente de l'action communautaire confirme l'importance accordée à l'emploi comme "solution universelle" et comme référentiel stable de l'action communautaire. L'égalité entre femmes et hommes en est une composante essentielle, intégrée aux autres axes considérés comme prioritaires : la réduction des politiques de retraites anticipées au nom de la nécessité d'accroître l'emploi, la révision des systèmes de protection sociale et des systèmes fiscaux de manière à les rendre plus incitatifs vis à vis de l'emploi, et enfin l'encouragement de l'esprit d'entreprise. Dans ce contexte où l'emploi prend une place de plus en plus importante dans la stratégie européenne, les questions relatives à l'égalité entre femmes et hommes, et notamment les questions relatives à l'accueil des jeunes enfants, à la conciliation entre travail et vie familiale, et au partage du travail se trouvent intégrées au débat général sur les politiques à mener pour créer des conditions plus favorables à l'emploi et en particulier à l'emploi des femmes.

Conclusion

Les nouvelles voies empruntées par les instances communautaires sous la forme de la stratégie coordonnée pour l'emploi sont censées intégrer à la fois l'égalité entre les hommes et les femmes et la recherche de l'individualisation des droits. Si la volonté politique tant des Etats membres que de l'Union européenne se

manifeste durablement dans cette perspective, il est possible d'en attendre non seulement une remontée des taux d'activité mais aussi une transformation de la protection sociale dans le sens d'une plus grande individualisation et l'apparition d'un nouvel équilibre dans la prise en charge tant des enfants que des adultes dépendants.

Il reste que cette orientation demeure fragile pour deux raisons complémentaires.

La première tient au fait que le dispositif mis en place par le Traité d'Amsterdam en matière d'emploi ne consacre aucun abandon de compétence de la part des Etats membres. Il s'agit de l'affirmation politique selon laquelle la question de l'emploi est une question « d'intérêt commun », qui justifie une coordination obligatoire organisée sur un cycle annuel.

Le principe de subsidiarité n'implique pas toutefois une conception formaliste et rigide car le rôle de l'Union est d'assurer une coordination importante entre les Etats membres. Ce principe implique d'autre part de penser le rôle de l'Union comme un adjuvant par rapport aux mécanismes de coordination des acteurs quand ils sont déficients. « Chacun fait ce qu'il peut et l'Etat supplée en dernier ressort »²⁶¹, comme l'écrivent R. Salais et M. Storper. « Une conception non formaliste du principe de subsidiarité nous tient à distance d'une double confusion sémantique dont ce principe est souvent le réceptacle. D'une part, le principe de subsidiarité sert de barrière à toute action volontariste de la Commission au nom des « domaines réservés » aux Etats nationaux (...) La seconde confusion est celle qui amène à confondre subsidiarité et désengagement (...) Le principe de subsidiarité s'avère ainsi un paravent de la reformalisation « néo-libérale des rapports sociaux »²⁶².

La convergence européenne se manifeste ainsi au moyen notamment du Pacte de stabilité qui engage les Etats membres. Si en théorie Bruxelles n'a pas à intervenir par exemple, dans les retraites, l'intervention existe néanmoins au nom de la stabilité de l'euro.

La seconde raison de la fragilité de l'orientation communautaire tient au fait qu'aucun instrument juridique nouveau ne vient conforter cette stratégie. Comme le note Philippe Martin, même la référence au droit au travail « ne figure pas au titre des principes gouvernant les politiques et actions communautaires ». Simple « source d'inspiration résultant de la référence à la Charte sociale européenne de Turin d'octobre 1961 elle ne crée aucun devoir de nature constitutionnelle de la Communauté envers les citoyens européens²⁶³ ». Quant à la Charte des droits fondamentaux de Décembre 2000, elle reconnaît à toute personne le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée mais ne reconnaît pas de droit à l'emploi²⁶⁴. Le succès de la voie empruntée repose donc en l'état quasi exclusivement sur la dynamique politique et économique de l'Union européenne. Il faut espérer qu'il n'y ait pas de baisse durable de l'activité économique.

²⁶¹ Robert Salais et M. Storper *Les modes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, Paris 1993 Ed. de l'Ecole des Hautes Etudes en sciences sociales.

²⁶² Jean De Munck, Jacques Lenoble, Michel Molitor, *Pour une procéduralisation de la politique sociale*, Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, Transnational association, 4/1996, p.139

²⁶³ Philippe Martin, « Le Traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? », *Revue trimestrielle de Droit européen*, 36 (1) janvier-mars 2000

²⁶⁴ Voir cependant Antoine Jeammaud, Martine Le Friant « L'incertain droit à l'emploi », *Marché du travail, Genre et Sociétés*, décembre 1999.

CHAPITRE 5 : LA SITUATION DE LA FRANCE : ENTRE FAMILIALISME ET EGALITE, ENTRE GENERALISATION ET UNIVERSALITE

Le système français de sécurité sociale est un système contributif. C'est aussi un système « familialisé » construit sur un même modèle, qu'il s'agisse du régime général de sécurité sociale mis en place en 1945 ou des régimes spéciaux et spécialement du régime de retraite des fonctionnaires lequel remonte à 1853.

L'article L.111-1 du Code de sécurité sociale, après avoir affirmé à l'alinéa 1 que « l'organisation de la sécurité sociale repose sur la solidarité nationale » dispose à l'alinéa 2 : « Elle garantit **les travailleurs et leur famille** contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité et **les charges de famille** ». Les alinéas suivants précisent : « Elle assure, pour tout autre personne et **pour les membres de sa famille** résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie et de maternité et de paternité ainsi que **des charges de famille** ». Enfin « Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s) ».

Ce modèle a certes connu des évolutions. Comme l'a bien montré Pierre Strobel²⁶⁵, Madame peut être aussi « gagnepain » à la place de Monsieur, « Saint-Joseph » peut prendre le relais et s'agissant du droit à la santé, le mariage n'est pas la solution imposée. Le système français de sécurité sociale est un modèle familialisé qui à la veille de l'adoption de la loi portant couverture maladie universelle²⁶⁶, avait atteint « les limites de ce projet néo-familialiste de la politique sociale française ».

En matière de retraite, le système est tout autant familialisé, sinon plus, et la question du remariage reste ici problématique au regard de la pension de survivant et conduit à se poser la question de la fonction des pensions de réversion.²⁶⁷

Si le système français est familialisé comme nombre de systèmes européens, il présente une originalité. Cette originalité se manifeste le plus nettement en matière de politique familiale. Elle ne tient pas seulement à des raisons historiques mais bien à ce que nos partenaires européens considèrent comme le maintien d'un courant « familialiste » au sein de la société française.²⁶⁸

La prégnance de cette familialisation du droit de la protection sociale présente donc de nombreuses facettes. Et si la situation est largement connue, elle semble aller de soi. Pourtant, il convient d'analyser comment se justifie, encore en France, la situation faite aux femmes dans le droit de la famille et dans celui de la protection sociale. Quelles conséquences cette vision a-t-elle sur la situation des femmes sur le marché du travail ?

Les régimes de sécurité sociale traduisent, en effet, cette vision différenciée des rôles des hommes et des femmes dans la famille et dans le travail, sans qu'une réflexion ne soit véritablement engagée pour corriger cette situation²⁶⁹. Comme l'ont fait observer Bruno Palier et Christine Daniel²⁷⁰ les difficultés rencontrées pour

²⁶⁵ « Les mésaventures de Monsieur Gagnepain », préc., in Hervé Le Bras et Elisabeth Zucker-Rovillois, *Démographie et Politique*, Ed. Universitaires de Dijon 1996, p.175 et s. spéc.p.183 et 184 note 27

²⁶⁶ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle J.O. 28 juillet p. 11229 et s.

²⁶⁷ Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la Sécurité sociale*, Précis Dalloz 13 ed.(par Rolande Ruellan)1998, p. 486.

²⁶⁸ Jacques Commaille *Les Stratégies des femmes*, Ed. La Découverte 1992, p.132 notes 50 et 51.

²⁶⁹ Ainsi, la directive de 1978 relative à la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale demandait aux Etats membres de procéder périodiquement à un examen des matières exclues en vertu du §1 de l'article 7, afin de vérifier, compte tenu de l'évolution sociale en la matière, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. Ils devaient, également, communiquer à la Commission le texte des dispositions législatives, réglementaires et administratives qu'ils adoptaient en application de l'exigence précédente. Enfin, ils devaient informer la Commission des raisons qui justifiaient le maintien éventuel des dispositions existantes dans les matières visées à l'article 7 §1 et des possibilités de leur révision ultérieure. Tel n'a pas été le cas. Pourtant la directive adoptée par les mêmes Etats, consciente des difficultés, admettait la progressivité de la mise en œuvre, ce qui se justifiait pleinement dans la mesure où en la matière et en raison du coût des réformes les délais peuvent être importants. Mais encore faut-il avoir une vision claire des évolutions à opérer.

La réforme intervenue en 1993 s'agissant du régime général de sécurité sociale se traduisant par une augmentation du nombre d'années de cotisations (de 37,5 à 40 ans) et par le calcul de la pension non plus sur les dix meilleures années mais sur les 25

réformer les systèmes tiennent surtout aux configurations institutionnelles et politiques spécifiques associées aux systèmes. Des phénomènes de dépendance institutionnelle contraignent les systèmes de protection sociale à rester dans la voie tracée par l'histoire et induisent de fortes résistances au changement²⁷¹. Ainsi des questions de structures et de problèmes de gestion sont apparus prioritaires, ainsi que l'équilibre financier du système.

Pourtant la mise en cause des bases de ce système devait bien finir par se poser dès lors qu'était affirmé le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes par le droit communautaire. Par exemple le régime spécial de retraite de fonctionnaires date pour partie de 1853, à une époque où le modèle familial n'était pas égalitaire et où les femmes mariées ne pouvaient exercer une profession sans l'autorisation de leur mari. Ce statut des femmes mariées, à quelques nuances près, s'appliquait encore en 1946, lors de la mise en place du plan français de sécurité sociale destiné à couvrir l'ensemble de la population. Des évolutions ont déjà été faites et d'autres sont devenues nécessaires dans les régimes professionnels de sécurité sociale. En effet, après les arrêts Griesmar²⁷² et Mouflin²⁷³ précités, rendus en 2001 par la cour de Justice des Communautés européennes un certain nombre de dispositions du régime de retraite des fonctionnaires se trouvent remises en cause, avec un risque toujours possible d'un nivellement par le bas²⁷⁴. Auparavant, les régimes de retraites complémentaires de l'Agirc et de l'Arrco ont à la suite de l'arrêt de la Cour de justice Barber²⁷⁵, modifié les dispositions relatives aux pensions de survivant dans le sens de l'égalité²⁷⁶.

Un lien très fort subsiste encore entre situation matrimoniale et sécurité sociale. Pourquoi les Etats membres et notamment la France n'ont-ils pas cherché à repenser les régimes de sécurité sociale en prenant davantage en considération les droits fondamentaux de la personne et notamment le principe d'égalité ?

Après avoir analysé les fondements de la situation française, il s'agira de caractériser une évolution de deux siècles tant du point de vue des rapports entre statut civil et sécurité sociale que du point de vue de la politique familiale si particulière à la France.

La mise en perspective historique est nécessaire pour pouvoir procéder à une analyse critique du familialisme. Elle doit nous permettre de comprendre les effets des convergences entre les différents domaines où opère encore la familialisation des droits. Le droit de la famille lui-même doit être replacé dans cette perspective historique afin de discerner les forces encore à l'œuvre actuellement. Droit de la famille d'une part mais aussi droit du travail, d'autre part, lequel est à relier au droit de la protection sociale.

Il ne s'agit pas de nier le rôle joué par les droits dérivés lesquels ont permis l'extension de la protection sociale même si cette protection accrue s'est faite sur une base de dépendance. Il ne s'agit pas en effet d'oublier que la protection sociale a été construite sur une vision différenciée des rôles et sur la subordination de l'épouse qui

meilleures années n'a pas soulevé de questions, alors que parmi ces 25 meilleures années il y a évidemment plus de mauvaises années pour les femmes que pour les hommes...

²⁷⁰ Bruno Palier et Christine Daniel *La protection sociale en Europe, le temps des réformes*, La documentation française, DRESS/MIRE 2001.

²⁷¹ Cf. mouvements sociaux de novembre /décembre 1995 sous le gouvernement Juppé à propos notamment du projet de réforme du régime des fonctionnaires.

²⁷² CJCE 29 novembre 2001 Aff.C-366/99 Joseph Griesmar / Ministre de l'Economie cf p. 195

²⁷³ CJCE 13 décembre 2001 Aff.C-206/00 Henri Mouflin / Recteur de l'Académie de Reims cf.p.195 et s.

²⁷⁴ cf. commentaires de l'arrêt Griesmar p.195.

²⁷⁵ CJCE 17 mai 1990, Aff- C-262/88 D.H. Barber, Rec.90, p.I-889.

²⁷⁶ Dans le régime ARRCO de retraite complémentaire l'âge requis pour liquider une pension de réversion est depuis le 1^{er} juillet 1996, de 55 ans. Dans le régime AGIRC, cet âge est de 60 ans. Mais les veufs dont les conjointes étaient décédées avant ces dates étaient lésés puisque l'âge auquel ils pouvaient percevoir une pension de survivant était plus élevé que celui des veuves. Un rappel de droits est aujourd'hui possible en application de l'ordonnance du 22 février 2001 qui a transposé la directive 96/97 du 20 décembre 1996 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (laquelle a modifié la directive 86/378). Ce rappel de droits peut remonter jusqu'au 17 mai 1990, date de l'arrêt Barber.

aujourd'hui encore bénéficie de certaines garanties « familialisées » mais qui est privée de droits propres dans certaines situations matrimoniales.²⁷⁷

Depuis 1944, les femmes sont citoyennes, mais le familialisme est demeuré à la base du système français de sécurité sociale. La logique égalitaire a cependant inscrit progressivement dans le droit de la famille puis dans le droit du travail les évolutions nécessaires. Il reste à parachever ces évolutions avec toutes les ressources que fournit le principe d'égalité entendu comme l'égalité de chances et de traitement. Il s'agit de droits fondamentaux que l'Etat doit promouvoir et garantir comme l'invite à le faire le préambule de la Constitution de 1946 quand il affirme que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

I - Le familialisme à la française

Ce familialisme dont on peut situer l'origine en France dans le discours des hygiénistes²⁷⁸ au XVIIIe et XIXe siècles a bien sûr évolué dans certaines de ses manifestations. Rémi Lenoir²⁷⁹ parle en 1985 « de l'effondrement des bases sociales du familialisme », de « ses transformations et de ses reconversions morales »²⁸⁰. Si l'on peut parler d'effondrement des bases sociales, de ses transformations, il reste des traces très fortes de ce familialisme en matière de protection sociale.²⁸¹

Les fondements philosophiques du familialisme

Geneviève Fraisse²⁸² nous invite à relire Rousseau et à mettre l'accent sur la séparation entre le gouvernement domestique et le pouvoir politique.

Le contrat social de Rousseau annonce, selon Geneviève Fraisse « un bouleversement fondamental : l'affirmation d'une dissociation entre domestique et politique, entre la famille et la cité ».

Mais plus que de séparation, il convient, en effet, dans le « Contrat social » de casser l'analogie entre les deux structures, de rendre les représentations de la cité et de la famille hétérogènes. En un mot, le père cesse d'être la référence commune de la famille et du pouvoir politique, et dès lors le patriarcat est en voie de disparition.

Mais les choses ne sont pas aussi claires dès le départ et malgré l'affirmation des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'homme et la femme forment une union dans une logique étrangère à la logique des droits de l'Homme. Le modèle démocratique qui fera son chemin ne concernera pas la famille. Les avancées seront d'un autre ordre, liées à l'exercice par les femmes **d'une profession séparée de celle du mari**, c'est-à-dire plus précisément le salariat.

Un siècle plus tard, après 1870, le renouvellement de la réflexion avec Durkheim retiendra comme analyse dominante de la famille, l'idée d'institution. Ainsi, l'homme et la femme « font société » et cette société n'est pas en dehors de l'Etat. La famille devient, dans l'analyse, une institution parmi d'autres. Il n'y a plus de frontière sûre entre lien sexuel et lien social, entre famille et société. Et Tocqueville avait déjà pressenti la prégnance future du modèle démocratique sur la cellule affective, couple et famille.

En l'espace de deux siècles le mouvement d'analogie entre la famille et l'Etat s'est inversé. Jusqu'à Rousseau, la famille est le modèle de pouvoir à partir duquel on pense le pouvoir politique. Puis c'est ensuite l'image du gouvernement démocratique qui vient contaminer le microcosme domestique. Le Code Civil de 1804²⁸³ s'inscrit

²⁷⁷ Cass. Civ. 24 juin 1998, *Dalloz* 98 I-393, note Yves Saint-jours.

²⁷⁸ Cf. Isaac Joseph, Philippe Fritsch (dir), « Disciplines à domiciles : L'édification de la famille, *Revue Recherches* n°28, novembre 1977 ; G.Duby et M. Perrot (dir), *Histoire des femmes*, t. III XVI^e –XVIII^e.s ; Evelyne Berriot-Salvadore, « Le discours de la médecine et de la science » p.359 spéc.p.394, Ed. Plon ; Cf également Jacques Donzelot *La police des familles*, Ed. De minuit 1977.

²⁷⁹ *Actes de la recherche en sciences sociales* n°57/58 juin 1985 p.69-88.

²⁸⁰ *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°59, septembre 1985, p.3-45

²⁸¹ Cf. *supra* sur la question du « Care » dans une perspective féministe libérale et différentialiste.

²⁸² Geneviève Fraisse, *Les deux gouvernements : la famille et la cité*, Ed.Gallimard 2000, coll. Folio Essais.

²⁸³ Sur l'élaboration des dispositions du Code civil de 1804, cf. *Naissance du Code Civil, la raison du législateur*, Flammarion 1989.

dans ce contexte philosophique qui encore à cette époque fait de la famille un groupement, une union spécifique imperméable aux influences démocratiques.

Deux mots caractérisent ce modèle, pouvoir et patrimoine. Le pouvoir est évidemment celui de l'homme, du mari, du père dans la famille. Mais le Code Civil est aussi un Code de propriétaires et les préoccupations de gestion et de transmission du patrimoine sont ici déterminantes. Dès lors, il convenait que la femme par son activité ne vienne pas perturber la gestion et la transmission dudit patrimoine. Il est donc question de refus de liberté pour les femmes et d'enfermement dans une vision essentialiste et biologique. Son rôle se limite à la reproduction, les enfants étant les destinataires du patrimoine. Ainsi, il faudra attendre la loi du 3 décembre 2001²⁸⁴ pour que l'épouse reçoive une part de la succession, en pleine propriété.

Certes le modèle initial ne s'appliquait pas à toutes les familles puisque la famille ouvrière avait fait « se retourner le code civil »²⁸⁵ et de toute façon n'avait pas de patrimoine à transmettre. Mais c'est surtout l'exercice par les femmes d'une profession séparée de celle du mari qui va heurter le dispositif légal.

Le Code civil n'ayant rien prévu de ce point de vue et un certain nombre de femmes ayant de tout temps été « marchande publique » selon l'expression de l'époque, ce sont les dispositions du Code de commerce qui serviront de point de départ à une nouvelle construction et à un dépassement progressif de la construction d'origine.

Ce dépassement du modèle d'origine dans lequel la femme mariée n'était **ni citoyenne ni travailleuse** se fera lentement. Cette vision institutionnelle de la famille solidement ancrée dans notre droit va imprégner le statut civil de la femme mariée et organiser sa sécurité dans le cadre familial. La sécurité sociale s'appuiera sur ce modèle de famille, de façon explicite au départ puis de façon implicite quand s'affirmera la logique d'égalité.

Le droit de la famille aux sources du familialisme (1804-1965)

L'égalité civile des deux sexes et la liberté étaient des principes fondamentaux issus de la Révolution de 1789 mais ces deux principes ne concernaient pas les rapports entre époux²⁸⁶. L'ordre privé échappait à l'organisation nouvelle de la vie sociale, à laquelle ne pouvaient participer que les citoyens libres et égaux, c'est-à-dire les hommes. Et encore, pas tous²⁸⁷ : tous les hommes deviendront citoyens en 1848, les femmes, un siècle plus tard en 1944.

Pourtant, « travailleuses », les femmes l'ont toujours été, même si l'on a beaucoup discuté de la légitimité du travail salarié pour les femmes. Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, était posée la question de cette légitimité du travail pour les femmes adultes. La question essentielle portait sur l'opportunité, la normalité et même la légalité du travail salarié des femmes. La féminité était-elle compatible avec une activité salariée ? La femme pouvait-elle travailler pour de l'argent ? Quelle influence enfin ce travail salarié avait-il sur le corps de la femme et sur sa capacité à remplir son rôle de mère de famille²⁸⁸ ?

Les manifestations du familialisme doivent donc s'analyser non seulement dans le droit de la famille mais également en matière de droit du travail. Il convient de montrer comment il a pesé en ce domaine et comment la « logique de protection » mise en place au XIX^e siècle est encore prégnante²⁸⁹.

Cependant dans ce domaine, le droit communautaire a conduit à des évolutions opérées par les lois de 1983 tant dans le secteur privé²⁹⁰ que dans les fonctions publiques²⁹¹. La « logique d'égalité » depuis 1983 prend plus nettement la place d'une « logique de protection ».

²⁸⁴ Cette loi entre en vigueur le 1er juillet 2002.

²⁸⁵ Selon l'argot des Sublimes, cf. Denis Poulot *infra* note 302.

²⁸⁶ Or en dehors du mariage, point de salut pour les femmes...

²⁸⁷ Sur cette question, voir Pierre Rosanvallon *Le sacre du citoyen* Paris, Gallimard 1992 p.80 ; Dominique Schnapper *La démocratie providentielle, Essai sur l'égalité contemporaine* Paris, Gallimard 2002 p.86 et s.

²⁸⁸ M T Lanquetin « L'égalité professionnelle, Le droit à l'épreuve des faits » in M.Marvani (dir), *Les nouvelles formes de l'inégalité*, Ed La Découverte, Mage, 1998

²⁸⁹ Il faut faire référence ici à la question si controversée du travail de nuit dont l'interdiction pour les femmes dans l'industrie a été levée par la loi du 9 avril 2001 après plus d'un siècle d'application.

²⁹⁰ loi n°83-635 du 13 juillet 1983 codifiée aux articles L.123-1 et s. du Code du travail

²⁹¹ loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

Les dispositions du Code civil de 1804 jusqu'aux réformes récentes, sont essentiellement commandées par la gestion et la transmission du patrimoine, ce dernier étant à l'origine composé de terres, d'immeubles (industriels et d'habitation) et enfin de biens mobiliers, éléments constitutifs du patrimoine de la paysannerie et de la bourgeoisie urbaine. Elles correspondaient pour une large part aux opinions et aux comportements de ces catégories sociales pour lesquelles le fondement de la famille est le patrimoine.

Les mesures relatives aux rapports entre époux sont demeurées les mêmes jusqu'à une période très récente. Qu'il s'agisse de la puissance maritale ou de la notion de chef de famille, et de la gestion de la communauté.

Comme le fait remarquer Rémi Lenoir²⁹², c'est la filiation légitime qui était dotée de la plénitude des effets juridiques ; « cette législation , à proprement parler « familiale » correspond à un mode particulier de reproduction de la structure sociale, qui tend à faire de la 'famille' et de son fondement, le patrimoine, au sens notarial du terme, l'instrument quasi exclusif de sa perpétuation »

La période d'incapacité de la femme mariée et les manifestations de la puissance maritale.

Dans le Code civil de 1804 les rapports personnels entre époux étaient fortement hiérarchisés. La famille était une union de personnes soumises à l'autorité d'un chef car la nécessité d'une unité de direction était constamment réaffirmée. Le mari était donc investi de la puissance paternelle mais aussi de la puissance maritale, ce qui résultait implicitement du Code civil. Cette puissance nommée à l'article 1388 du Code civil²⁹³ était d'ordre public. Héritée de l'Ancien Droit, maintenue dans le Code, elle entraînait la dépendance personnelle de la femme mariée. Ce n'était pas une formule de principe mais une réelle sujétion rendue d'autant plus rigoureuse que la femme était « incapable » au même titre que les mineurs et les personnes sous tutelle.

Cette situation est demeurée pratiquement inchangée pendant tout le XIX^{ème} siècle et la doctrine juridique veillait à la fidélité aux principes du Code.

En réalité le fondement de la puissance maritale était ambivalent. Cette institution était héritée de l'Ancien droit²⁹⁴. Elle en avait gardé la double conception qui venait des anciennes coutumes et du droit romain réintroduit en France aux XV^e et XVI^e siècles. Elle était un instrument d'autorité entre les mains du mari, corrélatif du régime matrimonial de la communauté car permettant d'assurer la communion d'intérêts entre les époux. Elle était également un secours au profit de la femme, une mesure de protection nécessaire à son sexe dont on invoquait l'imprudence, la fragilité « l'imbécillité »²⁹⁵.

L'exercice de l'activité professionnelle par la femme mariée

Véritable tutelle destinée à protéger la femme contre elle-même, l'autorisation du mari pour travailler devait être « spéciale » et impliquait son concours. À défaut, l'acte était nul.

Ces dispositions ont été fortement critiquées. Les critiques venaient d'horizons divers. L'Académie des sciences morales et politiques à différentes reprises s'est préoccupée de « l'émancipation de la femme ». Par trois fois au cours du XIX^{ème} siècle elle a pris l'initiative de concours « destinés à provoquer sur le sujet des travaux scientifiques ». Après les travaux de Laboulaye en 1843 paraissait en 1867 l'ouvrage de Paul Gide consacré à « l'Etude sur la condition privée de la femme » où l'auteur analysait la situation de la femme mariée depuis le

²⁹² « L'effondrement des bases sociales du familialisme », *Actes de la Recherche en sciences sociales* n°57/58 juin 1985 p.69 spéc. p.75

²⁹³ Cette disposition interdisait de déroger par contrat de mariage « aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ».

²⁹⁴ que le Code civil a entendu maintenir abandonnant ainsi les principes révolutionnaires. : Cf. M.Garaud et R.Szramkiewicz, *La révolution française et la famille* », PUF 1978.

²⁹⁵ Sur ce point cf. A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, LGDJ 1973 : « Une telle réglementation devait modeler le caractère des femmes de la façon qu'on sait : écartée de la vie publique (et qui ne connaît donc rien, par principe, à la 'politique', aspirant à la vie bourgeoise qui incarne la tranquillité... ; exacerbation de la coquetterie, derrière le masque de laquelle se retranchent les filles dont le mariage constituera une assurance sur la vie... Un sursaut de responsabilité ne peut mener qu'à la révolte ; la soumission à l'acceptation du statut de femme objet ».

Code civil mais aussi dans l'ancien Droit et dans le droit romain ainsi que dans différents pays héritiers de ces traditions juridiques. En 1899, ce furent les travaux de Charles Morizot-Thibault qui furent couronnés, travaux consacrés à l'autorité maritale. Si la puissance maritale paraissait nécessaire, l'incapacité de la femme mariée appelait des réformes.

Les mouvements féministes de la fin du XIXe siècle demandaient la suppression de toute subordination²⁹⁶.

Les juges appelés à régler les conflits en la matière n'hésitaient pas à constater des abus de droit de la part des maris là où certains auteurs estimaient que l'intrusion du juge ne se concevait pas car l'appréciation du devoir moral leur échappait, le mari étant le gardien de l'honneur de la famille et de la dignité conjugale. Il ne pouvait y avoir d'autorité digne de ce nom que si elle s'exerçait sans contrôle.

La nécessité d'une autorisation maritale pour que la femme mariée puisse exercer une profession séparée de celle de son mari ne figurait pas de façon formelle dans le Code civil de 1804 qui n'avait pas envisagé ce type de situation. Elle se déduisait de l'article 4 du Code de commerce selon lequel « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari » Et cette règle par identité de motifs avait été étendue par la doctrine et la jurisprudence à l'exercice de toute profession, car cet exercice entraînait des conséquences morales et patrimoniales les plus graves pour la famille dont le mari était juge au premier chef. En effet, la femme en exerçant une profession séparée était alors soustraite, dans une mesure plus ou moins large mais réelle, à son rôle « naturel » de gardienne du foyer et d'éducatrice des enfants. Elle acquérait de l'indépendance ce qui pouvait nuire à l'autorité du mari et, surtout si elle était mariée sous le régime légal, elle engageait non seulement ses biens propres mais le patrimoine commun (donc les biens propres du mari). Si elle était commerçante, faillite et banqueroute risquaient de porter atteinte à l'honorabilité de la famille (car alors ces condamnations étaient privatives de citoyenneté).

Bien plus, le mari administrait seul la communauté. Cette administration ne pouvait résulter d'une collaboration entre époux mais d'un pouvoir exclusif accordé dans l'intérêt commun au mari.

L'attachement du législateur au régime juridique de la communauté était pourtant difficilement conciliable avec l'exercice d'une profession séparée. Les femmes ne pouvaient percevoir leurs gains et salaires, lesquels étaient des biens communs gérés par le mari.

La concentration des pouvoirs entre les mains du mari dans le cadre du régime légal aboutissait à des difficultés pratiques. Dans une société où la répartition des rôles entre les hommes et les femmes étaient très tranchée, où l'on s'accordait généralement à reconnaître dans la mission domestique le rôle naturel et primordial de l'épouse, le Code civil ne l'avait tout simplement pas prévu.

La jurisprudence et la doctrine empruntèrent alors une théorie élaborée déjà par les anciens Parlements : la théorie du mandat tacite ou du mandat domestique pour justifier les actes ménagers de la femme.

Le législateur allait y recourir également. Les conditions de vie particulièrement difficiles faites à la famille ouvrière au XIXe siècle du fait de l'urbanisation et de l'industrialisation, l'insécurité liée à la faiblesse des salaires tout juste suffisants pour reconstituer la force de travail²⁹⁷, les conflits sociaux résultants de cette situation incitèrent le législateur à intervenir. Les lois sur la prévoyance et l'épargne devaient permettre de faire face à la maladie, au chômage, à la vieillesse ou à la mort, mais aussi à assurer la paix sociale. Le problème de la capacité de la femme mariée à faire des dépôts dans les caisses de retraite ou d'épargne est posé à cette occasion.

Les missions domestiques de la femme : la théorie du mandat tacite

« La femme est intendante du mari, et intendante en principe irresponsable ». Le recours au mandat tacite permettait de justifier la liberté apparente de la femme, de présumer que le mari donnait tacitement mandat à son épouse pour conclure en son nom les contrats permettant d'assurer la subsistance et l'entretien du ménage. Cette présomption ne tombait qu'en cas de preuve contraire résultant d'une manifestation de volonté du mari. Ce procédé, cette fiction permettait de lever les obstacles légaux que le Code opposait à la mission ménagère de l'épouse. Empruntée à l'Ancien Droit, cette théorie était critiquée car elle masquait la réalité. De plus la

²⁹⁶ Cf Congrès de la condition et des droits des femmes de 1900, cité par Tissier, *Rapport de la Société d'Etudes législatives sur le libre salaire de la femme mariée*, *Bull.Soc.Et. Leg.*, 1902, p.29.

²⁹⁷ Charles Gide, *Economie sociale, les institutions du progrès social*, 4ed., 1911

femme abandonnée par son mari, obligée d'assurer la subsistance et l'entretien des enfants était mandataire de son mari ! Ainsi la théorie élaborée et affinée par la jurisprudence qui décidait que le mandat était général, qu'il survivait même en cas de séparation de fait, que la révocation devait être portée à la connaissance des tiers, n'avait plus rien de commun avec la théorie pure du mandat. Le pouvoir donné à la femme était devenu l'équivalent d'un pouvoir propre, d'un pouvoir légal d'obliger la communauté, ce qui ne sera légalisé réalisé que par la loi du 22 septembre 1942.

Ce fondement juridique allait être repris par le courant libéral qui voulait, sans grand succès, inciter la famille ouvrière à la prévoyance par la création de caisses d'épargne ou de caisses vieillesse.

Les versements au titre des caisses de retraite et de l'épargne

L'article 6 alinéa 5 de la loi du 9 avril 1881 disposait que « les femmes mariées quelque soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets (de caisse d'épargne) sans l'assistance de leurs maris ; elles pourront retirer, sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris ». De même, lors de l'institution des Caisses de retraite pour la vieillesse par les lois du 25 juin 1850 et du 20 juillet 1886²⁹⁸, les femmes seront concernées.

Dès 1849, un projet de loi sur les Caisses de retraites s'inquiétait du sort de l'épouse. Un second projet qui devint la loi du 25 juin 1850 s'inspirait de l'esprit général du régime de la communauté. La femme, autorisée par son mari, pouvait faire des versements dans les Caisses de retraites et chaque époux bénéficiait pour moitié, des versements effectués par son conjoint. La pension que les époux se préparaient ainsi à l'aide des deniers communs n'entrait pas en communauté. Elle constituait un bien propre pour chacun des conjoints et restait acquise à la femme.

La loi accordait également à l'épouse le droit de se faire autoriser par le juge, en cas d'absence ou d'éloignement du mari, à verser des sommes à son profit exclusif. La loi du 20 juillet 1886 reconnaissait enfin un pouvoir propre à la femme de faire des versements sans droit d'opposition du mari.

Des aménagements aux dispositions du Code civil étaient donc apportés par ces lois sur la prévoyance sociale. Le législateur entendait protéger la femme contre son mari sans remettre en cause cependant le modèle initial.

Les femmes ouvrières ou mariées à un ouvrier étaient ainsi l'objet de la sollicitude du législateur qui entendait reconnaître leur rôle dans la famille. Les débats préparatoires à la loi du 9 avril 1881²⁹⁹ l'évoquent clairement : « Pour qui connaît les habitudes des classes ouvrières, il n'est pas douteux que c'est la femme à de rares exceptions près qui administre le ménage ; outre le produit de son travail particulier elle reçoit de son mari une part plus ou moins grande du salaire qu'il a gagné, suivant que le mari est économe ou dissipateur, et pourvoit avec ses ressources à l'entretien de la famille. C'est donc elle, la plupart du temps qui doit être prévoyante et réaliser l'épargne... Voulez-vous lui interdire de veiller à l'avenir des enfants et de prémunir le ménage contre les dangers du chômage et de la maladie ? »

Serait-ce parce que la femme est prévoyante par nature ? non pas : mais il est clair que sa fonction dans la famille, près des réalités quotidiennes incitait le législateur à lui confier ces responsabilités³⁰⁰. La loi se voulait moralisatrice. Sans remettre en cause le pouvoir dans la famille, la loi cherchait l'intégration de la famille ouvrière à l'ordre social. « Les crises seront d'autant plus rares qu'il y aura plus de capitalistes, si faible que soit le capital de la plupart d'entre eux ; les citoyens qui possèdent, surtout ceux qui ont remis leur petite fortune

²⁹⁸ Albert Aftalion, *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée*, Thèse Paris 1898

²⁹⁹ Rapport Le Bastard Sénat 3 février 1881, J.O. 10 mars annexe 24, *Dalloz périodique*, 1881 IV p.116.

³⁰⁰ Voir sur ce point les analyses de Jacques Donzelot *La police des familles* Ed. Minuit 1977, préc. Voir également Michelle Perrot et Geneviève Fraisse *L'histoire sans qualités*, Ed Galilée 1979. Jacques Donzelot montre comment « les ouvrages de Jules Simon font retentir à partir du second Empire cette grande découverte : la femme, la femme d'intérieur, la mère attentive est le salut de l'homme, l'instrument privilégié de la civilisation de la classe ouvrière. Il suffit de la façonner à cet usage, de lui fournir l'instruction nécessaire, de lui inculquer les éléments d'une tactique de dévouement pour qu'elle vienne à bout de l'esprit d'indépendance de l'ouvrier ». Pour lui, il ne s'agit pas de discours mais d'alliances effectives et d'opérations efficaces. La seconde moitié du XIXème siècle s'inscrivait sous le signe d'une alliance décisive entre le féminisme promotionnel et la philanthropie moralisatrice. Michelle Perrot et Geneviève Fraisse, dans deux essais montrent, au contraire, la résistance des femmes à cette sollicitation du pouvoir. Voir également sur ce point, Denis Poulot, *Le Sublime*, préc., et la préface d'Alain Cottureau, ainsi que le Colloque *Familles et pouvoirs*, Aix en Provence juin 1979, *Informations sociales*, n°4-5 1980.

entre les mains du gouvernement, sont intéressés à ce que le bon ordre ne soit pas troublé, et leur intervention par la pratique du suffrage universel est le meilleur gage du maintien de la paix à l'intérieur et à l'extérieur, en même temps que de la bonne gestion des intérêts sociaux »³⁰¹. Ces premiers aménagements aux règles du Code civil de 1804 préfiguraient ceux qui allaient être réalisés à propos du salaire de la femme mariée. Mais la préoccupation première était de sauvegarder la famille, fondement de l'ordre social.

La remise en cause de ces principes n'était pas le fait de la famille ouvrière. Non seulement la majorité des ouvrières et des ouvriers n'étaient pas mariés, mais s'il y avait mariage, la règle juridique n'affectait guère la famille. Que pouvaient signifier les campagnes d'opinion des féministes, pour les ouvrières ? « On proposait à celles-ci de revendiquer la réforme du droit matrimonial. Mais comme le disait l'argot des sublimes, la majorité d'entre elles avait déjà fait 'retourner le code civil' à leurs compagnons : elles tenaient déjà la gestion de la communauté des biens, et l'irresponsabilité domestique de leurs hommes leur paraissait peut-être plus enviable »³⁰².

Cette conception correspondait donc à l'état économique de la société de 1804 en même temps qu'aux conceptions du Code civil sur la famille et le mariage. La remise en cause de cette conception fut tentée à l'occasion de l'adoption de la loi du 13 juillet 1907 relative au salaire de la femme mariée. Celle-ci devenait libre et maîtresse de ses actes quant à son travail, elle obtenait la libre administration et la libre disposition de ses salaires, mais en réalité, la nouvelle loi ne portait pas atteinte au droit du mari sur la personne de sa femme. La puissance maritale demeurait.

Les féministes de la fin du XIX^{ème} siècle se mobilisèrent sur la question du salaire de la femme mariée. L'Association « L'Avant-Courrière » fondée en 1893 par Jeanne Schmahl devait se mobiliser sur cette question. La loi du 13 juillet 1907 fut ainsi adoptée après plus de 20 ans de discussions.

La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée

Ceux qui préconisaient une réforme du régime matrimonial légal se divisaient sur les moyens de réaliser cette réforme et sur l'étendue des droits à accorder à la femme mariée. Accorder de tels droits c'était mettre en cause la puissance maritale et introduire un peu de séparation de biens dans un régime communautaire. La Société d'Etudes législatives créée en 1901³⁰³, consacra ses premiers travaux « aux modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie »³⁰⁴.

Le rapport introductif de Tissier suscita des réactions bien qu'il préconisât « une dérogation aux pouvoirs du mari, chef de la communauté mais non l'abandon du régime de communauté ». L'idée d'absence de subordination de la femme mariée paraissait insupportable à certains ainsi que celle de l'égalité des époux, de la séparation de leur fortune et de leurs intérêts. Pour un double motif : « elle est d'abord contraire à l'organisation de la vie familiale... elle est contraire à toutes les traditions de notre race française ». Tout ce qui apparaissait comme une remise en cause du régime de communauté au profit de la séparation de biens allait dans le sens du divorce : « Entre époux, tout ce qui affaiblit l'union économique relâche en même temps l'union conjugale ». Saleilles se portera au secours du rapporteur. Alors que certains voulaient en rester à un projet timoré où seuls les gains et salaires auraient été perçus librement par la femme : « Si vous n'étendez pas son droit de disposition aux économies provenant des gains et salaires, si vous n'élargissez pleinement à cet égard sa capacité juridique, vous n'aurez rien fait... La loi, en tant qu'elle vise les salaires en l'état de salaire, sera parfaitement inutile. Elle n'aura d'utilité que si elle vise les économies réalisées sur les salaires ». Et de montrer comment la solution préconisée ne serait qu'une incitation à la dépense au lieu de l'être à l'épargne.

La loi du 13 juillet 1907 relative au « libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage » donnait à la femme mariée des droits d'administration et de dispositions sur les biens qui provenaient de son travail, appelés « biens réservés »³⁰⁵. Désormais, sous tous les régimes matrimoniaux et à

³⁰¹ Rapport Le Bastard, préc., *D.P.*, 1881 IV p.115.

³⁰² Alain Cottureau préf. préc. in Denis Poulot, *Le Sublime* p.39, p.83.

³⁰³ Afin de « préparer et de faciliter l'intervention du législateur »

³⁰⁴ séance du 20 février 1901

³⁰⁵ Elle organisait également les contributions de chacun des époux aux charges du ménage.

condition d'exercer une profession distincte de celle du mari, la femme mariée avait « sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant » des pouvoirs très étendus. Alors qu'elle demeurait « incapable » sur le plan juridique, elle était présumée capable d'agir sur ses biens réservés avec l'autorisation du mari, présomption qui résultait de l'exercice d'une profession séparée.

En réalité, ces pouvoirs étaient conférés à la femme « dans l'intérêt du ménage » et le mari gardait à cet effet un droit de regard sur l'exercice par sa femme de la profession. Il pouvait même faire retirer tout ou partie des pouvoirs par le juge, révoquer l'autorisation d'exercer une profession. L'autorité maritale n'était pas remise en cause.

La loi de 1907 fut peu et mal appliquée car si la femme a pu percevoir ses gains et salaires, la question demeurait quant à ses réels pouvoirs dans la gestion des biens réservés. Les tiers ont refusé dans la plupart des cas de traiter avec la femme sans le concours à l'acte du mari. Dès que la femme revendiquait un bien, son épargne par exemple, elle avait à prouver qu'il s'agissait d'un bien réservé provenant de son travail personnel. La sécurité des opérations l'emportait sur un début d'autonomie de la femme mariée et sur le droit au produit de son travail. La loi était inefficace du point de vue des pouvoirs de la femme, ineffective du point de vue de son application³⁰⁶.

Vers les réformes

Les critiques dont faisaient l'objet la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée étaient devenues plus précises après la 1^{ère} Guerre mondiale. « De milieux divers, parlementaire, littéraires, juridiques, notarial et principalement des milieux féministes et féminisants s'élevaient des critiques, soit contre l'organisation technique de l'incapacité de la femme mariée, soit surtout contre l'institution elle-même qui prétendait-on faisait de la femme « une éternelle mineure » et une « esclave » et du mari un « despote » et un « tyran »³⁰⁷. D'autres considéraient avec une certaine nostalgie que la condition faite à la femme mariée était d'un certain point de vue « incomparable », habitués à raisonner selon l'hypothèse où les droits reconnus au mari et garanties accordées à la femme étaient censés s'équilibrer : « fortes de la situation que nos mœurs traditionnelles, profondément imprégnées de morale chrétienne, lui avait faite dans la famille, et trouvant au surplus dans certaines institutions légales, non moins que dans la jurisprudence, des atténuations à une rigueur plus apparente que réelle, il lui importait peu généralement d'être traitée par le code, selon le droit pur et formel, à l'instar des mineurs, sinon des aliénés ... »³⁰⁸

La distance entre le droit et la réalité s'était encore accentuée pendant la 1^{ère} Guerre mondiale où la part prise par les femmes dans la production nationale avait été importante : les pouvoirs publics s'étaient trouvés dans l'obligation de réouvrir certaines usines et d'intensifier l'armement. Ils firent massivement appel à la main d'œuvre féminine pour occuper les emplois laissés vacants par les hommes. Les femmes occupèrent alors des emplois habituellement masculins³⁰⁹.

Avec la guerre, on ne discutait plus sur le point de savoir si la femme était autorisée ou non à travailler, si le juge pouvait substituer son appréciation à celle du mari, si le rôle de la femme était la production ou la reproduction³¹⁰. On avait besoin de main d'œuvre si bien que les dispositions légales avaient été levées. Mais

³⁰⁶ Cf Jean Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse Bordeaux 1932 ; Ripert et Boulenger, *Traité de droit civil*, t.IV, Les régimes matrimoniaux LGDJ 1959 p.187 : « La communauté avait désormais deux maîtres et les sphères d'influence n'étaient pas nettement tracées. De plus, la femme mariée, à qui on donnait de tels pouvoirs sur les biens de communauté restait frappée d'incapacité pour ses biens propres. La pratique ne mit aucune bonne volonté à appliquer la loi du 13 juillet 1907 qui resta en fait presque ignorée. Il paraissait plus simple de recourir à l'autorisation maritale que de justifier les pouvoirs de la femme. La crainte de l'incapacité de la femme a fourni aux hommes d'affaires un prétexte commode pour faire obstacle à cette innovation. »

³⁰⁷ Marcel Nast, Commentaire de la loi du 18 février 1938, *Dalloz*, 1939

³⁰⁸ H.Solus, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *RTD Civ.*, 1943, p.81.

³⁰⁹ Madeleine Guilbert, *Les fonctions des femmes dans l'industrie*, Thèse Paris, 1965, Ed.Mouton 1966, p.60 et s.

³¹⁰ Débats à l'Académie de médecine en 1916-1917 : cf. Mathilde Dubesset, Françoise Thébaud, Catherine Vincent, « Les médecins, le travail, les femmes et la guerre », *Pratiques ou Les cahiers de la médecine utopique*, mars 1976, n°7, p.68-84.

dès la fin de la guerre, l'incitation au retour au foyer, le discours nataliste avec le vote de la loi de 1920³¹¹ puis la crise économique de 1929³¹² ont pesé à nouveau sur l'emploi des femmes.

La question de la réforme de la capacité des femmes mariées était néanmoins nécessaire d'autant que la France était en retard par rapport « au monde civilisé tout entier »³¹³. Mais la question qui mobilisa « les milieux féministes » fut surtout la question du droit de vote des femmes. Les questions étaient traitées en parallèle. En 1925 fut créée une Commission « chargée de restituer à la femme sa pleine capacité civile ». Elle proposa en 1928 un projet en deux parties, l'une qui réalisait la suppression de l'incapacité civile, l'autre qui réformait les régimes matrimoniaux. Un premier projet de loi relatif à la capacité de la femme mariée ne devait réapparaître qu'en 1936, les sénateurs préférant alors accorder aux femmes la capacité civile plutôt que les droits politiques. La loi fut adoptée le 10 février 1938. Les travaux reprirent sur le projet de loi relatif aux régimes matrimoniaux, mais furent interrompus par la Guerre. Ils furent repris en 1940 car il apparut très vite que les problèmes laissés en suspend prenaient une acuité nouvelle. La mobilisation du mari, la captivité, sa disparition, les difficultés de communication avec l'étranger, la zone libre, le territoire occupé imposaient à la femme des tâches et des responsabilités que les textes ne lui permettaient pas d'exercer. Une loi portant réforme des régimes matrimoniaux fut alors adoptée le 22 septembre 1942.

Les lois de 1938 et 1942 reconnaissant la capacité civile de la femme mariée.

La loi du 18 février 1938 affirmait la capacité civile de la femme mariée. Réforme imparfaite elle fera l'objet d'un certain nombre de retouches réalisées par la loi du 22 septembre 1942.

Alors que la volonté politique de supprimer la puissance maritale c'est-à-dire tout devoir d'obéissance de la femme mariée était clairement affirmée, le débat se cristallisa sur la nécessité de donner un chef à la famille, « la restitution de la pleine capacité n'était pas incompatible avec la règle traditionnelle de la prépondérance du mari »³¹⁴. Vision hiérarchique et vision égalitaire s'opposaient³¹⁵ lors de l'adoption de la loi de 1938. Le rôle dévolu au mari sera précisé avec plus de netteté dans la loi de 1942. La notion de chef de famille est définie comme une fonction exercée dans l'intérêt commun du ménage et des enfants³¹⁶, comme une fonction sociale³¹⁷. Louis Josserand analysait ainsi « les puissances familiales » (paternelle et maritale) en terme de fonction sociale. Pour lui, l'isolement de l'homme dans la société constituait une « fiction inadmissible ». Dans la réalité, « ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale... rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit » C'est en fonction de l'esprit de l'institution et dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser. Et d'en tirer des conséquences quant à l'abus éventuel que le titulaire pouvait en faire : « En réalité, dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits fonction ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est un acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité »³¹⁸.

³¹¹ Roger-Henry Guerrand, *La libre maternité de 1896 à 1909*, Ed. Casterman 1971

³¹² Marguerite Thibert, « Crise économique et travail des femmes », *Revue internationale du travail*, n°1 et 2, avril-mai 1933, p.465/493 et 647/657.

³¹³ Rapport Rouast Société d'études législatives, *Bull.Soc.Etud.Leg.*, 1934, p.83

³¹⁴ De nombreuses thèses de droit ont été soutenues sur le sujet. Voir notamment : Dewisme, *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, Thèse Lille 1942 cf p.30 ; P.Savignaud, *Le chef de famille*, Thèse Paris 1948 ; Thomas Kallai, *La notion de chef de famille*, Thèse Paris 1950.

³¹⁵ Discussion et adoption définitive le 19 mars 1937, J.O.Sénat 20 mars, Débats p.349-350,351.

³¹⁶ Article 213 du Code civil : « Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. »

La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à pourvoir à leur établissement. La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause ».

³¹⁷ Louis Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz 1927, 2^{ème} édition, 1939.

³¹⁸ Josserand, préc. p. 394 et s.

La loi de 1942 s'inscrit dans cette conception. Dès lors que le pouvoir était défini comme une fonction, la loi pouvait le conférer et le réglementer. Il n'y avait pas de droit acquis à cette fonction. Si le mari était choisi pour l'exercer c'est que la loi en quelque sorte créait une présomption de sagacité. Ou plus simplement, le législateur participait d'une vision hiérarchique de la famille, en affirmant la nécessité d'un chef, d'une unité de direction que la tradition (chrétienne), la nature des choses (la biologie) attribuaient au mari. Cependant l'autorité du mari n'était plus celle de 1804. Il y avait un changement de nature : de sacrée, l'autorité était devenue fonctionnelle parce que la conception elle-même de la famille avait évolué. Et si le législateur de 1942 entendait valoriser le rôle de la famille, en faire le pilier de sa politique de redressement national³¹⁹ il ne pouvait le faire sans reconnaître dans la famille légitime le rôle de l'épouse et de la mère.

On est loin cependant de l'égalité entre les époux : « Pour 99 chances que le mari à être chef de famille, la femme en compte-t-elle plus d'une ? L'est-elle enfin, croit-on que la situation se renverse à son profit ? Point du tout : être chef pour l'homme, c'est commander ; pour la femme, c'est seulement ne pas obéir : elle choisit librement sa profession et sa résidence, mais elle ne contrôle en rien celles de son mari³²⁰. »

L'interprétation de la notion cadre « d'intérêt commun du ménage et des enfants » permet de mesurer la distance parcourue.

Les nouveaux principes du Code civil sur l'exercice d'une profession séparée de la femme mariée : le droit d'opposition du mari

La loi de 1938 a donné une réglementation positive à l'exercice d'une profession séparée de la femme mariée. Ces dispositions ont été reprises à quelques modifications près par le texte de 1942 et codifiées à l'article 223 du Code civil³²¹. Elles s'appliquaient alors à toutes les professions même commerciales dont le régime n'avait pas été modifié en 1938.

La femme était donc en principe libre d'exercer une profession séparée. Le mari avait cependant le droit de s'opposer à l'exercice de cette profession puisqu'il disposait d'un droit de veto, survivance de son ancienne puissance. La femme mariée avait cependant le droit de contester cette opposition du mari devant le juge.

Une totale liberté semblait impensable dans une conception inégalitaire des rapports entre époux. La famille était une institution dont la finalité impliquait la stabilité du lien matrimonial, la répartition des rôles mais aussi la gestion et la transmission d'un patrimoine d'une génération à l'autre. L'activité professionnelle de la femme introduisait un facteur d'incertitude dans un ordre établi.

La notion jurisprudentielle d'« intérêt de la famille »

La notion d'intérêt de la famille opposée à l'exercice par la femme mariée d'un profession séparée n'était pas une notion abstraite. Il y eut peu de jurisprudence cependant, les trois affaires publiées se situant en début de période c'est à dire en 1939-1943.

Le juge, dans son appréciation s'appuyait sur la conception des rapports entre époux définis par le Code civil. La première affaire date de 1939-1940 et se fonde donc sur la loi de 1938. Il s'agissait de l'opposition d'un mari à la poursuite par sa femme fonctionnaire de sa profession. Le mari avait pendant plus de 10 ans laissé sa femme exercer la fonction de titulaire au Ministère des PTT puis l'avait mise en demeure de démissionner. Il invoquait pour cela alors que les ressources du ménage étaient suffisantes, la nécessité pour son épouse de veiller

³¹⁹ Cf. Michèle Cointet-Labrousse « *Le gouvernement de Vichy et les familles* » Communication au colloque, Familles et Pouvoirs, Aix-en-Provence, juin 1979, *Informations sociales*, n°4-5 1980 p. 26 s. L'auteur cite les propos de Philippe Renaudin, Premier Commissaire général de la famille, publiés dans les Documents français n°7 1942 p.3 : « L'Etat ne peut ignorer ce groupe fondamental, ni méconnaître la force qui en émane force de cohésion, force d'éducation, force créatrice, force de renouveau. S'il le laisse de côté, il perd un de ses meilleurs moyens d'action ; s'il le brime, il est le premier à en souffrir, car on ne vient pas à bout des puissances naturelles ».

³²⁰ René Terré, « Trois conceptions de la famille », *Dalloz*, 1953, chron. 47.

³²¹ « La femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari à moins que ce dernier ne s'y oppose. Les engagements pris par la femme dans l'exercice de cette profession sont nuls à l'égard du mari si les tiers avec lesquels elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition au moment où ils traitent avec l'épouse.

Si l'opposition n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre auquel cas, les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont valables. »

désormais sur l'éducation de leur fille âgée de 10 ans, élevée jusque-là à la campagne par une grand-mère. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 décembre 1940 reconnaissait le bien fondé de l'opposition du mari à la différence du tribunal civil de la Seine³²² qui avait statué en première instance. La Cour d'Appel s'était refusée à se substituer à l'appréciation du mari. Elle ne pensait devoir le faire que si « ce dernier s'était laissé guider par des mobiles abusivement autoritaires et vexatoires et non par l'intérêt du ménage et de la famille ». Cette solution abondamment critiquée montrait comment le mécanisme de l'opposition se retournait contre la femme qui devait prouver le manque de pertinence des mobiles du mari. Le mari bénéficiait d'une présomption de conformité à l'intérêt de la famille. Cette situation intervient dans un contexte marqué par l'adoption d'une loi du 11 octobre 1940 interdisant le recrutement de femmes mariées dans les administrations publiques et les services concédés³²³. Le juge pouvait-il apprécier autrement « l'intérêt de la famille » quand le pouvoir le définissait de façon autoritaire ?³²⁴

L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris a été rendu le 7 décembre 1940. Or en juin 1940 l'Armistice avait été signé et le gouvernement de Vichy, par une politique nataliste incitait les femmes à rester au foyer et à procréer.

Les jugements ou arrêts rendus ensuite sous l'empire de la loi du 22 septembre 1942 concernaient des femmes qui pour l'une était et pour l'autre voulait être commerçantes. Elles avaient besoin d'une déclaration de non opposition du mari pour se faire inscrire au registre du commerce. Dans l'un et l'autre cas, le mari refusait de faire cette déclaration, ce qui équivalait à une opposition. Elles demandaient donc au juge d'être autorisées à passer outre à l'opposition du mari.

Le tribunal civil de la Seine le 19 janvier 1943³²⁵ faisait droit à la demande de la femme. En effet celle-ci après avoir « détaillé les marchandises du commerce de son mari » ce qui ne la qualifiait pas de « commerçante » était devenue marchande foraine pour son propre compte lors du départ de celui-ci comme travailleur en Allemagne. Depuis le retour du mari, les époux vivaient séparés et étaient en instance de divorce. La femme justifiait sa demande par la nécessité de subvenir à ses besoins et à ceux de son fils âgé de 11 ans. Les juges ayant relevé « que l'opposition du sieur Bras est vexatoire et arbitraire et n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille » la femme était autorisée à passer outre.

Dans la seconde affaire, la Cour d'appel de Nancy le 24 juillet 1952³²⁶ réformait le jugement du tribunal civil de Remiremont³²⁷ lequel avait autorisé la femme à passer outre au défaut d'autorisation du mari. Or l'appréciation de l'intérêt de la famille par la Cour d'appel pouvait sembler paradoxale puisque les époux vivaient séparés de fait depuis 23 ans. La femme en effet avait quitté son mari, un peu plus de 2 ans après son mariage à la suite d'une mésentente avec sa belle-mère. Elle n'avait pu obtenir ni divorce, ni séparation de corps. Vivant en Algérie, alors que le mari avait pris sa retraite à Remiremont, elle avait l'intention d'ouvrir un garage à Alger. Enfin ce qui était décisif en l'espèce, les époux étaient mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts et le mari depuis le mariage administrait le patrimoine.

La Cour d'appel de Nancy pour légitimer l'opposition du mari relevait d'abord que celui-ci ne s'était pas laissé guider par des « mobiles abusivement autoritaires et vexatoires » mais par « l'intérêt du ménage ou de la famille ». Trois arguments étaient développés. Le premier concernait le risque d'engagement du patrimoine communautaire et du patrimoine propre du mari par l'activité professionnelle de la femme. La Cour relevait ainsi que l'exploitation d'un garage par une femme inexpérimentée, pouvait être ruineuse pour le mari d'autant que celui-ci n'aurait pas été sur place pour surveiller l'exploitation et partant pour exercer son devoir de protection. Ceci apparaissait comme une mesure de protection de son intérêt personnel. Les juges ont eu alors recours à

³²² Trib. Civ. Seine 27 novembre 1939 ; C. d'Appel de Paris 7 décembre 1940 S.1943 2.13 note Boitard ; J.C.P. 1941 II 1701 note L.Aulagnon ; D.A. 1941 150.

³²³ Un décret fixait un pourcentage de main-d'œuvre féminine.

³²⁴ Une loi ultérieure devait concerner l'emploi des femmes mariées ou non dans le secteur privé. Elle ne fut pas adoptée. La politique restrictive de la main-d'œuvre féminine a été l'œuvre de circulaires ministérielles. La nécessité d'utiliser toutes les ressources de main d'œuvre conduisit le législateur à suspendre l'application des dispositions de la loi du 11 octobre 1940. Ce fut l'objet de la loi du 12 septembre 1942. Le Gouvernement provisoire, par ordonnance du 2 octobre 1943 et 29 octobre 1944 a annulé les dispositions de 1940 et organisé la réintégration des fonctionnaires féminins victimes de cette loi.

³²⁵ Trib.civ.Seine 19 janvier 1943, *Gaz.Pal.* 1943 I 122

³²⁶ CA Nancy, *Dalloz* 1952 D.52 351 ; *JCP*, 1952, 7195, note Voirin

³²⁷ Trib.civ. Remiremont, *JCP*, 1952, 7195 note Voirin

un autre argument qui portait sur les ressources du ménage. L'article 214 du Code civil faisait peser les charges du ménage sur le mari. Or celui-ci ayant une retraite de colonel et la femme, dont les parents étaient de gros propriétaires viticoles, « n'avait jamais indiqué à son mari qu'elle fût pécuniairement gênée ». Dans ces conditions l'intérêt de la famille n'exigeait pas aux yeux des juges l'exercice d'une profession séparée par la femme. Enfin, le dernier argument était tiré du devoir de cohabitation. L'exercice d'une profession séparée risquait de consolider la séparation et se révélait contraire à l'intérêt de la famille.

« Formule rationnelle » écrivait Pierre Voirin dans son commentaire de l'arrêt puisque le Code déterminait les rôles respectifs du mari et de la femme dans la famille.

L'organisation juridique de la famille ainsi décrite est restée en vigueur jusqu'aux réformes de la décennie 1965-1975. Plusieurs lois, en effet, ont abordé la question des régimes matrimoniaux³²⁸, de l'autorité parentale³²⁹ et du divorce³³⁰. Dans les années récentes (2000-2002) différents textes ont repris ou complété ces réformes.

Ce qu'il importe de retenir à ce stade de notre recherche, ce sont les caractéristiques du modèle familial en vigueur pendant toute la période d'élaboration des systèmes de sécurité sociale. Rien d'étonnant à ce que les régimes mis en place, qu'il s'agisse des régimes spéciaux comme celui des fonctionnaires ou du régime général de sécurité sociale, s'inscrivent délibérément dans une vision familialiste marquée par la prééminence du mari et du père ouvrant des droits non seulement à son profit mais aussi au bénéfice de la femme et de ses enfants placés dans une situation de dépendance.

Il reste cependant une question qui n'a pas subi de modification depuis 1804, c'est la question des obligations alimentaires

En droit français, l'obligation alimentaire est fondée sur les liens de parenté mais aussi sur le lien matrimonial. En France comme dans tous les pays européens, les obligations familiales sont codifiées. Leur définition et leur forme varient selon les pays, en fonction de variables liées à la définition même de la famille et au tracé de son périmètre. Selon que la famille est étendue ou bien réduite à la cellule nucléaire, cette obligation varie, en fonction également des modes de relation entre la famille, l'État, le marché et la société civile pour la protection et le soutien aux personnes jugées les plus fragiles, du fait de leur dépendance. La comparaison des obligations familiales entre les pays de l'Union européenne effectuée par Jane Millar et Andrea Warman³³¹ a bien montré, non seulement les différences de conceptualisation mais aussi les différences de contenu de ces obligations selon la place accordée à la famille ou aux individus dans les systèmes de protection sociale. L'obligation est forte dans les pays de l'Europe du sud, et elle s'étend au réseau de parenté. L'aide publique n'intervient que si les familles sont dans l'incapacité de prendre en charge la protection des personnes dépendantes. Ce système d'obligations soutient toute une économie de la parenté qui protège les individus vis-à-vis des difficultés du marché du travail, de la vieillesse, et des difficultés à devenir autonome (jeunes). Les obligations sont plus limitées en Autriche, en France, aux Pays-bas que dans les pays de l'Europe du sud et les responsabilités davantage partagées entre l'État et les familles pour le soutien aux personnes dépendantes. Mais l'État peut effectuer des saisies sur patrimoine si les familles n'assurent pas leurs obligations, vis-à-vis des ascendants par exemple. De plus, l'aide sociale aux personnes est généralement tributaire du revenu et donc des capacités financières des familles. L'Irlande et le Royaume-Uni n'imposent pas d'obligation légale, si bien que le partage des responsabilités entre l'État et les familles n'est pas clairement défini. En Allemagne, les personnes qui en ont les moyens sont légalement obligées d'assurer la responsabilité, non seulement vis-à-vis de leurs parents mais aussi vis-à-vis des personnes au chômage, des enfants de moins de 25 ans non mariés et même de leurs descendants s'ils élèvent seuls des enfants. Dans les pays scandinaves, l'obligation des familles est inexistante ; c'est l'État qui assure la protection sociale des individus (Millar et Warman, 1996).

En France, l'obligation alimentaire à la charge des ascendants et descendants est instituée par le Code civil qui prévoit cette forme de solidarité familiale dans ses articles 205 et suivants. Les relations entre la solidarité familiale et la solidarité collective dans la législation relative à l'aide sociale sont organisées selon la règle de la

³²⁸ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

³²⁹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

³³⁰ Loi n°75-117 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

³³¹ Millar et Warman (1996), *Family Obligations in Europe : the Family, the State and Social Policy*, York : Joseph Rowntree Foundation.

subsidiarité de la solidarité collective par rapport à la solidarité familiale. Cette règle ne découle pas automatiquement des dispositions du Code civil sur l'obligation alimentaire, même si elle s'inscrit dans leur logique. Elle a été instituée par des textes spécifiques³³². Ce système et notamment la règle de subsidiarité pose actuellement de nombreux problèmes.

L'obligation alimentaire fondée sur la solidarité familiale s'applique à trois situations : l'obligation alimentaire entre conjoints (art. 212), l'obligation entre enfants, parents et ascendants (art. 205), et l'obligation entre beaux-parents, gendres et belles-filles (art. 206). Dans tous les cas, l'obligation est soumise à deux conditions : le demandeur doit être dans le besoin, et le débiteur doit avoir des ressources suffisantes. La jurisprudence estime qu'à défaut d'obligation légale aux aliments, une obligation naturelle d'assistance existe entre les collatéraux.

- L'obligation alimentaire des parents

Actuellement, environ 2000 jeunes majeurs ont recours à la justice chaque année afin d'obtenir de leurs parents le versement d'une pension alimentaire, comme ils en ont le droit conformément à l'article 203 du Code civil : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Cette disposition est de plus en plus souvent invoquée par des jeunes majeurs, dans un contexte général d'allongement des études, de recul de l'âge d'entrée sur le marché du travail et donc de l'autonomie économique, et de difficultés à entrer sur le marché du travail. Les difficultés d'accès à l'autonomie peuvent aussi être liées à un état de santé qui met le jeune adulte dans l'incapacité de subvenir seul à ses besoins (n'est ce pas le sens de l'arrêt Perruche ?) Ce devoir d'entretien de la part des parents n'est pas nécessairement subordonné au partage de la résidence des parents. De plus, aucune durée concernant le versement de la pension n'est fixée par la loi. La fin ou la révision peut en être fixée par le juge.

La condamnation des parents au versement d'une pension alimentaire est liée au caractère sérieux et réel des études de l'enfant majeur. Face à un usage jugé abusif de cette loi, et afin de limiter une juridicisation des rapports familiaux, le Sénat avait proposé en 2000 une loi visant à subordonner la demande du jeune majeur à la preuve qu'il cherche à assumer partiellement sa subsistance. La nomination par le juge d'un médiateur était également prévue (conformément à la politique d'encouragement à la médiation dans les affaires familiales, développée par le gouvernement). Une association des familles s'est créée pour demander la réforme de l'art. 203. Mais cette double pression, du Sénat et des familles, n'a pas suffi à modifier profondément le système. La loi du 4 mars 2002 a confirmé l'obligation : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur » (art. 371-2 du Code civil). L'article rappelle ainsi l'obligation de tous les parents, en l'étendant formellement aux parents non mariés ou séparés. En même temps, un projet d'allocation autonomie jeunes était mis à l'étude par le gouvernement afin de prendre en compte les difficultés d'insertion des jeunes et leur difficile accès à l'autonomie.

- L'obligation alimentaire entre conjoints

Outre les liens de parenté, le lien matrimonial constitue un fondement des obligations alimentaires. En effet, le mariage³³³ fait naître des droits et des devoirs des époux qui dans le Code civil, sont traités séparément des obligations alimentaires classiques³³⁴. Il s'agit du devoir de secours d'une part, de la participation aux charges du mariage d'autre part. Ces obligations pécuniaires obéissent au moins partiellement au régime de l'obligation alimentaire.

³³² Voir Conseil d'État, *Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, Paris, la documentation Française, 1999 (coll. Les études du Conseil d'État)

³³³ La législation française, comme la jurisprudence, s'est refusée à étendre les effets du mariage au concubinage. Certaines nuances ont néanmoins été introduites pour tenir compte des évolutions de la famille. Le droit social a en revanche pris en compte très tôt, dès 1941, les situations de fait, avec la loi du 9 septembre relative aux pensions militaires, qui suspend le droit à pension des veuves qui contractent mariage ou vivent en état de concubinage notoire. Position qui ne s'est plus démentie. Cf. l'allocation veuvage créée par la loi du 17 juillet 1980 ou l'allocation de soutien familial, l'allocation de parent isolé (article L.523-2 et 524-1 du Code de la Sécurité sociale) ou le RMI et la APA, où dans les deux cas, le montant des ressources prises en compte inclut celles du concubin.

³³⁴ Ces dernières sont traitées aux articles 203 à 207 alors qu'aux premières est consacré le chapitre VI intitulé « Des devoirs et des droits respectifs des époux ».

Le devoir de secours prévu à l'article 212, consiste en l'obligation de chacun des conjoints de fournir à l'autre, si celui-ci se trouve dans le besoin, les subsides nécessaires. La référence au besoin en tant que condition d'accès au bénéfice de ces subsides, autorise à qualifier cette obligation d'obligation alimentaire. Ce devoir recouvre « tout ce qui est indispensable à une vie décente ».³³⁵

Il est néanmoins difficile de séparer strictement ce devoir de secours du principe posé par l'article 214, relatif à la répartition des charges du mariage. Elles ont été définies comme « toutes les dépenses qui, sans être nécessaires à l'existence, contribuent au bien-être des époux »³³⁶. Il n'est pas fait référence dans ce cas à l'état de besoin.

La contribution des époux aux charges du mariage est distincte par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire et peut inclure des dépenses d'agrément telle l'acquisition d'une résidence secondaire (Cour de Cassation, Civ., 1^{ère}, 20 mai 1981).

L'article 214 prévoit en effet, que cette contribution aux charges du mariage est proportionnelle « à leurs facultés respectives » ce qui conforte l'idée « qu'en excluant une égalité arithmétique, la loi est conforme à la philosophie communautariste du mariage »³³⁷. La contribution de chacun des époux dépend de son activité, la loi ne précise pas en quoi elle consiste. « Traditionnellement la contribution de la femme mariée était en *nature*, elle s'occupait du foyer et/ou collaborait à la profession de son mari »³³⁸. En l'absence de modification de cet article, cette contribution de la femme mariée peut continuer à être en nature.

Il s'agit donc là d'une modalité particulière de prise en compte du travail domestique. Dans la mesure où ce type de contribution traduit un des devoirs des époux, dans la mesure où ces devoirs sont fondés sur la réciprocité, alors, on comprend la difficulté à penser, en droit français, le *care*, a fortiori d'envisager sa rémunération.

Dans ce cas, les liens alimentaires seront modulés et adaptés à l'intensité de la rupture qui peut prendre la forme d'une séparation de fait, d'une séparation de corps, d'un divorce, du veuvage.

La *séparation de fait* n'est pas encadrée par le Code civil dans la mesure où il s'agit d'une réalité sociologique. Le lien juridique n'ayant pas été modifié, on considère que sont maintenus le devoir de secours et la contribution aux charges du ménage. La jurisprudence a considéré que la communauté de vie ne constitue pas une condition du devoir de contribution aux charges du mariage. Une partie de la doctrine a quant à elle justifié cette appréciation en soulignant qu'il fallait distinguer les charges du mariage des charges du ménage, « le mariage est un état de droit alors que le ménage est un état de fait, peu importe donc qu'il n'y ait plus ménage au sens de communauté de vie »³³⁹. Toutefois, face à la difficulté à maintenir dans certains cas une stricte réciprocité, la Cour de cassation a considéré que « si le refus par l'un des époux de cohabiter avec son conjoint n'exclut pas nécessairement qu'il puisse obtenir de celui-ci une contribution aux charges du mariage » il appartient aux juges du fond de tenir compte à cet égard des circonstances de la cause. Il reste qu'en application de l'article 1442 alinéa 2 du Code civil³⁴⁰ le maintien ou la cessation des effets matrimoniaux est une possibilité offerte au seul conjoint à qui n'incombe pas les torts de la séparation.

La *séparation de corps* ne rompt pas le lien conjugal mais met un terme à la vie commune. Elle ne produit pas les mêmes effets que le divorce bien qu'elle s'en rapproche comme en témoigne l'article 296 du Code civil qui dispose : « La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce », et l'article 298 prévoit la même procédure pour la séparation de corps et le divorce.

³³⁵ Cass.civ. 28 février 1938 cité par P.Berthet, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, 2000, p.53.

³³⁶ Citée par P.Berthet, p.53.

³³⁷ M-F Nicolas-Maguin, *Droit de la famille*, La Découverte, coll. Repères, 1998, p.82

³³⁸ idem.

³³⁹ Cité par P.Berthet, op. cit., p.56.

³⁴⁰ « Les époux peuvent demander, l'un ou l'autre s'il y a lieu, que dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reportée à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Celui auquel incombent à titre principal les torts de la séparation ne peut obtenir ce report ».

« La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement la prononce, ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin »³⁴¹. La jurisprudence a néanmoins considéré que le devoir de secours ne devait pas se limiter aux seuls besoins alimentaires du créancier et en a étendu l'objet. En effet, il a été considéré que la pension alimentaire devait être fixée de manière à permettre à la femme d'assurer à sa famille « une partie du confort auquel elle est accoutumée » ou qu'elle doit lui « assurer un train de vie en rapport avec l'ensemble des revenus du couple »³⁴².

Le divorce légalement prononcé est un cas de dissolution du mariage. Le divorce met fin au devoir de secours, sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune. « Mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. »³⁴³. Introduite par la loi relative à la réforme du divorce du 11 juillet 1975, la prestation compensatoire s'est substituée à la pension alimentaire prévue par l'ancien article 301 alinéa 1 du Code civil.

Considérée comme « une pièce maîtresse de la politique législative³⁴⁴ », son objet ne concerne pas des exigences alimentaires, et cependant, la Cour de cassation a considéré que « si la prestation compensatoire présente un caractère indemnitaire, elle présente également un caractère alimentaire »³⁴⁵. Son caractère indemnitaire est déduit des dispositions de l'article 280-1 du Code civil qui prévoit que « l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire ». Quant à son caractère alimentaire, il est tiré de l'article 271 qui prévoit qu'elle est fixée « selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible »³⁴⁶.

Cette prestation peut prendre la forme d'un capital ou d'une rente. A la mort de l'époux débiteur, la charge de la rente passe à ses héritiers (article 276-2). Le divorce fait disparaître la vocation successorale, et la dissolution du régime matrimonial qui en est une conséquence, nécessite la liquidation et le partage des biens.

- Solidarité familiale, Solidarité sociale

Apparaît au travers de ces développements le lien très fort entre protection sociale et situation matrimoniale. Traditionnellement c'est le groupe familial qui était censé assurer la protection sociale : la situation individuelle des femmes n'était pas source de droits. La « sécurité » que nous appelons « sociale » aujourd'hui se réalisait de façon différente avant l'apparition des régimes de sécurité sociale. Les règles du droit civil de la famille relatives à la gestion du patrimoine ainsi que sa transmission excluaient les femmes mariées.

Encore fallait-il que la famille ait un patrimoine pour assurer sa sécurité ce qui n'était pas le cas de la famille ouvrière. Nous avons vu plus haut que c'est le travail de l'épouse qui a fait évoluer le droit civil de la famille, dans ses deux dimensions, l'organisation des rapports entre époux et le droit patrimonial.

Progressivement les femmes ont donc acquis des droits propres. Ces droits ne sont pas cependant égaux à ceux des salariés masculins car les inégalités en matière de rémunération influencent les pensions de retraite.

³⁴¹ Article 303 du Code civil , alinéa 1.

³⁴² CA Metz, 22 mars 1994, CA Toulouse 17 janvier 1997, cité par P.Berthet, p.63.

³⁴³ Article 270 du Code civil.

³⁴⁴ M.F Nicolas-Maguin, *Droit de la famille*, préc. p.39.

³⁴⁵ On a beaucoup débattu pour savoir si cette pension avait un caractère alimentaire ou indemnitaire. La Cour de cassation a considéré qu'elle présentait ce double caractère : « La pension de l'article 301 alinéa 1, est une pension alimentaire destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours, dont elle constitue le prolongement et le substitut », cité par P.Berthet, p.65.

³⁴⁶ L'article 272 énumère les éléments que le juge devra prendre en compte pour la détermination des besoins et des ressources : âge et état de santé des époux, le temps déjà consacré ou qu'il faudra consacrer à l'éducation des enfants, leurs qualifications professionnelles, leur disponibilité pour de nouveaux emplois, leurs droits existants et prévisibles, la perte éventuelle de leurs droits en matière de pension de réversion, leur patrimoine, tant en capital, qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial.

Mais le droit au travail des femmes a bouleversé les données initiales. La conquête fut longue et l'une des étapes clefs s'est déroulé autour de la question de la réglementation du travail des femmes.

La famille, institution

Cette analyse juridique met en évidence un modèle de famille³⁴⁷ considérée comme une institution³⁴⁸. Alors que les corps intermédiaires ont été supprimés par la Révolution, la famille apparaît à certains comme le fondement de la société. C'est une institution qui surplombe les individus qui la composent avec un sort particulier réservé par le droit, au chef de famille qui seul est citoyen. L'individuation ne s'applique pas à la femme qui est prise dans un ensemble. Elle est d'abord mère et sa fonction est de reproduction en premier lieu, procréatrice mais également sociale.

Deux visions concurrentes de la famille coexistent cependant : une vision conservatrice catholique qui soutient un modèle hiérarchisé et combat toute loi qui remettrait en cause la puissance notamment paternelle et une vision laïque républicaine qui défend au contraire les droits des femmes. Cette vision sera à l'initiative des lois sur les Caisses d'épargne et le libre salaire de la femme mariée. Elle apparaît cependant ambiguë comme le montre l'analyse du discours républicain à la veille de la reconnaissance du droit de vote à tous les nationaux hommes en 1848³⁴⁹.

La question de la citoyenneté et l'exclusion des femmes³⁵⁰

Marie-Noëlle Thibault et Michelle Riot-Sarcey montrent comment « La Revue républicaine » s'interroge sur la manière de faire « descendre la République dans l'atelier » : « En (re) faisant le peuple souverain dans la suite de 1789 ». Mais sur quoi fonder la citoyenneté des individus qui la composent ? Un citoyen doit être indépendant et autonome. Les hommes du peuple n'étant pas propriétaires, les libéraux les considèrent comme incapables d'être indépendants. Mais les hommes du peuple revendiquent la propriété de leur travail. Les théoriciens de la « Revue républicaine » vont se charger de faire du travail une valeur, non seulement économique, mais une valeur identitaire et politique. Le travail garantit la liberté et l'égalité de tous. Associé à la connaissance des droits et des devoirs, il peut devenir l'essence du sentiment de coopération et de solidarité : en un mot, la Fraternité, inscrite dans la devise républicaine en 1848. Par le travail valorisé et organisé, l'ouvrier, l'homme devient un citoyen actif.

³⁴⁷ Il faudrait développer également la question du vote familial. Deux courants dans les années 1910-1930 se sont exprimés essentiellement sur ce sujet : celui des catholiques sociaux pour qui le vote plural est essentiellement l'outil de restauration de l'ordre moral par l'intermédiaire de la représentation de la famille au suffrage ; celui également des familialistes et des natalistes pour qui le vote familial est vecteur de grandeur nationale. Ce courant est marqué par l'utilisation d'instruments spécifiques de la démographie qui se constitue en lien avec le politique. Cf. Virginie De Luca « Les femmes et les enfants aussi ou le droit d'être représenté par le vote familial », *Actes de la recherche en sciences sociales*, décembre 2001 p.51-56.

³⁴⁸ « Dire que la famille est une institution, c'est donc observer d'abord que ses membres ne peuvent agir suivant leur bon plaisir et que leurs conduites sur les points essentiels sont programmées, immémorialement et de la même manière pour tous, par la société » Louis Roussel, *La famille incertaine* Paris, Ed. O.Jacob, coll. Points, p.17.

³⁴⁹ Lorsque Louis René Villermé écrit « *Le Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* » en 1840, la méthode utilisée est qualifiée de remarquable par les historiennes telles que Michelle Perrot. Le Tableau, écrivent Marie-Noëlle Thibault et Michelle Riot-Sarcey, tranche nettement sur toute une littérature idéologique. C'est un travail d'enquête d'une qualité remarquable... « Le texte de Villermé nous donne la possibilité de saisir quelques éléments de la réalité du travail des femmes dans cette première moitié du XIXe siècle et donc, *a contrario*, de mieux cerner ce qui ne relève que de la construction idéologique ». Louis René Villermé a d'abord un regard mixte ce qui est vraiment exceptionnel pour l'époque et la présence des femmes est considérée comme parfaitement normale : « Le travail des femmes mariée ou non mariées (la distinction n'est presque jamais faite) est une donnée de fait, parfaitement admise et qui n'entraîne aucune critique, au contraire ». Si Villermé enregistre et cautionne un salaire inférieur pour les femmes, il ne met jamais en cause ni la nécessité, ni la légitimité du droit au travail des femmes. Les auteurs d'ajouter que ce n'est pas de ce côté là qu'il faut chercher la matrice du discours contre ce droit au travail des femmes ni pour une législation protectrice.

³⁵⁰ De façon plus générale cf. Geneviève Fraisse, *Muse de la raison, Démocratie et exclusion des femmes en France*, Gallimard, 1995, Folio histoire.

Mais le citoyen actif n'est pas seulement un homme indépendant. C'est également celui qui a la capacité de représenter légitimement ceux qui ne sont pas encore indépendants, et ceux-ci dépendent d'eux pour leur survie : leur famille et en tout premier lieu leur femme. « En somme la passivité de la femme de l'ouvrier serait la condition nécessaire de la liberté politique de l'ouvrier. Au sens fort, l'ouvrier citoyen est également le père de famille. La conception politique de la citoyenneté et la conception morale de la famille sont indissolublement liées et la place des femmes dans la société scellée. » Elles seront toutes, dans leur ensemble en état de dépendance et devront être « protégées » et particulièrement les filles de la classe ouvrière. Dans l'esprit des républicains, l'activité appartient à l'homme et les femmes ne peuvent avoir qu'un rôle passif. Le rôle de la mère n'est pas encore valorisé par les républicains. Il faudra attendre Jules Simon pour que la République donne à la maternité toute son ampleur sociale. Pour l'instant le silence pèse sur les femmes. C'est le rôle du père qui est mis en valeur et le malthusianisme a pour but de responsabiliser les pères car trop de bouches à nourrir, c'est le désordre assuré, le travail obligé des femmes et des aînés, et l'accentuation de l'exploitation.

La prospective républicaine est alors en décalage avec la réalité et nie l'existence sociale des femmes. Le discours républicain construit et sanctifie l'inactivité et la dépendance des femmes et pour longtemps. De ce point de vue la III^{ème} République se situera en héritière des républicains de 1848 en adoptant une législation protectrice du travail des femmes.

La réglementation du travail des femmes majeures

En effet, l'idée d'une intervention de l'Etat se fait jour pour réglementer le travail des femmes, mineures puis majeures. Après plusieurs tentatives et de nombreuses navettes parlementaires la loi du 2 novembre 1892 interdisant notamment le travail de nuit des femmes majeures dans l'industrie sera adoptée³⁵¹. Seront contre cette loi, les libéraux qui reprendront les arguments des féministes³⁵². Les partisans se retrouvent parmi les députés d'origine ouvrière et les catholiques monarchistes. Ces réseaux ne sont pas, selon M.Zancarini-Fournel, les plus nombreux et les plus influents mais la conjonction des positions, si divergentes habituellement, arrive à faire voter la première loi de ce qu'on appelle l'Etat-Providence.³⁵³

Les arguments de ces partisans portent d'une part sur le caractère illégitime du travail des femmes dont la fonction est la reproduction. La protection spécifique est légitime puisque la femme n'est pas citoyenne. Le rapporteur M. Waddington reprend à son compte les arguments développés par un autre parlementaire en 1873 (M.Wolowski) : « je ne suis pas pour les systèmes qui veulent confondre dans l'attribution des mêmes droits les deux sexes ; mais c'est justement parce que je crois que la loi politique a bien fait de distinguer les droits des femmes des droits des hommes, que nous sommes tenus à plus d'attention et de respect lorsqu'il s'agit de donner protection à la femme ». L'Etat doit se substituer au mari pour protéger les veuves. Enfin, le discours scientifique prend le relais pour justifier une nature féminine, la vocation des femmes à perpétuer l'espèce rendant impossible leur accès à des fonctions supérieures³⁵⁴. Auguste Comte s'appuie sur la biologie qui s'est constituée en science au milieu du XIX^{ème} siècle et qui affirme la hiérarchie des sexes. Après la défaite de la France en 1870, l'argument nataliste est très présent : « Nous ne voulons pas empêcher la femme de travailler ... ce que nous voulons c'est qu'on ne puisse pas compromettre sa santé, la santé de ses enfants, ni compromettre la famille ainsi que la natalité dans ce pays et compromettre par suite le recrutement militaire ».³⁵⁵

³⁵¹ Marie-Thérèse Lanquetin « Législation particulière relative au travail des femmes et principe d'égalité professionnelle » Commission des mesures particulières du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle, Paris, 1985.

³⁵² Michelle Zancarini-Fournel, « Archéologie de la loi du 2 novembre 1892 » in *Différence des sexes et protection sociale*, s/ dir. Leora Auslander et Michelle Zancarini-Fournel, Ed. PUV Saint-Denis 1995, p.75-92. Elle cite notamment les débats à la Chambre du 21 mars 1891 du député de la Nièvre, Girerd : « Il n'y a aucune espèce de raison pour que la loi intervienne et réglemente les conditions de travail des majeurs, que ce soient des hommes ou des femmes. Si vous voulez faire quelque chose pour les femmes, élevez-les, agrandissez leur rôle, développez en elles le sentiment de leur propre dignité : c'est que vous ferez en les considérant comme des majeures aussi indépendantes que les autres et en leur assurant la liberté de leur travail ».

³⁵³ *ibid.* : « si l'expression paraît abusive pour la fin du XIX^{ème} siècle, c'est cependant le début de l'investissement de l'Etat républicain dans le social pour, entre autre, faire pièce à la philanthropie chrétienne, ce qui rend encore plus paradoxal le soutien des catholiques monarchistes à la loi de protection »

³⁵⁴ Geneviève Fraisse citée par Michelle Zancarini-Fournel préc. p.86.

³⁵⁵ M. Lyonnais, Débats parlementaires Chambre des députés séance du 2 juin 1888 p. 1714.

La défense de la nation passe par la relance de la démographie et la préservation de la race. La maternité est alors le service militaire de la femme.

La loi du 2 novembre opère par classification, par catégorisation de sexe, d'âge, excluant de son champ d'application les ateliers de famille afin de préserver l'autorité maritale. Elle concernera 4000 femmes dans l'industrie, mais se révélera inapplicable en raison de la diversité des catégories et des durées de travail visées³⁵⁶

M. Zancarini-Fournel fait observer, que cette loi, au plan symbolique aura écarté les femmes mariées du marché du travail, dans une période il est vrai de crise économique et de préservation de la main d'œuvre masculine³⁵⁷. Elle imposera une conception de la féminité qui va peser sur les ouvrières et sur l'ensemble des femmes pendant tout le XXème siècle. Quand la France sera condamnée par la Cour de Justice des Communautés européennes en juillet 1991, pour avoir maintenu l'interdiction du travail de nuit des femmes, les résistances furent encore très fortes.

L'Etat a ainsi construit un droit du travail fondé sur l'exclusion des femmes. En accordant des droits spécifiques aux femmes fondées sur leur devoir maternel, sur leur devoir national, la loi dite de protection est une loi d'exclusion car elle prive les femmes de l'accès aux droits universels. Il ne s'agit pas d'une « discrimination positive » puisque la finalité d'une telle disposition est d'exclure et non de tendre à l'égalité.

Ainsi, l'idée d'une intervention de l'Etat progresse et l'accord se fait sur les problèmes démographiques. La « population » devient une question sociale. Mais plus encore, le régime démographique est une contrainte majeure qui justifie l'institution familiale. En effet, la fonction de l'institution familiale se situe surtout dans l'organisation de la nuptialité, alors que mortalité et fécondité étaient plutôt réglées par le destin. Cet état de fait laissait peu de place à la décision individuelle³⁵⁸. Et bien que, comme l'a montré P. Bourdieu, plusieurs stratégies d'alliance aient été possibles, de fait, toutes répondaient à la même finalité, la reproduction du système³⁵⁹.

Les institutions, et la famille en particulier, répondaient à une logique de survie et de reproduction. Elles assuraient la cohérence et la stabilité de la société, en même temps qu'elles la protégeaient contre la menace des changements de régimes démographiques. L'institution était dans les sociétés traditionnelles un régulateur du comportement, permettant la survie du groupe, notamment par le maintien d'un réseau d'alliances.

Mais l'institution ne peut que se fonder sur une différenciation et sur une nécessaire complémentarité entre les individus. La différence des sexes est ainsi au fondement même de l'institution familiale car « chaque sexe détient seulement une partie des fonctions indispensables à la survie des individus »³⁶⁰. Les hommes et les femmes sont liés non seulement par leur complémentarité biologique mais aussi par ce que Françoise Héritier appelle un « contrat d'entretien », lequel exige une solidarité maintenue³⁶¹. Et cette solidarité n'a jamais été égalitaire comme le rappelle justement L. Roussel³⁶² : « Le statut inférieur de la femme, dans ces sociétés, se manifestait dans le pouvoir accordé à l'homme de décider pour la famille. Quelle que fût la forme de cette autorité et quelle que fût la forme d'autonomie laissée à la femme, sa situation s'expliquait fondamentalement par le fait qu'elle était toujours dans le mariage, objet de l'échange, et à aucun moment acteur de l'alliance ».

³⁵⁶ Les industriels faisaient alterner les équipes et l'usine fonctionnait pendant 18 heures. La première équipe commençait à 4 heures du matin jusqu'à 9 heures, la seconde de 9 heures à 1 heure. La première reprenait de 1 heure à 5 heures de l'après-midi et la seconde de 17 heures à 22 heures. Ce qui impliquait une présence continue de 4 heures du matin à 5 heures du soir ou de 9 heures à 22 heures. Exemple donné dans les commentaires de la loi du 30 mars 1900, Sirey lois annotées 1900, p.1089 et s.

³⁵⁷ Madeleine Guilbert précise que la revendication « à travail égal, salaire égal » est exprimée par des travailleurs masculins avec un objectif ambivalent : « Obtenir pour les femmes un salaire égal pour un travail égal partout où l'on tend à la substituer aux hommes reviendrait, tout en soutenant un principe juste et conforme à l'idéal humanitaire du mouvement syndical, à enlever aux employeurs toutes raisons de les préférer aux travailleurs masculins. Il serait injuste de prétendre qu'il s'agit d'un état d'esprit général. Il n'est pas absent de certaines interventions ». Madeleine Guilbert, *Les femmes et l'organisation syndicale avant 1914*, Ed. du CNRS 1966, p.192.

³⁵⁸ Louis Roussel, préc.p.19

³⁵⁹ Pierre Bourdieu, « Les stratégies matrimoniales dans le système des stratégies de reproduction », *Annales ESC*, 1972, n° spécial sur la famille.

³⁶⁰ L. Roussel, op. cité, p. 27, se référant à B. Bettelheim

³⁶¹ Françoise Héritier, « Les dogmes ne meurent pas », *Autrement* 3, 1975, pp. 159 et suiv.

³⁶² op.cit. p.27

De plus, la survie du groupe n'exige pas seulement la cohésion du moment, elle implique aussi la transmission, d'une génération à l'autre des capitaux réels et symboliques. La première condition est donc d'avoir des enfants. Ainsi dans la société traditionnelle, l'institution donnait une chance supplémentaire de survie.

La sociologie naissante

La sociologie née de la révolution industrielle s'est fortement positionnée à l'inverse de la glorification de l'individu et du contrat (jusqu'au contrat implicite entre les parents et les enfants conçus par Hobbes pour rationaliser la relation filiale) par les philosophes des Lumières et par les courants doctrinaux de la Révolution française³⁶³. Dans cette pensée sociologique, plus en accord avec les traditionalistes qu'avec les progressistes, l'idée de « communauté » prévaut sur celle de l'individu³⁶⁴. C'est précisément à partir de ce qu'ils considèrent comme la menace de « l'individualisation de la famille », des excès de l'individualisme sur la préservation du lien social, que les sociologues de cette période valorisent la famille comme élément de ce que Durkheim appellera « l'autorité sociale » comme corps intermédiaire « indispensable au maintien de la cohésion sociale, à l'existence même de la société, et à l'évitement d'un ordre politique despotique où rien ne subsisterait entre l'Etat et les individus.

L'Etat reste ou en tout cas est resté jusqu'à une période très récente à la fois dépendant de l'institution familiale et d'une certaine façon obligé d'intervenir sur elle.³⁶⁵

La première raison de cette dépendance est formulée dans une conception holiste de la société, d'inspiration durkheimienne : le paradigme de la nation est central, la société est conçue comme un tout organisé, supérieur aux parties qui la composent. Sous tutelle plus ou moins affirmée de l'Etat, la famille comme institution joue un rôle premier de socialisation et de construction de l'ordre social. L'intervention de l'Etat dans « les détails de la vie de famille » se justifie alors par la nécessité de corriger l'arbitraire du pouvoir patriarcal ou du despotisme du père (selon Durkheim) et plus largement les désordres du gouvernement familial, les diverses manifestations de l'incompétence de la famille, notamment à élever et éduquer les enfants. La conception achevée de ce modèle de la tutelle conduit logiquement à remplacer le « patriarcat familial » par « le patriarcat d'Etat ».

C'est aussi au nom de cette conception générale que l'émancipation de la femme par le travail peut être perçue comme un risque de destruction de la communauté, ou l'idée d'individu sexué comme contradictoire avec l'idée de social.

Cette vision de la femme rejoint celle de Durkheim dont il est souligné par certains auteurs qu'elle est présente tout au long de son œuvre, et dont il est supposé qu'elle est destinée à « préserver une conception réactionnaire des rapports entre hommes et femmes ».

³⁶³ Jacques Commaille *Stratégies des femmes* préc. p.126

³⁶⁴ Comment ne pas s'étonner de cette conception alors que la France refuse le communautarisme !

³⁶⁵ Jacques Commaille rappelle que « Même en cas de refus de toute politique familiale explicite, y compris au nom du respect de la « privacy », l'Etat conserve *a minima* l'obligation de réguler par le droit civil les rapports complexes et les désajustements éventuels entre filiation biologique, domestique et généalogique. La seconde justification de l'intervention publique dans les affaires de famille, plus universelle que la précédente car moins liée à une conception particulière, durkheimienne et française de la cohésion sociale et de l'Etat, tient à une nécessité anthropologique de toute société « d'insérer chacun dans un système de représentation et d'appartenance qui est un ordre symbolique du monde et qui a pour valeur de transformer le simple fait reproductif en une suite de générations, et en définitive une histoire de l'humanité ». Ainsi le droit a-t-il pour fonction, souvent oubliée ou méconnue, d'instituer ce que Irène Théry appelle la composante généalogique de la parenté, distincte de la composante biologique ou de la composante domestique. « Le droit a la charge non seulement de donner le titre de parent en fonction de certaines règles et procédures, à tel ou tel individu et ce faisant il inscrit chaque enfant dans un système symbolique de représentation de la parenté ». Comme le dit Nadine Lefaucheur, l'institution matrimoniale qui présentait l'intérêt de réunir les trois composantes de la filiation évoquées par I.Théry, permettait au travers des règles du droit qui la mettaient en forme, de trier les individus selon leur sexe, leur âge, leur rang dans la fratrie et faisaient des uns des « chefs de famille » et des autres des « dépendants » à charge. Mais surtout « faisant les pères, elle faisait aussi les héritiers potentiels : les enfants légitimes et les non-héritiers, les bâtards ».

Le rappel de ces conceptions nous paraît d'une importance fondamentale pour notre propos. Il nous permet de retrouver la genèse de cette réticence, plus ou moins explicite, plus ou moins inconsciente, à l'engagement de la femme dans la vie professionnelle. De façon spécifique par rapport à l'homme, ce que menace l'engagement professionnel de la femme, ce n'est pas seulement une certaine conception de la famille, mais, plus largement, une conception de la société parée des vertus de la « communauté » par une certaine conception de l'ordre social et de l'ordre politique.

Dans cette opposition doctrinale entre les tenants de l'individu où « la famille n'existe pas en tant que telle, mais seulement comme un des lieux de l'existence sociale des individus » et ceux de la famille considérée à partir de l'extrême importance de la fonction sociale qu'elle est censée assumer pour toute la société, nous avons les termes d'un débat qui continue de traverser structurellement la société française. L'hypothèse confirmée par les travaux analysés est bien celle d'une tension entre ces deux pôles et cette tension marque fortement la question de la relation activité professionnelle/vie familiale.

D'un côté, un « familialisme » s'inscrivant dans cette tradition rapidement évoquée et correspondant à un courant doctrinal affirmant la primauté de la fonction sociale de la famille. De l'autre côté, « un féminisme » entendu non pas seulement dans son acception militante, mais aussi comme préoccupé du sort de la femme comme individu, comme « sujet de droit » et s'inscrivant ainsi à l'opposé des principes fondateurs du « familialisme ». L'opposition relevée par Jacques Commaille entre les familialistes et les féministes présente un grand intérêt du point de vue de notre recherche. Mais ce que soutiennent en réalité les féministes c'est une vision des droits fondamentaux de la personne, ce qui n'était pas nommé ainsi lorsque Jacques Commaille analysait cette opposition. Le langage traduit ici les évolutions.

De même, ce que J.Commaille nomme le rapport « Activité féminine/ vie familiale » que nous nommons « activité professionnelle-vie familiale » est l'expression d'une confrontation entre deux conceptions fondamentales de l'ordre social, ancrées dans l'histoire dont l'incompatibilité reste encore à démontrer. Cette opposition sera nommée « conciliation » par les politiques publiques nationales ou communautaire ou mieux « articulation » (en Allemagne), car la conciliation apparaît fortement connotée, entre deux aspirations portées par les mêmes individus. Il s'agit pour Jacques Commaille d'une confrontation à assumer entre deux logiques politiques en même temps que deux formes d'expressions sociales a priori contradictoires.

Le familialisme du droit social français

Pierre Strobel insiste quant à lui sur les liens du droit avec la recherche de solidarité qui est d'abord familiale. Si l'on s'arrête plus spécifiquement sur le cas français qui inspire le modèle durkheimien, on doit selon lui et F. Schultheis, mettre l'accent sur la conjonction particulière de forces : natalisme, familialisme consensuel, catholicisme social qui lors de l'émergence tardive d'une protection sociale moderne ont amené à prendre en compte le fait familial comme « catégorie à part entière des politiques sociales ».

En effet, dans le cas français comme dans le cas allemand, une conception familialiste commune représente l'individu comme inscrit positivement et fortement dans « une institution familiale à partir de laquelle il s'adresse, participe à la sphère sociale et contribue à la structurer. » Mais, en Allemagne, lors de l'émergence de l'ère bismarckienne d'une protection sociale moderne « la famille ne joua pas le rôle d'une catégorie sociale pertinente, mais fut au contraire construite selon une logique de subsidiarité comme un cadre essentiellement privé de reproduction sociale, strictement clos par rapport à toute forme d'intervention publique » (en dehors de la seule régulation juridique de l'obligation alimentaire pour les pères).

Au contraire, dans la conception française de la protection sociale qui émerge avec le Code de la famille puis à la Libération et qui reprend à son compte les initiatives patronales de « sursalaire familial », la famille est conçue comme une catégorie centrale du droit social, en tant qu'unité de base à protéger : « il est institué une organisation de la sécurité sociale, destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature, susceptibles de réduire ou supprimer leur capacité au gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent » (article 1 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 créant la sécurité sociale).

Ainsi le familialisme à la française ne doit-il pas être recherché dans les caractéristiques et l'ampleur de la politique familiale ; en amont, il est inscrit fondamentalement dans la conception même de pans entiers de la protection sociale.

Le modèle de M. Gagnepain à la française suppose fondamentalement que la famille et non l'individu est l'unité de base en faveur de laquelle s'opèrent les transferts familiaux, à charge pour elle de procéder à une

redistribution équitable à chacun de ses membres, en fonction de leurs besoins, et ce par opposition à une redistribution aux individus en vertu de leur citoyenneté ou résidence sur le territoire d'un Etat. Ce modèle suppose un comportement rationnel et transparent de cette unité familiale, et une stabilité dans le temps de celle-ci. Il repose de plus sur l'hypothèse originelle d'une situation tendancielle de plein emploi et de stabilité de l'emploi permettant à un individu en âge de travailler, chargé de famille dans le cadre d'une union stable, de couvrir par le système contributif, (les cotisations), les risques éventuels qu'il peut rencontrer, ainsi que sa famille. Contrairement au compromis salarial allemand qui permet à l'ouvrier masculin de nourrir sa famille, il s'inscrit dans une norme salariale fixée historiquement au plus bas, c'est-à-dire au niveau des besoins d'un ouvrier célibataire.

Ainsi, Pierre Laroque, précise-t-il à la Libération que « sous l'angle de la Sécurité sociale, le salaire doit être déterminé en fonction des besoins, il doit assurer à chacun, à chaque travailleur les moyens de faire vivre dans des conditions décentes toute la famille. Et c'est pourquoi, au taux du salaire, se rattache très directement le problème des allocations familiales, qui est un des aspects du problème de la sécurité sociale ».

Ce modèle se rapproche du modèle du *breadwinner* anglais ou de son équivalent allemand, dans le sens où non seulement, il définit une norme familiale hiérarchique, mais parce que le droit de l'individu à la protection assurantielle découle, non de sa citoyenneté mais de ses liens avec le marché du travail. Cependant, contrairement au modèle allemand ou britannique qui renvoient les mères célibataires ou seules et leurs enfants vers les mécanismes de l'assistance ou de l'obligation alimentaire, le modèle français se distingue par l'inclusion du fait familial et du « risque famille » dans la protection sociale.

II – Emergence de la logique égalitaire et résistance de l'institution familiale

La dépendance par rapport à la famille marque profondément le statut de la femme. Les femmes se trouvent écartelées entre deux engagements, dans la maternité et dans le travail. Cette dualité identitaire fonde deux modes d'accès à la citoyenneté sociale : l'un qui découle de l'engagement dans la famille, l'autre de l'engagement professionnel.

Nous avons vu comment cette dépendance des femmes s'ancre dans la famille, et comment elle découle d'une conception de la famille comme fondement de l'ordre social. Les difficultés que rencontrent les politiques publiques pour mettre en œuvre l'égalité entre hommes et femmes s'expliquent par la nature contradictoire des objectifs, et par la difficulté de construire un compromis durable entre aspirations égalitaires et préservation de l'institution.

La logique d'égalité a été affirmée après la IIe Guerre mondiale, d'abord en 1944³⁶⁶ par la reconnaissance des femmes comme citoyennes, puis en 1946 dans le Préambule de la Constitution³⁶⁷ lequel affirme parmi les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » : « La loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme ».

Désormais, la femme était citoyenne, mais n'avait pas la liberté d'exercer une activité professionnelle sans accord de son époux. Il lui faudra attendre 1965.

Cette affirmation a donc demandé du temps pour prendre sens. En 1948, la perception des rôles entre les femmes et les hommes n'avait guère évolué comme en témoigne la jurisprudence Mouflin.³⁶⁸

La construction du principe d'égalité

Le principe d'égalité peut en effet recevoir plusieurs acceptions, d'autant plus que la conception du principe d'égalité entre hommes et femmes au sens du droit communautaire s'impose au droit national. Par ailleurs, s'applique également le droit international des droits de l'Homme, notamment, la Convention 111 de l'OIT

³⁶⁶ Votée par l'Assemblée consultative le 23 mars 1944, et Ordonnance du 21 avril 1944 sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics.

³⁶⁷ Qui fait partie du « bloc de constitutionnalité » c'est-à-dire des textes qui au delà de la Constitution actuelle font partie des normes de références constitutionnelles au même titre que la Déclaration des droits de 1789.

³⁶⁸ CJCE 13 décembre 2001. Mouflin, préc.

relative à l'égalité de traitement dans l'emploi ³⁶⁹, la Convention de l'Onu sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes ³⁷⁰.

Or, le droit international et le droit communautaire ont une conception plus concrète, plus exigeante de l'égalité que la conception française ³⁷¹.

Selon la présentation de Jean Rivero ³⁷² l'égalité a d'abord signifié une égalité *devant la règle de droit*. La Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 reconnaît à tous les citoyens l'égalité en droit. Les citoyens sont égaux. Il s'agit d'une égalité formelle, essentielle, sans considération de la personne. A côté de cette égalité, *l'égalité dans la règle de droit* s'analyse comme une injonction donnée à ceux qui édictent la règle de ne pas créer d'inégalités. La loi doit donc traiter les situations identiques de façon identique et la généralité de la règle apparaît comme une garantie d'impartialité. Cette conception correspond à l'Etat libéral et neutre du XIXe siècle. Toute intervention spécifique serait supposée modifier l'égalité abstraite établie entre citoyens et les différences de traitement ne sont justifiées que par une différence de situation ou par l'utilité commune c'est-à-dire l'intérêt général. Actuellement, le Conseil constitutionnel français dans les très nombreuses décisions qu'il rend sur ce fondement, considère que le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle car « la loi est la même pour tous ». Le principe d'égalité devant la loi et dans la loi sont des principes de justice formelle. Ils n'ont pas pour vocation principale de s'attacher à résoudre les problèmes soulevés dans des situations matérielles, concrètes.

L'égalité se réalise aussi *par la règle de droit*. L'égalité recherchée est alors non seulement concrète mais correctrice au nom du principe d'égalité de chances.

Le droit français a longtemps considéré que l'égalité des chances était contenue dans l'égalité en droit. La nécessité de corriger les inégalités a conduit à admettre des actions dont l'objectif est de tendre à réaliser l'égalité concrète. Mais les mesures adoptées sur ce fondement doivent être différenciées des mesures dites de protection qui ont été longtemps fondées sur une vision différentialiste des rôles des hommes et des femmes. C'est ainsi que les femmes « travailleuses » ont longtemps été considérées comme étant dans une situation différente ce qui a justifié leur statut dérogatoire et les interventions dites « protectrices » de l'Etat Providence. Mais il ne s'agissait pas alors de tendre à l'égalité des chances ³⁷³.

Le droit communautaire a une conception plus concrète puisque selon la jurisprudence de la CJCE, « la discrimination consiste à traiter de manière différente des situations similaires, [*mais aussi*] de manière identique des situations différentes ». Il dessine une figure symétrique de l'égalité : à situations égales, traitement égal, à situations différentes, règles différentes. Cette conception du droit communautaire a trouvé largement à s'appliquer en droit communautaire de l'égalité entre hommes et femmes. La jurisprudence de la Cour a également construit la notion de discrimination indirecte pour considérer l'impact d'une mesure apparemment neutre.

La conception française est plus étroite dans la mesure où le principe d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents. Cela ne peut être qu'une possibilité pour la règle de droit. L'exemple le plus récent se trouve dans la décision du Conseil constitutionnel du 14 janvier 2002. Le Conseil, en effet, s'est saisi d'office d'une disposition résultant de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle et spécialement à la mixité des jurys de concours ³⁷⁴ estimant

³⁶⁹ Convention adoptée en 1958 et ratifiée par la France en 1981. On peut citer également la convention 100 de l'OIT relative à l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins adoptée en 1951 et ratifiée par la France en 1952.

³⁷⁰ Convention de 1979 ratifiée par la France en 1984. Son champ d'application est large il vise tous les domaines, c'est-à-dire les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux

³⁷¹ Sur le principe d'égalité en droit français, cf. notamment : Rapport du Conseil d'Etat, 1996, La documentation Française 1997 ; Nicole Belloubet-Frier, « Les droits fondamentaux », *AJDA*, juillet-août 2000, p.152-164.

³⁷² Cf. Jean Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, p.349, Travaux de l'Association Henri-Capitant (t.XIV, 1961-1962), 1966.

³⁷³ Un raisonnement en terme de proportionnalité à l'objectif poursuivi doit être pris en compte dans la justification de la mesure.

³⁷⁴ Décision n°2002-45 Cette disposition affirmait : « Les jurys de concours sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée des femmes et des hommes ». Elles ne sont pas remises en cause mais doivent être considérées comme n'ayant qu'une portée incitative. En revanche d'autres dispositions de certains articles de cette loi selon lesquelles un décret en Conseil d'Etat fixera la proportion des membres des jurys appartenant à chacun des sexes doivent être considérées comme inconstitutionnelles ou du moins inopérantes. En effet, la fixation de manière générale et par voie réglementaire de quotas par

qu'elle n'était pas conforme à une disposition du bloc de constitutionnalité. Ainsi s'agissant des hommes et des femmes, il n'y a pas lieu d'opérer des distinctions là où la disposition constitutionnelle ne distingue pas.

Le droit communautaire³⁷⁵ mais aussi le droit international des droits de l'Homme³⁷⁶ légitiment les actions positives si celles-ci sont temporaires et destinées à rétablir l'égalité. Le droit français a résisté, on l'a vu, s'agissant de l'égalité entre hommes et femmes, à adopter de telles mesures au nom de la généralité de la règle de droit alors qu'il accepte, sous couvert de règles neutres, des mesures discriminantes qui concernent majoritairement les femmes.

L'analyse de la politique familiale doit donc se lire au travers du prisme de ces conceptions de l'égalité sachant que le droit communautaire ne s'applique pas à la question des prestations familiales et aux prestations de survivant dans le régime général de sécurité sociale³⁷⁷. Mais la convention de l'Onu implique une conception de l'égalité entre hommes et femmes, dans tous les domaines, proche de celle du droit communautaire. Ainsi notre ordonnancement juridique est inséré dans un ensemble plus ou moins complexe de normes constitutionnelles, communautaires et internationales parfois dotées pour ces dernières d'une efficacité non seulement verticale mais horizontale.

La construction du principe d'égalité révèle ainsi sa complexité qui n'est pas démentie lorsque l'on se réfère aux modifications qui à partir du milieu des années 60 affectent le droit de la famille aussi bien que le droit du travail. Les évolutions

Dans le droit de la famille

Concernant la politique du droit, le droit civil a connu un vaste mouvement de réformes depuis le milieu des années 60, dont l'objectif affiché est d'ajuster les dispositifs juridiques à l'évolution de la famille et à celle des manières de vivre. Ainsi, le statut de la femme mariée (« les droits de la femme ») va-t-il être progressivement aligné sur celui de l'homme. Par conséquent, les conditions de l'égalisation formelle vont être progressivement réalisées, en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, avec la loi du 13 juillet 1965 qui supprime le droit d'opposition du mari pour l'exercice d'une activité rémunérée par la femme³⁷⁸.

Le droit de la famille va connaître régulièrement des réformes tant en ce qui concerne les rapports entre personnes que du point de vue des régimes matrimoniaux. Ces évolutions manifestent la part d'autonomie du droit de la famille où les faits précèdent l'évolution du droit lui-même. Deux grandes périodes sont ici repérables, les années 70 d'une part et les années 2000 d'autre part.

En ce qui concerne le statut de parent de la femme, il sera consacré par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale³⁷⁹. De même, sur le plan de l'identité, la femme acquiert la possibilité de conserver son nom et de ne pas prendre celui de son mari. Et en 1985, la loi du 23 décembre permet à l'enfant de porter le nom de ses deux

sexe pour tel ou tel jury de concours serait inconstitutionnelle, nonobstant l'habilitation donnée par le législateur. Cette décision s'appuie sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. La disposition violerait le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics.

³⁷⁵ Article 141 du Traité d'Amsterdam

³⁷⁶ article 4 -1 de la Convention de l'ONU : »L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciale visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considéré comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquences le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints

³⁷⁷ article 2 par.2 de la directive 79/7 /CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

³⁷⁸ Cette loi marque une étape importante dans le processus d'égalisation formelle car elle est un pas vers une véritable cogestion des biens du couple marié, ce que renforcera la loi du 22 décembre 1985. Rappelons que le processus avait été amorcé en 1907 avec la loi de 13 juillet qui accordait à la femme mariée la possibilité d'exercer sans autorisation de son mari une profession séparée, s'il ne s'y opposait pas. Plus tard, la loi du 12 mars 1920 avait permis aux femmes actives d'adhérer à un syndicat professionnel. Et la loi du 18 février 1938 avait abrogé l'incapacité civile de la femme et la puissance maritale.

³⁷⁹ Elle substitue la notion « d'autorité parentale » à celle de « puissance paternelle ».

parents, mais seulement à titre d'usage³⁸⁰. Toutes ces questions ont été encore revues au cours des dernières années, dans le sens du renforcement de l'égalité formelle³⁸¹ : amélioration des droits du conjoint survivant, réforme du nom patronymique, réforme de l'autorité parentale et de la filiation, révision de la procédure du divorce.

Dans le droit du travail

À ces évolutions du droit civil qui ont changé le statut de la femme dans la sphère privée, il faut ajouter celles qui concernent la place de la femme dans l'univers professionnel. Le principe de l'égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de valeur égale a été posé dans la loi du 28 décembre 1972, en réalité pour rendre plus visible la convention n°100 de l'OIT. L'égalité professionnelle a été consacrée par la loi du 13 juillet 1983, dite « loi Roudy » cette loi transposant une directive communautaire de 1976³⁸². Elle sera complétée par la loi du 9 mai 2001³⁸³. Plus généralement, la loi de 16 novembre 2001³⁸⁴ apporte une vision renouvelée du droit de la discrimination. Elle transpose la directive 97/80 du Conseil de l'Union européenne en matière de charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe³⁸⁵.

Ces avancées dans le droit de l'égalité entre femmes et hommes correspondent à un changement de logique³⁸⁶ de l'action publique : on est passé d'une logique protectrice à la fin du XIXe siècle et au début du XXe à une logique d'affirmation d'égalité de traitement au cours des trente glorieuses, puis depuis le milieu des années 70 à une logique de promotion de l'égalité par traitement des inégalités (égalité concrète), et ce, dans le champ de la famille comme dans celui du travail. Depuis 1976 en effet, les avancées ont été importantes, en relation notamment avec les ressources juridiques mobilisées au niveau européen par la Cour de justice des Communautés, ainsi que par les avancées politiques de l'Union et les impulsions de la Commission européenne³⁸⁷. Néanmoins, à l'échelle de l'histoire des femmes, l'exigence d'égalité est récente. Il ne faut pas alors s'étonner des difficultés de mise en œuvre du principe d'égalité entre les hommes et les femmes quand des logiques contradictoires se superposent ou bien n'apportent que des réponses partielles à une question plus globale. Penser, en 1972, régler la question des discriminations en matière de rémunération entre travailleurs masculins et féminins sans traiter de l'ensemble des conditions de travail des femmes était un leurre. De même, ne pas prendre en considération le droit de la protection sociale et continuer d'une certaine façon à privilégier les femmes alors que d'autres réponses auraient dû être apportées ne fait qu'entériner les difficultés que connaît le droit de l'égalité à être efficace et effectif.

Les années 60-70 amorcent une période de transformation quant à la place des femmes entre espace privé et espace public. En premier lieu, le rôle du mariage en tant qu'évènement fondateur de la famille s'estompe progressivement, marquant une certaine distance par rapport à l'institution du mariage et de la famille. Le mariage n'est plus l'acte qui lance le cycle de la vie familiale et qui, notamment, autorise la procréation. Ce faisant, la procréation n'est plus considérée comme la vocation principale du couple, et de plus, elle est

³⁸⁰ Le nom patronymique restait celui qui se transmet.

³⁸¹ Dans son discours d'ouverture de la conférence de la famille le 11 juin 2001, le Premier Ministre annonce clairement le référentiel de la politique du gouvernement : « Le gouvernement est en mesure de définir les grands axes d'une réforme qui s'articule autour du **principe d'égalité** : égalité des femmes et des hommes, égalité de la mère et du père, égalité des filiations ».

³⁸² Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre 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.

³⁸³ La loi prévoit l'intégration de l'égalité entre femmes et hommes à toutes les négociations dans la logique du « mainstreaming » impulsé par la commission européenne.

³⁸⁴ Cf. articles L.122-45 et L.123-1 du Code du travail

³⁸⁵ M.T. Lanquetin « Discriminations à raison du sexe. Sur la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve », *Droit social* n°7/8, 1998, p.688-695.

³⁸⁶ M.T. Lanquetin « L'égalité professionnelle, le droit à l'épreuve des faits » in *Les nouvelles frontières de l'inégalité* La Découverte 1998, préc ;

³⁸⁷ Cf. chapitres 3 et 4.

désormais librement choisie par les femmes elles mêmes. Enfin, le statut des membres du couple se modifie du fait de l'entrée massive des femmes dans le salariat. La diffusion du modèle de famille où les deux conjoints ont une activité professionnelle, aboutit à une prise de distance vis-à-vis des obligations liées à la sphère privée. Parallèlement, le modèle de la femme au foyer s'estompe dans les représentations collectives. Mais cela ne signifie pas que l'assignation domestique des femmes ait disparu, au contraire, puisqu'elles sont confrontées au cumul des tâches.

Cependant, ces transformations de la vie privée et de la vie publique ouvrent des perspectives d'égalisation. Elles remettent en question le modèle familial hiérarchique tel qu'il était construit dans la société industrielle selon une conception de la différence des sexes et de leur complémentarité. Cette assignation des personnes à des places définies en fonction de leur sexe, est progressivement devenue illégitime pour les femmes elles-mêmes, qui étant plus éduquées aspirent à faire valoir leur formation et leur qualification dans la sphère publique, et pour la société tout entière. Les revendications égalitaires se sont développées, au sein du Mouvement des femmes (et pas seulement le mouvement féministe) comme au sein des syndicats et des partis politiques (cf. la floraison de groupes de femmes dans les années 70, l'influence du MLF et de nombreux autres mouvements). Ces revendications se sont exprimées dans tous les domaines : le droit à l'emploi, le droit à la contraception, le droit de vivre selon son désir, de se marier ou ne pas se marier, etc. C'est dans ce contexte de progression de la liberté des femmes que la question de l'égalité est reformulée.

Les femmes ne posent pas seulement la question de leur place dans la sphère privée, mais aussi interrogent les institutions qui permettent la reproduction des inégalités entre les hommes et les femmes. Ce sont par conséquent les principes organisateurs de la société qui sont questionnés et en particulier les principes d'action politique, qui à travers les politiques familiales reproduisent en fait les inégalités de genre au sein de la sphère privée. C'est ainsi que le privé est devenu politique comme l'affirmaient les auteures des deux numéros de la revue *Partisans* au début des années 70. Les revendications féministes peuvent être vues comme l'expression de revendications en faveur d'une « démocratisation » de la vie privée, pour reprendre le terme de Giddens³⁸⁸, comme de la vie publique : relations plus libres et plus égalitaires, autonomie économique, négociations des décisions, etc.

L'intégration des femmes dans le salariat a permis cette évolution vers une forme de démocratisation de la vie privée, mais paradoxalement cela a rendu plus visibles les inégalités³⁸⁹. C'est d'ailleurs à ce moment que la sociologie ajuste son propos (M. Guilbert et Evelyne Sullerot dans la sociologie du travail ; Andrée Michel dans la sociologie de la famille et de la vie privée ; Agnès Pitrou dans la sociologie des politiques familiales, puis plus tard Margaret Maruani et les sociologues féministes regroupées au sein de l'APRE)³⁹⁰. Tous les travaux des années 80 montrent que les inégalités observées dans le monde du travail trouvent leur origine dans le fait que les femmes restent les gardiennes « du foyer » et de la famille, en dépit de leur engagement professionnel. C'est donc bien le rapport à la famille qui est en cause, ainsi que l'explique J. Commaille³⁹¹.

Les ambiguïtés des politiques publiques

Face à ces aspirations égalitaires, les politiques publiques ont fourni des réponses ambiguës. L'ambiguïté vient de l'alternance des partis politiques au pouvoir qui sont loin d'avoir le même point de vue sur les enjeux politiques de l'égalité et de la famille³⁹². Elle vient aussi de la superposition des mesures qui ne sont pas

³⁸⁸ Giddens, A., *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge : Polity Press, 1992.

³⁸⁹ Sur ce point voir l'ouvrage collectif sous la direction de Margaret Maruani, *Les nouvelles frontières de l'inégalité : hommes et femmes sur le marché du travail*, Paris : La découverte, coll. « Recherches », 1998.

³⁹⁰ Sur ce point voir M. Maruani, « L'emploi féminin dans la sociologie du travail : une longue marche à petits pas », chap. 2, in J. Laufer, C. Marry et M. Maruani (dir.), *Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme*, Paris : Puf, coll. Sciences sociales et Sociétés.

³⁹¹ Commaille, op. cit. 2001.

³⁹² Cette diversité des points de vue vis-à-vis de l'action publique en matière familiale est présentée dans : O. Büttner, M-T. Letablier et S. Pennec, *L'action publique face aux transformations de la famille en France*, Rapport de recherche, convention IPROSEC/Université de Loughborough/ Commission européenne, Centre d'études de l'emploi, février 2002. Le rapport présente les résultats d'entretiens menés auprès des partenaires de la politique familiale.

toujours cohérentes entre elles. Mais elle vient surtout de l'incertitude qui marque la position vis-à-vis de la condition des femmes, et qui est le fruit d'un lourd héritage. L'enjeu se situe autour de l'ordre familial et de son maintien, et par conséquent autour de la place des femmes dans le gouvernement de la famille, et de leur dépendance. Sous couvert de préserver le « libre choix » des mères de travailler ou d'élever leurs enfants, les politiques développées jusque dans les années 90 ont été quelque peu contradictoires dans leurs objectifs et leurs moyens³⁹³. D'un côté, une politique « d'égalisation des conditions » (Commaille, 2001) a été menée, à la fois dans le droit et dans la politique familiale proprement dite. Et de l'autre, une politique de soutien à la maternité et au rôle des femmes dans la famille au détriment de leur engagement professionnel. Les politiques ont donc obéi à des injonctions contradictoires, d'une part préserver l'institution familiale et de l'autre répondre aux aspirations des femmes en faveur d'une égalisation des droits et des pratiques.

Les résistances de l'institution familiale

Les rôles domestiques et parentaux sont au cœur des tensions entre les aspirations démocratiques des couples et le quotidien qui reproduit la division sexuée des rapports domestiques. La relation parentale est l'un des points d'ancrage de l'identité féminine qui reproduit l'inégale répartition des rôles parentaux. Et ce faisant, le lien paternel est un élément important de la démocratie parentale. Mais, le maintien de ce lien dans les situations d'après divorce par exemple se heurte encore souvent à la manière dont le droit civil entérine la division sexuée des rôles dans la famille. En effet, comme l'a montré Thierry Blöss³⁹⁴, la gestion de l'après-divorce dans la plupart des cas ne fait qu'exacerber la spécialisation sexuée des rôles parentaux en attribuant à la mère un rôle pivot dans la prise en charge des enfants. Le même constat peut être fait dans les familles recomposées où les enfants sont plus souvent confiés à la mère qu'au père. La diffusion d'un idéal « démocratique » de famille en remplacement du modèle patriarcal, hiérarchique, n'a pas fait disparaître la subordination des femmes aux tâches parentales. Cette tension reflète la difficulté d'intégrer le principe d'égalité parentale dans les pratiques quotidiennes, tant la figure maternelle continue d'occuper une place prépondérante par rapport à la figure paternelle et ce, malgré les efforts des « nouveaux pères » pour faire admettre leur rôle. De fait, l'idéologie des compétences parentales reste bien intériorisée, y compris dans les jugements de divorce par exemple. Ainsi le décalage qui existe entre le principe d'égalité formelle entre les sexes et la réalité des pratiques tend à montrer que le modèle démocratique ou « contractualiste » de la famille que tentent de promouvoir les politiques en modernisant le droit de la famille, basé sur le consentement mutuel et l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ne s'est pas encore vraiment diffusé. Le conflit continue de caractériser les situations de ruptures conjugales, au point que la justice et les pouvoirs publics sont conduits à mettre en place des mesures de sauvegarde de l'intérêt des enfants, dont la mère reste le plus souvent la garante³⁹⁵. Si, avec le divorce par consentement mutuel, « l'intérêt de l'enfant » devient le critère principal d'organisation des relations entre la famille dissociée, force est de constater qu'en fait en dépit de l'affirmation de la co-responsabilité parentale, les jugements de divorce font pencher la responsabilité parentale du côté de la mère en déterminant une résidence principale et une résidence secondaire. Cette façon de faire institue une différence entre statut paternel et statut maternel. Cet exemple emprunté à T. Blöss montre que la rhétorique de l'égalité entre les sexes dans le domaine de la parentalité reste fragile. Les obstacles ne sont pas seulement culturels, ils sont entretenus par les institutions qui régissent les rôles parentaux.

L'abandon de la notion de « faute conjugale » dans les jugements de divorce, au profit de la notion de consentement mutuel, est un autre exemple pris par T. Blöss³⁹⁶ pour illustrer le caractère sexué des politiques publiques. Car de fait, l'enfant est confié encore le plus souvent à la mère. Par ailleurs le lien paternel post divorce est souvent défini par rapport à l'obligation de versement d'une pension alimentaire, alors que la mère assure la responsabilité de la vie quotidienne. Cette division des obligations reproduit le modèle du père pourvoyeur économique (même si le montant de la pension se révèle insuffisant) et de la mère en charge en

³⁹³ Pour de plus amples développements, on se reportera à l'ouvrage de Jane Jenson et Mariette Sineau, *Mitterrand et les Françaises. Un rendez-vous manqué*, Paris : Presses de Sciences Po, 1994.

³⁹⁴ Thierry Blöss, « L'égalité parentale au cœur des contradictions de la vie privée et des politiques publiques », in T. Blöss (dir.) *La dialectique des rapports hommes-femmes*, Paris : PUF, Sociologie aujourd'hui, 2001.

³⁹⁵ Thierry Blöss préc. p.64

³⁹⁶ Thierry Blöss préc. p.66

premier lieu de l'éducation et des soins. De plus, cet état de fait renforce les inégalités sociales dans l'exercice des rôles parentaux.

Enfin un autre exemple de ce que T. Blöss appelle la « domination masculine d'État » concerne l'officialisation des familles monoparentales. La manière dont s'est produite cette officialisation fait que le parent gardien (la mère) est érigé en « chef de famille » alors que le parent non gardien se trouve évincé de la famille qu'il formait avant son divorce, et à laquelle ses enfants continuent d'appartenir officiellement. Alors qu'une femme dans ce cas conserve son identité de mère quel que soit son statut matrimonial, le père perd la sienne qui est de fait beaucoup plus associée à son statut conjugal. Un homme divorcé devient un célibataire au regard du droit civil et du droit fiscal, tandis que l'identité maternelle est une assignation permanente. Plutôt que de parler de famille monoparentale, il serait plus judicieux de parler des « mères qui élèvent seules leurs enfants » ainsi qu'elles sont désignées dans la plupart des pays européens.

Par ailleurs, la politique de prestations sociales vis-à-vis des familles monoparentales, justifiée par leur appauvrissement relatif en comparaison des familles à deux salaires et destinée à compenser la baisse des ressources familiales induites par la séparation conjugale, est révélatrice du traitement ambivalent que les politiques publiques réservent aux parents selon qu'ils sont père ou mère. Avec l'API (allocation pour parent isolé) et l'ASF (allocation de soutien familiale), les politiques sociales/familiales s'efforcent de corriger les effets économiques de la séparation et admettent comme une norme que les mères soient ainsi désignées comme les principales dépositaires de l'institution familiale et par conséquent les désigne à supporter la charge matérielle et éducative. Ainsi, « le droit social compense le droit civil. L'impératif de solidarité publique atténue l'institutionnalisation inégalitaire des identités parentales sexuées »³⁹⁷.

Les tensions dans les politiques familiales

Du côté de la politique familiale, le bilan est plus contrasté qu'en matière de politique du droit civil. La raison en est que la politique familiale a été pensée par rapport à d'autres enjeux, ceux de la solidarité entre les familles notamment, et de plus, elle est fondée sur la cellule familiale et non sur l'individu. Elle est marquée par son lien avec la démographie. Elle est restée longtemps tributaire de l'injonction nataliste d'un côté, et de la protection due à la maternité de l'autre. Les années 50 et 60 restent des années où les tensions entre maternité et travail ont été très fortes, dans les politiques comme dans le mouvement social³⁹⁸. L'entrée des femmes dans le salariat a poussé les politiques à prendre des mesures pour favoriser l'articulation des deux mondes de la famille et du travail, et ce afin que l'activité professionnelle des femmes ne nuise pas à la fécondité, et aussi pour que les enfants soient traités sur un mode équitable par la collectivité. Mais en même temps, les politiques ont tenté à diverses reprises d'inciter les mères à retourner à leur foyer, pour s'occuper de leurs enfants et aussi pour en faire naître davantage³⁹⁹.

La politique familiale est l'un des lieux stratégiques où s'élabore et est mise en œuvre une politique d'égalisation. Progressivement depuis les années 70, on a vu émerger des éléments de cette politique : à la fois dans les institutions avec l'émergence de secrétariats d'État ou de ministères des droits des femmes ou de la condition féminine, dans le droit, et dans les mesures politiques. Cependant, l'institution familiale résiste et continue d'imprégner les politiques.

Ces difficultés sont confortées par les dispositions du droit du travail relatives au congé parental d'éducation. Si, selon l'article L. 122-28-3 du Code du travail, à l'issue du congé parental d'éducation, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente », des difficultés existent au moment du retour à l'emploi. Pour s'en tenir à la jurisprudence la plus récente, la notion d'emploi

³⁹⁷ Thierry Blöss, opus cit. p.70

³⁹⁸ Voir à ce propos les développements de Sylvie Chaperon sur l'histoire du Mouvement des femmes au cours des vingt années qui ont suivi la guerre (S. Chaperon, *Les années Beauvoir : 1945-70*. Paris : Fayard, 2000). Et plus particulièrement sur la politique familiale voir : J. Martin, « Politique familiale et travail des femmes mariées en France, perspective historique : 1942-1982 », *Population* n°6, 1998. Et sur la politique vis à vis de la maternité, voir : Y. Knibiehler, *La révolution maternelle*, Paris : Perrin, 1997, ainsi que le n° spécial de la revue *Panoramiques* dirigée par le même auteur : *Repenser la maternité*, Paris : Editions Corlet, 1999.

³⁹⁹ Pourrait être évoquée à ce propos la tentative du gouvernement Giscard d'Estaing à la fin des années 70 d'attribuer une prime forfaitaire à la naissance d'un troisième enfant, et plus tard au milieu des années 80 la réforme de l'allocation parentale d'éducation par la droite revenue au pouvoir, pour en faire un « salaire maternel ».

similaire a classiquement fait difficulté et la jurisprudence a dû dégager des critères opérationnels. La jurisprudence a considéré que l'emploi proposé n'était pas similaire lorsqu'il se traduisait par une modification du contrat ⁴⁰⁰, et que tel n'était pas le cas dans l'hypothèse d'un simple changement des conditions de travail. Ainsi, lorsque la salariée qui exerçait la fonction de caissière a été affectée à un emploi de gondolière excluant toute activité de caisse, on a considéré que la salariée ne s'était pas vue proposer un emploi similaire ⁴⁰¹. De même la jurisprudence considère que l'employeur ne respecte pas son obligation de reprendre une salariée sur un emploi identique ou similaire, lorsque la salariée employée en qualité de lingère avant son départ se voit proposer un emploi de garde-malade ⁴⁰². Pour la jurisprudence, il est logique de se référer aux fonctions exercées par le salarié au moment du départ en congé pour déterminer l'emploi qu'il doit retrouver à son retour. Les difficultés sont néanmoins bien réelles car même si l'employeur se voit condamné pour « licenciement sans cause réelle et sérieuse » avec les indemnités afférentes au profit de la salariée, le licenciement n'en existe pas moins. La salariée se retrouve privée d'emploi.

Les ambiguïtés des politiques familiales ont favorisé le maintien de discriminations entre les femmes et les hommes : les arrêts Griesmar et Mouflin en sont une illustration juridique et sociologique. Un détour par le régime de retraite des fonctionnaires permet de mesurer la prégnance du discours différentialiste que la Cour de Justice des Communautés européennes entend remettre en cause.

Comme nous avons pu le dire, le régime spécial de retraite des fonctionnaires a été adopté au XIXe siècle. La loi du 9 juin 1853 a unifié les pensions des fonctionnaires et organisé un régime de répartition géré par l'Etat. Ce régime comporte, depuis l'origine ⁴⁰³ et malgré certaines évolutions postérieures ⁴⁰⁴, d'importantes différences de traitement entre les hommes et les femmes. Ces différences s'expliquaient par la situation différenciée des femmes et des hommes dans la société du XIXe siècle et dans la première moitié du XXe siècle, laquelle justifiait aussi l'inégal accès à différents corps de la fonction publique ⁴⁰⁵. Certaines de ces différences ont déjà fait l'objet d'un contentieux devant la CJCE s'agissant des recrutements distincts d'hommes et de femmes dans la fonction publique d'Etat ⁴⁰⁶.

La CJCE a récemment rendu deux arrêts ⁴⁰⁷, le 29 novembre ⁴⁰⁸ et le 13 décembre 2001 ⁴⁰⁹ relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires, décisions qui étaient

⁴⁰⁰ Cass.soc. 1^{er} avril 1992, Droit social 1992, p.476. ; Cass.soc.22 mai 1997, Bull.V., n°186.

⁴⁰¹ Cass.soc. 12 mars 2002 Sté des Dunes c./ Mme Valérie Guilloux et Assedic de Caen, Droit social 2002 p.663.

⁴⁰² Cass.soc. 26 mars 2002 Société civile hospitalière et protestante de la Bourbonne c./Mme Zohra Ikhlef. *Droit social* 2002 p.664

⁴⁰³ Une pension de réversion fixée en 1853 au tiers de la pension du défunt était servie à la veuve du fonctionnaire

⁴⁰⁴ La loi du 14 avril 1924 a fixé la pension de réversion à la moitié de la pension du défunt, pension servie sans condition d'âge. Mais le veuf d'une femme fonctionnaire n'a longtemps eu droit à aucune pension. En 1924, le rapporteur de la loi justifiait, devant le Sénat, cette situation en ces termes : « Le décès d'une femme fonctionnaire, employée ou ouvrière, ne peut pas ouvrir droit à une pension de son mari. C'est la conséquence de notre état social : le mari n'est pas à la charge de sa femme ». La loi du 20 septembre 1948 s'est bornée à accorder une pension au veuf « atteint d'une infirmité ou maladie incurable le rendant incapable de travailler ». Une pension de réversion, sous certaines conditions restrictives d'âge (60 ans) et dans la limite d'un plafond (37,50% de l'indice 550 de la fonction publique) a été accordé au veuf par la loi du 26 décembre 1964. Cf. Conclusions du Commissaire du Gouvernement D.Chauvaux, Aff. M.Le Briquir, C.E.17 mai 1999, AJDA 20 juillet/20 août 1999, p.618. Des raisons de « morale traditionnelle » et des motifs financiers étaient avancés.

⁴⁰⁵ L'arrêt du Conseil d'Etat (Ass) du 3 juillet 1936, Delle BOBARD, Leb.p.721, avait reconnu l'égale aptitude des femmes aux emplois dépendant des administrations centrales et exigeait que les restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin soient justifiées par des raisons de service le nécessitant (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1999 12ème ed., n°55. Voir également l'arrêt OSTER CE (Ass) du 20 octobre 1950, Recueil Leb., p.508 et la jurisprudence citée par le commissaire du gouvernement G.Goulard sous l'affaire MOUFLIN, Avis du Conseil d'Etat du 4 février 2000, AJDA, 20 juin 2000 p.554. Sur l'accès des femmes à la fonction publique et « l'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes », cf Anne-Marie-Colmou, Rapport au ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, La documentation Française, 1999.

⁴⁰⁶ CJCE du 30 juin 1988 Aff-318/86 Commission des Communautés européennes c/France, Revue française de droit administratif 4(6), nov-déc-1988 note J-C Bonichot ; MTLanquetin, *Action juridique* n°75 p. 23

⁴⁰⁷ Le droit communautaire, on le sait, oblige les Etats membres à respecter le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes y compris en matière de sécurité sociale ⁴⁰⁷. Deux directives ont été adoptées à cet effet, l'une en 1978 relative à « la

attendues et pour partie prévisibles. Les questions préjudicielles posées à la Cour par le Conseil d'Etat dans l'affaire Griesmar et par le Tribunal administratif de Chalons-en-Champagne⁴¹⁰ dans l'affaire Mouflin, portaient sur les avantages réservés aux femmes fonctionnaires. Dans le premier cas, il s'agissait de la bonification d'un an par enfant réservée aux mères prenant leur retraite⁴¹¹, dans le second, du droit à une retraite anticipée pour les femmes fonctionnaires dans l'hypothèse d'une grave maladie de leur conjoint⁴¹².

Pour répondre aux questions préjudicielles posées par les deux juridictions françaises, la CJCE devait d'abord trancher la question de savoir si le régime de retraite des fonctionnaires était un régime « légal » ou un régime « professionnel » au sens du droit communautaire. L'enjeu est en effet d'importance. S'agissant des régimes légaux, comme le régime général de sécurité sociale, la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes est dite, selon la directive 79/7, « progressive » en raison des implications financières de telles évolutions. Tel n'est pas le cas des régimes professionnels de sécurité sociale dont les prestations sont définies comme des « avantages directs ou indirects payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier » c'est-à-dire comme une « rémunération » au sens de l'article 119 du Traité de Rome. Or on sait que l'article 119 est d'applicabilité directe⁴¹³. Il peut donc être invoqué directement par un travailleur et il est d'effet immédiat.

Ces deux affaires ont donc été l'occasion pour la Cour de préciser la nature juridique du régime spécial de retraite de la fonction publique afin de répondre aux questions posées.

Concernant la bonification, la Cour de justice décide que « nonobstant les stipulations de l'article 6 paragraphe 3, de l'Accord sur la politique sociale, le principe de l'égalité des rémunérations est méconnu par les dispositions telles que l'article L.12 b) du Code des pensions civiles et militaires de retraite en ce qu'elle exclut du bénéfice

mise en œuvre progressive » du principe d'égalité de traitement dans les régimes légaux de sécurité sociale⁴⁰⁷, l'autre, en 1986, concernait les régimes professionnels⁴⁰⁷. Ces directives autorisaient des dérogations que les Etats membres devaient reconsidérer périodiquement et une proposition de directive « balai » de 1987⁴⁰⁷ qui devait traiter des questions laissées en suspend n'a pas été adoptée.

⁴⁰⁸ Affaire C-366/99 Joseph Griesmar / Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation.

⁴⁰⁹ Affaire C-206/00 Henri Mouflin/Recteur de l'académie de Reims en présence du syndicat général de l'Education nationale et de la Recherche publique CFDT de la Marne.

⁴¹⁰ M. Mouflin a attaqué la décision de l'inspecteur d'Académie devant le Tribunal administratif de Châlons en Champagne lequel a saisi pour avis le Conseil d'Etat. Cet avis ayant été rendu le 4 février 2000 (conclusions du commissaire du gouvernement G.Goulard) le T.A a sursis à statuer et posé des questions préjudicielles à la CJCE. Le CE dans son avis estimait que les dispositions de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 qui interdit les discriminations à raison du sexe ne sont pas inconciliables avec les règles qui dans le code des pensions civiles et militaires de retraite sont plus favorables aux femmes qu'aux hommes dès lors que ce code est distinct du statut général des fonctionnaires par son objet et son champ d'application. « Il en résulte que la loi du 13 juillet n'a eu ni pour objet ni pour effet d'abroger implicitement les dispositions de l'article L.24-I-3° b) ». Le TA n'a pas suivi l'avis du CE et a posé une question préjudicielle à la CJCE

⁴¹¹ Article L 12 b) du Code des pensions civiles et militaires : « Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par règlement d'administration publique, les bonifications ci-après : b) bonifications accordées aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, de leurs enfants naturels dont la filiation est établie ou de leurs enfants adoptifs et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingtième année révolue, pour chacun des autres enfants énumérés au paragraphe II de l'article L.18. »

L'article L.18 vise des majorations de pension de caractère familial et formulées de manière neutre quant au sexe. L'article L.13 vient en outre préciser davantage l'article L.12. IL dispose : les bonifications prévues à l'article 12 en faveur des femmes fonctionnaires est d'une année pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels reconnus ainsi que pour chacun des autres enfants qui, à la date de la radiation des cadres, ont été élevés dans les conditions et pendant la durée prévue audit article ».

⁴¹² Article L.24-I-3° b), sur le droit de la femme fonctionnaire de prendre une retraite anticipée « lorsque leur conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque »

⁴¹³ Il faut rendre ici hommage à Gabrielle Defrenne hôtesse de l'air à la Sabena, qui a dû partir en retraite en 1968, à l'âge de 40 ans en raison de son âge, alors que les stewards effectuant le même travail n'était pas concernés par cette limite d'âge. Elle a donc saisi les juridictions belges lesquelles, à trois reprises ont saisi la CJCE. Trois arrêts de principe Defrenne I, Defrenne II, Defrenne III ont été rendus.

de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraite les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants ».

- Les arguments développés concernant le droit à une bonification pour enfant (affaire Griesmar)

Dans l'affaire Griesmar plusieurs types de justification des bonifications ont été développées.

Le droit de la sécurité sociale française en effet accorde à la mère assurée sociale, sous certaines conditions, l'attribution d'une majoration de durée d'affiliation à l'assurance-vieillesse par enfant élevé. Dans le régime général, cette majoration est de deux ans par « enfant élevé »⁴¹⁴. Dans le régime des fonctionnaires, la majoration est d'un an par enfant⁴¹⁵. Cette bonification permet ainsi de liquider une pension civile, dans la limite de 40 annuités⁴¹⁶, du chef des bonifications prévues à l'article 12 du Code des pensions civiles et militaires. Elle permet également au fonctionnaire qui n'a pas le nombre d'annuités suffisant pour liquider sa pension à taux plein (75 % du salaire des 6 derniers mois avec 37ans 1/2) de compléter sa pension à raison d'un an par enfant et donc de 2 % par année de bonification.

Un fonctionnaire français, M.Griesmar a saisi les juridictions administratives françaises sur la compatibilité de ces dispositions avec le principe d'égalité de traitement.

Monsieur Griesmar soutenait que sa pension de retraite liquidée en 1991 et portée à sa connaissance le 11 mai 1992 avait été calculée sur la seule base de ses années de services effectifs. Il contestait ce mode de calcul et réclamait la prise en compte de trois annuités supplémentaires sur la base de l'article L.12 b), du Code des pensions civiles et militaires de retraite qui accorde aux fonctionnaires de sexe féminin une bonification pour chacun de leurs enfants. Il soutenait qu'il avait aussi droit à cette bonification par application du principe d'égalité de traitement, notamment dans le domaine des rémunérations, considérant que le régime des fonctionnaires était un régime professionnel. Il estimait, en outre, que seul s'appliquait l'article 119 dans sa version première, les versions ultérieures n'étant pas applicable à sa situation. Ayant saisi le Conseil d'Etat, en annulation de l'arrêté ayant liquidé sa pension sans tenir compte de la bonification d'annuités, ce dernier a décidé de surseoir à statuer et de poser des questions préjudicielles à la CJCE.

Plusieurs analyses ont tour à tour été soutenues dans ce dossier, concernant les bonifications accordées aux femmes par le régime de pension des fonctionnaires.

La première question était de savoir si cette bonification était accordée en raison de la maternité, de la fonction biologique de la femme⁴¹⁷ ou au contraire en considération de la charge liée à l'éducation des enfants c'est-à-dire de la fonction parentale⁴¹⁸.

Dans la seconde hypothèse, s'agissait-il d'une action positive au bénéfice des femmes pour compenser les désavantages qu'elles rencontrent dans leur carrière professionnelle ? Seules, en effet, les références à la fonction biologique ou à des mesures d'action positive étaient susceptibles de justifier une différence de traitement entre hommes et femmes.

Pour répondre à ces questions la Cour procède à l'examen de la structure de l'article L.12 b) dont la disposition première remonte à la loi du 14 avril 1924⁴¹⁹ mais qui a été modifiée en 1964 et en 1982. Dans sa formulation actuelle, cet article opère une distinction entre les enfants légitimes, les enfants naturels dont la filiation est

⁴¹⁴ Article L. 351-4 CSS. Cette majoration est différente de celle obtenue dans le cadre du congé parental d'éducation (article L.351-5 CSS où la majoration accordée au père ou à la mère égale la durée effective du congé parental.

⁴¹⁵ cf .note 8

⁴¹⁶ A raison de 2% par an sans pouvoir dépasser les 40 ans. Ce mode de calcul est plus intéressant que celui du régime général dans la mesure où la liquidation de la pension des fonctionnaires se fait par référence à la rémunération des 6 derniers mois en principe la plus élevée alors que dans le régime général la bonification s'applique à une pension calculée sur les 25 meilleures années.

⁴¹⁷ CJCE 16 septembre 1999 Aff-C-218/98 Abdoulaye/ Régie nationale des usines Renault

⁴¹⁸ CJCE 25 octobre 1988 Aff-312/86 Commission des Communautés européennes/République française Rec. p.6315, MTLanquetin, H.Masse-Dessen Droit social 1989 p.

⁴¹⁹ L'article 18 de la loi du 14 avril 1924 disposait : « Les femmes fonctionnaires ou employées bénéficieront d'une bonification d'âge et de service d'une année pour chacun des enfants qu 'elles auront eus »

établie et les enfants adoptifs⁴²⁰, et d'autre part « les enfants énumérés à l'article 18 paragraphe II du Code des pensions »⁴²¹. Pour ces derniers, le droit est ouvert à condition de les avoir élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième année révolue⁴²².

Avoir eu ou élevé des enfants ? Une bonification liée à l'éducation

M.Griesmar fait observer que la lecture de l'article L.12 b), fait apparaître que la bonification est accordée à des conditions différentes selon les enfants : d'une part, en ce qui concerne les enfants légitimes, naturels ou adoptifs, la bonification est accordée sous la seule condition d'en être la mère sans la condition de les avoir élevés ; d'autre part, pour les autres enfants mentionnés à l'article 18 (enfants du conjoint issus d'un mariage précédent...), la condition de les avoir élevés pendant neuf ans est exigée, mais sans la nécessité d'un quelconque désavantage professionnel causé par leur éducation.

Or, pour les enfants adoptifs, le congé d'adoption est accordé indifféremment au père ou à la mère et la bonification est accordée du seul fait d'être parent. Il ne voit pas donc pas pourquoi les hommes, en tant que parents seraient exclus en raison d'une mauvaise rédaction du texte modifiant imparfaitement celui de 1924. De plus, la bonification n'est pas liée aux périodes d'indisponibilité entraînées par le congé de maternité, lequel pourrait constituer un désavantage de carrière, interprétation confirmée par le fait que la bonification est accordée pour les enfants nés alors que la mère n'avait pas encore la qualité de fonctionnaire ou l'avait perdue ainsi que dans les cas où elle n'était pas en activité de service.

L'avocat général, dans de longs développements, reprend tous les arguments avancés. Il précise que ce n'est pas l'appartenance au sexe féminin qui, à elle seule ouvre, droit à la bonification litigieuse. La bonification se rattache à la maternité au sens large, mais il y a lieu, à cet égard, de distinguer la maternité biologique de celle qui découle de raisons juridiques (point 67). Le raisonnement de l'avocat général consiste à montrer le sens de la distinction opérée par le texte français entre *avoir* et *élever* des enfants. Si la disposition litigieuse vise les enfants que la femme a « eus » c'est parce qu'elle est discriminée en tant que mère plus qu'en tant que femme : l'aspect physiologique de la maternité soumet la femme à certaines contraintes spécifiques dont le législateur tient compte et qui ont un impact sur l'activité professionnelle (point 70). Ces circonstances nécessairement liées à la maternité sont des raisons objectives qui, au-delà des mesures de protection particulière, justifient une compensation spécifique pour les femmes.

Se plaçant également du point de vue de l'aspect social de la maternité, c'est-à-dire « des dépenses et restrictions physiques, temporaires et économiques que comportent normalement l'éducation et le suivi d'un enfant » (point 74), il estime que celles-ci sont compensées par les dispositions de l'article 18 du Code des pensions civiles et militaires⁴²³. Dès lors la bonification de l'article L.12 b) poursuit une autre fin, elle vise à compenser les difficultés particulières rencontrées au cours de la carrière puisque ainsi que le gouvernement français l'a souligné de manières diverses⁴²⁴ les femmes avec enfants avaient de moindres chances de carrière, ce qui se reflétait également dans les statistiques fournies. La cause est selon lui une réalité sociale. Les femmes ayant des enfants sont désavantagées non parce qu'elles sont femmes mais parce qu'elles ont des enfants. Elles ne sont pas dès lors dans une situation comparable à celle des hommes ce qui justifie un traitement différent.

On peut alors s'interroger sur la finalité de ce texte qui dans sa version de 1924 tel qu'il a été exposé dans les travaux préparatoires, était de faciliter le retour du fonctionnaire féminin à son foyer, afin qu'il soit mieux à même

⁴²⁰ Les enfants adoptifs ont été visés en 1982

⁴²¹ Voir note 8. Il s'agit des enfants du conjoint issus d'un mariage précédent, ses enfants naturels dont la filiation est établie et ses enfants adoptifs ; des enfants ayant fait l'objet d'une délégation de l'autorité parentale en faveur du titulaire de la pension ou de son conjoint, les enfants placés sous tutelle du titulaire de la pension ou de son conjoint, lorsque la tutelle s'accompagne de la garde effective et permanente de l'enfant. Enfin des enfants recueillis à son foyer par le titulaire de la pension ou son conjoint, qui justifie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, en avoir assumé la garde effective et permanente »

⁴²² Alors que dans le régime général la condition est d'avoir élevé les enfants

⁴²³ C'est-à-dire une majoration de 10% pour 3 enfants et 5% à partir du 4^{ème} par enfant supplémentaire.

⁴²⁴ Voir cependant le rapport A.M.Colmou, Rapport au Ministre de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de la décentralisation « L'encadrement supérieur de la fonction publique » La documentation Française 1999.

de veiller à l'éducation de ses enfants (point 55 de l'arrêt). On peut aussi se demander, avec Anne-Marie Brocas⁴²⁵ si les dispositions considérées ne « contribuent pas à privilégier, chez la femme, la vocation de mère de famille et si elles ne favorisent pas ainsi l'inégalité devant le travail. Dans l'optique de la carrière, le caractère favorable en paraît nettement moins évident. En tout état de cause, elles ne devraient pas subsister sans être applicable au père également, une faculté d'option pouvant être laissée aux parents. ».

Actions positives ou égalité des droits ? L'action positive partiellement écartée

L'article L.12 b) ne constitue-t-il pas une mesure prise au titre de l'égalité des chances pour compenser les désavantages que les femmes rencontrent dans leur carrière professionnelle ?

Les développements font références ici à l'article 6 paragraphe 3 de l'Accord sur la politique sociale.

L'avocat général ne s'interroge plus sur la formulation de l'article 119 applicable aux moments des faits puisque selon lui la bonification ne constitue pas une « action positive » en faveur des femmes en tant que « sexe sous-représenté » mais une mesure destinée à compenser les désavantages rencontrés par les mères dans leur vie professionnelle par l'éducation de leurs enfants.

Le gouvernement français estime d'une part que l'article 119 autorisait déjà, dans sa version initiale, en vigueur lors de la liquidation de la pension de M. Griesmar, la compensation des désavantages de carrière des personnels féminins. L'article L.12 serait en toute hypothèse justifié. Il viserait à tenir compte d'une réalité sociale à laquelle se heurteraient les femmes dans l'évolution de leur carrière du fait du rôle déterminant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants. La disposition en cause viserait à compenser les désavantages et difficultés dans l'évolution de carrière des femmes fonctionnaires ayant eu des enfants, quand bien même elles n'auraient pas arrêté de travailler pendant l'éducation de leurs enfants. Il s'agirait de compenser les désavantages réels en matière de rémunération pouvant être constatés dans la vie professionnelle des femmes ayant des enfants⁴²⁶.

Quant à M. Griesmar, il fait valoir qu'alors que la mesure de l'article L.12 b) remonte à 1924, les problèmes auxquels se heurte la carrière d'un fonctionnaire féminin n'ont toujours pas pu, à ce jour, être résolus au moyen de cette disposition (point 66). L'argument n'est guère convaincant dans la mesure où la disposition adoptée, dans un contexte dit de « protection » des femmes, pourrait être interprétée différemment dans un contexte d'affirmation du principe d'égalité entre hommes et femmes.

Une ambiguïté mérite d'être soulevée. Elle apparaît tant dans les arguments développés que dans la référence faite par l'avocat général à l'arrêt Abdoulaye⁴²⁷. Or ce dernier arrêt traite le congé de maternité comme une exception au principe d'égalité de traitement affirmé par la directive 76/207⁴²⁸. Le congé de maternité légitimerait ainsi une prime de 7500 francs accordée par l'entreprise pour compenser les désavantages professionnels⁴²⁹ auxquels sont confrontés les travailleurs féminins résultant de leur éloignement du travail inhérent au congé de maternité. Cette jurisprudence semble pourtant difficilement compatible avec la jurisprudence Thibault⁴³⁰ qui avait admis que le fait de ne pas avoir eu une notation annuelle en vue d'une promotion, à cause d'un congé de maternité constituait une discrimination fondée directement sur le sexe. En réalité l'avocat général considère que

⁴²⁵ Anne-Marie Brocas, Anne-Marie Cailloux, Virginie Oget, « Les femmes et la sécurité sociale, Les progrès de l'égalité de traitement » *Revue internationale du travail*, 1988, p.45

⁴²⁶ Cf. arguments tirés des statistiques ... points 33 et 34

⁴²⁷ CJCE 16 septembre 1999 Aff-C-218/98 Abdoulaye/ Régie nationale des usines Renault

⁴²⁸ l'article 2 par 3 de la directive dispose que le principe d'égalité de traitement « ne fait pas obstacle » aux dispositions relative à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité. Que signifie l'expression ne fait pas obstacle » ? Un rapport d'exception ou une recherche de conciliation ?

⁴²⁹ Parmi ces désavantages, il était précisé dans l'arrêt : que pendant le congé de maternité, la femme ne peut se voir proposer une promotion ; à son retour, la durée de l'expérience professionnelle sera réduite de son absence ; la femme enceinte ne peut pas prétendre aux augmentations salariales liées à la performance professionnelle ; le travailleur féminin ne peut participer à des formations ; les nouvelles technologies faisant constamment évoluer le poste de travail, la mise à niveau d'un travailleur féminin rentrant d'un congé de maternité s'en trouvera compliquée » point 19 de l'arrêt Abdoulaye.

⁴³⁰ CJCE 30 avril 1998 Aff-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés/Evelyne Thibault

les femmes sont dans une situation différentes de celle des pères non seulement au moment du congé de maternité mais également s'agissant de l'éducation des enfants. La différence de situation perdurerait au delà du congé de maternité et légitimerait à ce titre des avantages spécifiques. La nature juridique de ces avantages ne s'analyserait pas en termes d'actions positives puisqu'ils seraient la conséquence d'une situation différente.

Finalement, la Cour de justice, sans entrer dans cette discussion tranche la question de l'interprétation de l'article L.12 b), du Code des pensions civiles et militaires en affirmant : « Nonobstant les stipulations de l'article 6 paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale, le principe d'égalité des rémunérations est méconnu par une disposition telle que l'article L.12, sous b), du code des pensions civiles et militaires de retraite, en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraite les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants ».

Elle maintient, ainsi, une situation plus favorable pour les fonctionnaires féminins, mais n'exclut pas qu'une telle bonification puisse s'appliquer aux pères.

Cette interprétation rejoint la conception même du principe d'égalité entre hommes et femmes tel qu'il est précisé dans l'article 141 alinéa 4 du Traité d'Amsterdam. Il y est en effet précisé que « 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 Etat 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 ».

Les mères ayant des retraites inférieures à celles des pères, une bonification pourrait leur être réservée puisqu'elles ont à titre principal la charge de l'éducation des enfants. Mais cet avantage ne devant pas être disproportionné par rapport à un principe « d'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle, corollaire du principe d'égalité de traitement »⁴³¹, il doit pouvoir être accordé aux pères lorsqu'ils sont dans la même situation. Cette analyse de l'arrêt Griesmar permet de comprendre le rejet de l'application de l'article 6 par.3 par la CJCE dont la formulation est proche de celle de l'article 141. Cet article autorisait en effet des mesures compensatoires mais au seul bénéfice des femmes. L'article 141 et l'interprétation de la CJCE dans l'arrêt Griesmar, s'ils autorisent des mesures d'actions positives au bénéfice des mères, c'est à la condition du respect du principe de proportionnalité afin d'accorder ces mesures aux pères s'ils sont dans la même situation que les mères⁴³².

Égalité de « rémunération » sous réserve, pour le fonctionnaire masculin, de la preuve d'avoir assumé l'éducation des enfants.

Si la réponse de la CJCE apparaît pleinement justifiée, dans la mesure où il n'y a pas de raison d'exclure par principe les pères qui ont élevé leurs enfants, la perplexité apparaît au regard de la preuve que doit apporter le fonctionnaire masculin. Quels critères objectifs retenir, pour admettre que l'éducation des enfants a été assumée un certain nombre d'années auparavant ? Quels critères seront considérés comme pertinents pour ouvrir ce droit au père fonctionnaire ? Qu'est-ce que « l'éducation d'un enfant » ? Qu'implique le verbe « assumer » pour un père et pour une mère alors qu'il ne s'agit plus seulement du rôle « dit naturel » pour les mères ? S'agit-il d'abord d'une question de disponibilité ?

Une première série de situations ne devrait pas faire difficulté. Un certain nombre de pères sont à même d'apporter une telle preuve, soit parce qu'ils sont veufs, soit parce qu'ils assument seuls l'autorité parentale, soit enfin parce qu'ils auront pris un congé parental. Dans cet ordre d'idées, la Cour précise au point 77, en réponse à la demande de la France de limiter dans le temps l'effet de l'arrêt : « Il n'est pas établi que le nombre de fonctionnaires masculins retraités, en mesure de prouver qu'ils ont assumé l'éducation de leurs enfants est de nature à provoquer des répercussions économiques graves ».

La Cour table ainsi, sur le fait que la solution qu'elle donne, n'est pas de nature, dans l'immédiat, à ouvrir massivement le droit à la bonification pour les pères.

Hormis les situations évoquées, ouvrant droit à bonification, qu'en sera-t-il des situations de couples dans lesquelles le père et la mère auront poursuivi une activité professionnelle pendant la période d'éducation des enfants ? Même dans cette hypothèse, qui permet de présumer une répartition plus égalitaire des tâches éducatives, les éléments de preuve à produire pour le père sont difficiles à imaginer. Le recours à la technique

⁴³¹ CJCE 17 juin 1998 Aff-C-243/95 Kathleen Hill point 42.

⁴³² Cf CJCE 19 mars 2002 Aff. C-476/99 H.Lommers.

des présomptions permettrait, le cas échéant, une certaine extension de ce droit à bonification. On peut imaginer aussi, soit l'attribution aux deux parents soit un droit d'option ⁴³³ pour le parent, qui en a le plus besoin compte tenu du caractère incomplet de sa carrière. Pour l'heure, la question est soumise à l'appréciation du juge administratif en attendant une intervention législative probable à terme.

- Le droit à une retraite anticipée pour soigner son conjoint gravement malade : l'affaire Mouflin

L'article L.24-I-3^b) du Code des pensions civiles et militaires dispose que les femmes fonctionnaires peuvent demander leur mise à la retraite anticipée « lorsque leur conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque ». Or ce droit n'a pas été reconnu à M. MOUFLIN, fonctionnaire, pour soigner son épouse atteinte d'une maladie incurable. Cette disposition manifestement discriminatoire conduit l'avocat général à proposer à la Cour de répondre que « le principe d'égalité des rémunérations est méconnu par l'article L.24-I-3^o puisque formellement la situation d'un homme fonctionnaire et celle d'une femme fonctionnaire dont le conjoint est atteint d'une maladie incurable paraissent comparables. »

À propos de l'avis du 4 février 2000 rendu par le Conseil d'Etat, le Commissaire du gouvernement avait fait observer que cette disposition avait été adoptée en 1948 ⁴³⁴, à une époque où le rôle de la femme n'était pas symétrique de celui de l'homme auprès de sa femme bien que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 eût déjà proclamé comme principe particulièrement nécessaire à notre temps que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. ». Il est vrai qu'à l'époque n'existait pas de contrôle de constitutionnalité !

Pour s'en tenir à la question de savoir si hommes et femmes sont dans cette hypothèse dans des situations comparables, l'avocat général de la CJCE, S.Alber examine, au point 53 de ses conclusions, les finalités des dispositions en cause, pour connaître les raisons du législateur, lequel estimait que les conditions des hommes et des femmes étaient différentes. S'agissait-il de prendre soin du conjoint malade ? Cet élément ne constituerait pas un critère de différenciation valable, l'un et l'autre ayant besoin de temps et de sécurité matérielle nécessaires à cet effet (point 54). S'agit-il de considérations économiques ? mais de ce point de vue, la perte de l'emploi du conjoint est en principe comparable pour les deux. Et d'estimer que les situations de la femme et de l'homme fonctionnaires ne sont pas différentes.

Le gouvernement français a indiqué dans la procédure la préparation d'une instruction qui par voie d'interprétation enjoint aux services concernés d'appliquer l'article L.24-I-3^o du code sans égard au sexe du fonctionnaire.

La Cour conclut donc que les fonctionnaires de sexe masculin et les fonctionnaires de sexe féminin se trouvent dans des situations comparables, aucun élément ne permettant de différencier la situation d'un fonctionnaire masculin dont le conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque de la situation d'un fonctionnaire féminin dont le conjoint est atteint d'une telle infirmité ou maladie.

Le principe d'égalité entre hommes et femmes pénètre ainsi, par voie contentieuse, le droit des retraites. A un moment où la réforme des régimes de retraite est à l'ordre du jour des réflexions politiques, ces arrêts sonnent comme un rappel sur la nécessité de placer la question de l'égalité au cœur de la réforme sans procéder toutefois, à un nivellement par le bas.

⁴³³ Cette hypothèse est selon nous discriminatoire. En effet au regard du principe d'égalité la mesure risque fort d'être contre-performante dans un grand nombre de cas. La pension du mari étant généralement plus élevée que celle de l'épouse, le couple aura intérêt à choisir le mari comme bénéficiaire. Il faudrait également régler la question de savoir si l'option joue uniquement entre ressortissants du régime fonctionnaire ou entre régimes ayant des dispositifs comparables. Enfin il faudrait aussi arbitrer entre les intéressés lorsque le droit d'option ne peut être exercé par accord, notamment en présence de couples séparés. Cette solution recèle donc des inconvénients théoriques et pratiques et est contraire au nécessaire respect de l'individualisation des droits en matière de rémunération.

⁴³⁴ loi n° 48-1450 du 20 septembre 1948 portant réforme du Code des pensions civiles et militaires et ouverture de crédit pour mise en œuvre de cette réforme J.O. du 21 septembre 1948, p. 9302

Ces longs développements permettent de mettre en évidence un questionnement concernant l'opposition entre les transformations de l'univers privé des individus en référence à ce qui est supposé être l'intérêt général. Y aurait-il incompatibilité comme le souligne Jacques Commaille⁴³⁵ entre ces deux visions ?

La mise en perspective historique et la prise en considération du contexte socio-institutionnel mettent en évidence la montée d'une opposition au travail professionnel des femmes mariées, afin qu'elles soient prioritairement des mères, des ménagères et des éducatrices⁴³⁶. Cette politique familiale adoptée dans les années quarante apparaît comme le fruit de cinquante ans de débats autour du « travail féminin ». Le Code de la famille et la politique familiale sont marqués par ce processus historique socio-institutionnel. Et cette mise en œuvre a lieu à partir de la famille ouvrière qui sert de point d'appui à un projet de société qui vise toutes les femmes mariées quelle que soit la catégorie sociale. Il existe toujours un déséquilibre entre les mesures adoptées et les moyens mis en œuvre, d'un côté pour faciliter le retrait d'activité (au travers de l'Allocation parentale d'éducation par exemple), de l'autre pour développer la garde des enfants de 0 à 3 ans. Ce sont encore aujourd'hui bien souvent les stéréotypes qui sont au fondement de la politique familiale et non les compétences et les aptitudes individuelles des hommes et des femmes .

Selon nous, ce qui est en jeu dans ce rapport entre le privé et le public ou le politique c'est la question de l'égalité. Jacques Commaille pose la question des conditions effectives d'application de ce principe dans nos sociétés. L'obstacle des inégalités de ressources est un enjeu majeur. La famille est une instance de production et de reproduction des inégalités sociales, ce qui s'observe selon lui, particulièrement en cas de chômage ; elle participe, involontairement ou volontairement à la reproduction d'un ordre social hiérarchisé et inégalitaire, Or les politiques françaises à l'égard de la famille ont progressivement intégré cette dimension sociale de la politique familiale mais d'une manière ambiguë. On a pu assister à une multiplication des mises sous condition de ressources des allocations et la création de prestations ciblées sur des populations exposées à des difficultés particulières. Mais ce faisant, les pouvoirs publics ont reproduit implicitement la conception familialiste au détriment du respect du principe d'égalité et ont eu tendance à conforter les rôles et les inégalités. Pour Jacques Commaille⁴³⁷ « il s'agit de retrouver le lien entre famille et politique non plus en instrumentalisant la famille au service d'un ordre politique conservateur, non plus pour l'associer de façon idéaliste à la démocratie politique mais strictement dans le sens de la réalisation effective du projet démocratique ». Du projet égalitaire selon nous.

Il s'agit donc de poser la question de la promotion et de la garantie des droits fondamentaux en matière de protection sociale, appliquée ici à l'égalité entre hommes et femmes.

III – Promouvoir et garantir les droits fondamentaux en matière de protection sociale

La promotion et la garantie des droits fondamentaux relève de la seule compétence de l'Etat. Les travaux sur le rôle de l'Etat dit « providence »⁴³⁸ sont nombreux et la période actuelle se caractérise par une redéfinition de son rôle.

Les évolutions, en effet, ne se font pas véritablement sentir en matière de politique familiale. Les conférences de la famille créées par la loi du 25 juillet 1994 et qui se sont tenu depuis chaque année ont permis cependant une meilleure concertation entre partenaires familiaux et sociaux. Elles ont permis d'avoir selon Philippe Steck⁴³⁹, une vision plus globale de la politique française au travers notamment des liens avec le droit du travail (et la gestion du temps libre), le droit de la famille (retouches au droit civil de la famille) ou le droit fiscal. Les évolutions sont peut-être plus nettes en matière de droit à la santé au travers de la CMU ou plus profondément en matière d'allocation personnalisée d'autonomie (APA). La situation reste particulièrement bloquée en matière

⁴³⁵ « La famille en politique et le principe d'égalité » *La Revue de la CFDT* n°24 (n° consacré à La famille) Octobre 1999, p.12

⁴³⁶ Ce que montre Jacqueline Martin « Politiques familiales et travail des femmes mariées en France. Perspective historique : 1942-1982 », *Population*, 6, 1998, 1919-1954 spéc. 1948.

⁴³⁷ *La Revue de la CFDT*, préc. p.19

⁴³⁸ que l'on peut également appeler Etat social, cf Dominique Schnapper, *La démocratie providentielle*, Gallimard 2002.

⁴³⁹ Philippe Steck « Les conférences de la famille et l'évolution de la politique familiale », *Droit social* n°6, juin 2002 p.582-588.

de retraite puisque reposant sur un système contributif, les droits à pension traduisent les différences de carrière entre hommes et femmes. Mais plutôt que d'attendre d'une part que toutes les femmes travaillent pour avoir des droits propres et d'autre part que l'égalité de rémunération soit appliquée, ne faut-il avoir une attitude plus volontariste ?

Entre égalité et familialisme

La politique familiale se doit d'articuler l'aspiration des femmes à s'engager dans le monde du travail et leur responsabilité dans le champ de la famille. En mettant sur l'agenda politique des dernières années l'objectif de « parité familiale », le gouvernement franchit une nouvelle étape⁴⁴⁰. Le terme n'est pas neutre. Il rappelle l'action menée dans le domaine politique avec l'instauration de la parité en politique visant à corriger les inégalités dans ce domaine. L'idée est de s'attaquer aux inégalités de fait et à la manière dont elles sont produites dans la famille, car ce sont ces inégalités qui empêchent que se réalise l'égalité dans le travail. La question n'est donc plus d'offrir le « choix » aux femmes d'avoir un emploi ou de s'occuper de ses enfants mais de s'attaquer aux barrières qui rendent difficiles l'accès ou le maintien dans l'emploi des mères. Cette orientation amorce donc une rupture avec les politiques contradictoires, du moins dans la formulation, en matière de promotion de l'égalité menées jusqu'à la fin des années 90. L'un des aspects de cette contradiction concerne les prestations relatives à la garde des enfants. D'un côté, les équipements de garde des jeunes enfants n'ont cessé de se développer permettant sans aucun doute à un nombre croissant de mères de rester dans l'emploi. Mais en même temps, les réformes de certaines aides ont pu conduire de nombreuses mères à se retirer du marché du travail pour se consacrer à leurs enfants comme cela s'est produit après la réforme de l'allocation parentale d'éducation⁴⁴¹.

Par ailleurs, la revendication d'un « salaire familial » est toujours présente parmi certains acteurs sociaux ou partis politiques, invoquant le travail non rémunéré qu'effectuent les femmes dans la sphère familiale et la reconnaissance qu'il devrait avoir. L'action publique est donc partagée entre deux référentiels pour reprendre les termes de Jacques Commaille (2001), un référentiel dominé par l'idée « d'institution familiale » qui inspire le familialisme et institue la dépendance de la femme dans la famille d'un côté, et de l'autre un référentiel dominé par l'idée d'émancipation qui libère l'individu des contraintes que fait peser sur lui (elle) la famille, la communauté familiale, et plus largement le système de parenté qui enferme dans des rôles prescrits.

Ces deux référentiels se sont côtoyés jusque ces dernières années, marquant la politique familiale de contradictions et d'ambiguïtés quant à la place laissée aux femmes. Les difficultés rencontrées par l'affirmation de l'idée d'émancipation et par l'idée de « démocratisation de la vie personnelle » tiennent à l'approche holiste du fonctionnement du monde social selon laquelle l'individu n'existe pas en tant que tel mais en tant que membre d'une famille, investie de fonctions au service de la société tout entière. Toujours selon J. Commaille, c'est bien la position stratégique occupée par la famille dans la structuration du social qui fait obstacle, et au nom de laquelle est dénoncée l'idée d'émancipation comme étant synonyme « d'individualisme négatif » entendu comme un égoïsme destructeur des liens sociaux. Ce qui a été énoncé par divers mouvements sociaux comme « la libération de la femme » est assimilé par ceux qui n'y adhèrent pas comme une libération des obligations dues à la famille. Il faut noter cependant que l'action publique s'est construite sur l'idée de « protection », comme nous l'avons noté à propos de la politique du droit. Ce référentiel n'appartient pas complètement au passé. Il pourrait être à nouveau mobilisé dans une perspective différente de correction des inégalités.

Une rupture apparaît ici dans la mesure où il s'agit d'adopter désormais des « actions positives » vis-à-vis de certaines catégories de femmes. Le présupposé est de considérer que les femmes sont plus exposées que les hommes aux risques professionnels et familiaux comme le sont par exemple les familles monoparentales. Il convient de noter que l'objectif des mesures de « protection » et celui des mesures d'actions positives ne sont pas les mêmes. Dans le premier cas il y a encore une assignation dans un rôle alors que dans l'autre, l'objectif est de tendre à l'égalité et les mesures envisagées doivent être temporaires.

⁴⁴⁰ alors que la loi du 29 décembre 1986 relative à la famille est dénoncée comme une loi complexe, injuste et antinataliste par Michel Raymond, *Droit social* n°4 avril 1987., p. 335-344.

⁴⁴¹ Voir à ce sujet, les recherches menées par la CNAF (C. Afsa et J. Fagnani en particulier).

S'agit-il pour les femmes de passer d'une dépendance dans la famille à une dépendance vis-à-vis de l'État ⁴⁴² ? Mais le recours à une logique d'actions positives s'inscrivant dans une logique d'égalité de chances ne devrait être que temporaire, permettant de passer d'un régime à l'autre, du référentiel « familialiste » au référentiel « égalitaire » et d'en corriger les effets. Par exemple, corriger les effets des carrières discontinues des femmes qui ont élevé des enfants dans l'accès à la retraite.

Ce dualisme dans les référentiels des politiques publiques se retrouve aussi dans les institutions : la famille et l'enfance d'un côté, les droits des femmes et de l'égalité de l'autre. Longtemps ces appareils ont été inscrits dans des logiques différentes, voire conflictuelles, même s'ils tendent actuellement à se rapprocher. Mais il n'y a pas équivalence entre les institutions, ni d'ailleurs entre les mouvements qui les soutiennent qui jouissent d'une reconnaissance et d'une aide institutionnelle encore très différente. Le mouvement des femmes ne bénéficie pas de la même reconnaissance que le mouvement familial institué comme partenaire de la politique familiale depuis 1945.

Cependant, dans les contenus des politiques, le « rendez-vous manqué de la gauche avec les femmes » dans les années 80 ⁴⁴³ a laissé place à une meilleure prise en compte de l'égalité entre hommes et femmes dans la politique familiale. Le nouvel élan donné au développement des services pour la garde des enfants, la révision des conditions d'attribution de l'APE pour faciliter le retour à l'emploi des mères, le soutien à la co-parentalité, la création du congé de paternité, et la réduction collective du temps de travail (privilégiée par rapport au développement du travail à temps partiel) sont des indices d'une voie qui s'ouvre.

Une redéfinition des rapports entre l'État et la famille en France.

L'évolution des recherches en sciences sociales sur la famille depuis les années 70 a progressivement remis en question la théorie fonctionnaliste qui prédisait un affaiblissement des fonctions de soutien et de socialisation de la famille du fait notamment de la réduction de la taille des familles et du repli sur le noyau conjugal. Historiquement, en effet, les représentations de la famille sous jacentes aux politiques familiales et aux politiques sociales, étaient basées sur l'idée de famille-institution plutôt que sur l'idée de solidarité familiale. Le développement de la politique familiale s'est fait à partir d'une définition de la famille restreinte à la famille conjugale, conformément aux représentations de la démographie et de la sociologie durkheimienne ⁴⁴⁴.

L'évolution des théories de la famille, notamment en réhabilitant la notion de solidarité familiale, dans la ligne des recherches pionnières d'Agnès Pitrou ⁴⁴⁵ depuis le milieu des années 70, a aussi changé le regard des politiques et des institutions ⁴⁴⁶. La dimension nataliste affichée de la politique familiale renforçait la dimension fonctionnaliste de la famille. En accordant une place prépondérante à l'injonction nataliste dans les objectifs de la politique familiale, les politiques renforçaient la conception restreinte de la famille. Les recherches sociologiques les plus récentes mettent à mal cette conceptualisation, notamment les recherches qui mettent l'accent sur la force des liens familiaux, et en particulier sur les solidarités entre les générations au sein des familles ⁴⁴⁷. Les interactions entre solidarités familiales et Etat Providence, pour ce qui concerne par exemple la prise en charge des personnes dépendantes et des jeunes enfants, sont des domaines de recherches qui ont contribué à faire évoluer la conceptualisation de la famille. Plus généralement, la thématique des solidarités associées aux familles qui s'est développée à la fois dans le champ scientifique et dans le champ politique contribue à la remise en question de la définition restreinte de la famille, et à reconsidérer les individus qui la composent. Ces travaux pionniers partent du constat qu'il existe une solidarité étroite entre les générations et

⁴⁴² Les féministes britanniques ont souvent dénoncé cette position parlant d'une situation inchangée des femmes, lorsqu'elles passent d'un patriarcat privé dans la sphère familiale à un patriarcat public qui les place dans la dépendance de l'assistance sociale.

⁴⁴³ Jenson et Sineau, 1995, op.cit.

⁴⁴⁴ Voir à ce propos Rémi Lenoir, « L'invention de la démographie et la formation de l'État », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 108, vol. 6, 1995, 36-61.

⁴⁴⁵ Agnès Pitrou, *Vivre sans famille ? Les solidarités familiales dans le monde contemporain*, Toulouse : Privat, 1978.

⁴⁴⁶ On pourrait aussi mentionner les travaux de Louis Roussel et de Catherine Gokalp à l'INED, qui ont mis l'accent sur les réseaux familiaux et sur les relations entre les générations.

⁴⁴⁷ Voir l'ouvrage récent de Claudine Attias-Donfut, Nicole Lapierre et Martine Segalen, Paris, 2002.

que les liens de parenté perdurent aux transformations familiales. Ils remettent en question les approches parsonniennes fondées sur la cellule conjugale et l'isolement de la famille au bénéfice d'approches fondées sur les réseaux de parenté.

Ces évolutions internes au champ scientifique vont de pair avec une transformation des relations entre le politique et les experts. L'évolution du fonctionnement du Haut Conseil à la Population en constitue un exemple⁴⁴⁸. Au tournant des années 90, les recherches sur la famille s'élargissent et se focalisent sur la parenté, ainsi que sur les relations entre parenté et solidarité. Elles ont progressivement intégré les réflexions sur la prise en charge de la dépendance des personnes âgées dépendantes et sur le rôle de la parenté dans cette prise en charge. La plupart des grandes institutions de recherche développent des études sur la contribution de la parenté à la solidarité⁴⁴⁹. Cette évolution du champ des recherches sur la famille marque une certaine rupture avec la perspective démographique qui imprégnait les recherches sur la famille, et qui partait d'une définition de la famille limitée à la famille nucléaire (le ménage au sens statistique).

Toutes ces recherches ont contribué à faire reconnaître que les réseaux de parenté et de solidarité ne se sont pas dissous en dépit des transformations structurelles de la famille et de la diversification des formes familiales. Au contraire, elles tendent à montrer l'existence d'une complémentarité entre aide publique et aide privée, entre Etat-providence, famille, et secteur associatif, au sein d'une « économie mixte du *welfare* » ainsi que la désigne Jane Lewis au RU, et d'autres chercheurs anglo-saxons spécialistes des politiques sociales⁴⁵⁰. Loin de l'hypothèse du conflit entre les générations, ces recherches rassemblées en partie autour du réseau « Parenté et solidarité » avancent au contraire l'idée de la complémentarité entre famille et État pour assurer la protection sociale des individus. Cependant, il ne s'agit pas de substituer une forme de solidarité familiale à une solidarité publique dans une réhabilitation du familialisme, fut-il d'un type nouveau. Il s'agit de prendre acte des solidarités intergénérationnelles et de montrer leur rôle dans la structuration des liens familiaux.

Ce qui ressort de ce rapide tour d'horizon des évolutions du champ des recherches sur la famille et les relations entre politiques et familles, c'est le changement de référentiel de la politique familiale (au sens de Pierre Muller⁴⁵¹), c'est-à-dire un changement de l'image de référence de la famille au fondement de l'action publique. Une nouvelle vision de la famille s'impose progressivement dans le champ politique : la politique familiale s'adresse aux parents, aux mères et aux pères qui sont co-responsables de l'éducation et des soins aux enfants, ou qui doivent concilier activité professionnelle et exigences familiales. Elle reconnaît davantage les individus qui font famille, dans une perspective plus démocratique, qui cherchent à intégrer le principe d'égalité ou de parité au sein de la famille, reproduisant le gouvernement de la cité dans le gouvernement domestique.

Toutefois, cette évolution place aussi l'action publique devant un dilemme : le soutien aux solidarités familiales n'est-il pas en tension avec le développement de services publics ? Soutenir les solidarités familiales, c'est aussi s'appuyer sur le travail bénévole des femmes pour le « care » au sein de la famille et ainsi renforcer la division sociale du travail, domestique et professionnel. Faut-il rémunérer ce travail effectué dans la sphère familiale ? Le soutien aux solidarités familiales va parfois à l'encontre d'une logique d'émancipation des individus. On pourrait prendre à ce propos l'exemple de la politique qui a conduit à élever progressivement l'âge donnant droit aux

⁴⁴⁸ L'influence du Conseil a diminué depuis les années soixante, au bénéfice d'institutions plus centrées sur l'enfance et la famille, en particulier sous la présidence de F. Mitterrand, puis des conférences de la famille par la suite (voir M-T. Letablier, S. Pennec et O. Büttner, *L'action publique face aux transformations de la famille en France*, Rapport de recherches, Centre d'Etudes de l'Emploi, février 2002).

⁴⁴⁹ Comme par exemple, l'enquête « Proches et parents » lancée par l'INED en 1990, ou les études lancées par le CREDOC ou encore par le CERC et l'INSEE. Voir : G. Hatchuel et A-D Kowalski, « La reconnaissance de l'aide parentale. Les jeunes entre l'école et la vie active », *Consommation et modes de vie* n° 97, avril 1995 ; E. Crenner, « La parenté : un réseau de sociabilité actif mais concentré » *INSEE Première*, n° 600, juillet 1998 ; C. du Barry, « Les aides financières entre ménages », *INSEE Première* n° 441, avril 1996.

⁴⁵⁰ voir C. Martin, « Entre État et famille providence », in J-L. Laville (ed.) *L'économie solidaire. Une perspective internationale*, Paris : Desclées de Brouwer, 1994.

⁴⁵¹ P. Muller, *Les politiques publiques*, Paris : PUF, 1997.

allocations familiales, au lieu de développer d'autres formes de soutien à l'autonomie économique des jeunes⁴⁵².

Les politiques initiées par le gouvernement Jospin ont quelque peu infléchi les orientations passées en s'adressant aux parents et aux familles dans leur diversité, et en tentant de promouvoir une forme de parité familiale⁴⁵³. Elles se sont progressivement affranchies de la logique nataliste, du moins dans la rhétorique politique. Elles se sont aussi affranchies d'une certaine forme de familialisme en essayant de promouvoir l'autonomie des individus, des femmes en particulier, en facilitant leur insertion et leur maintien sur le marché du travail, par des mesures d'aide à la garde des jeunes enfants et par l'adoption d'une allocation-autonomie pour les personnes âgées leur permettant d'accéder à des services de soins. Ainsi la montée de la logique égalitaire dans la politique familiale a-t-elle contribué à faire évoluer les relations entre l'État et la famille, et à transformer la nature des solidarités familiales sans que celles-ci ne soient niées ou détruites. Il n'en reste pas moins que ces évolutions sont fragiles et sensibles aux évolutions politiques⁴⁵⁴.

De la généralisation à l'universalité des droits ?

Dans le cadre de notre problématique, nous avons essayé à partir de mesures prises ces dernières années, de mettre en lumière les caractéristiques des évolutions qui affectent le système de protection sociale. Qu'il s'agisse de la loi relative à la lutte contre les exclusions, des lois instituant une couverture maladie universelle ou une allocation personnalisée d'autonomie, tous ces textes au-delà de leur objet propre, contiennent des dispositions qui obligent à interroger les principes qui y sont à l'œuvre. On assiste en effet dans certains cas, à la confirmation d'évolutions plus ou moins anciennes, et dans tous les cas à la montée en puissance des droits fondamentaux. Leur garantie apparaît comme la justification essentielle des processus d'extension de la protection sociale que ces textes se proposent de réaliser. Le choix de la résidence comme critère de définition de leur champ d'application semble en témoigner. S'agit-il pour autant de l'abandon du critère de l'activité professionnelle qui fondait le système de protection sociale? On sait à ce propos que les débats sont vifs, et il conviendra à partir de l'exposé des thèses en présence d'en mettre à jour les enjeux et d'approfondir le cadre théorique dans lequel nous inscrivons l'individualisation des droits.

Plus précisément, dans quelle mesure et jusqu'à quel point la loi relative à la couverture maladie universelle (CMU)⁴⁵⁵ institue-t-elle un droit universel et selon quelles modalités? L'individualisation est-elle une de ces modalités? Justifiée par la lutte contre les exclusions⁴⁵⁶, et leur corollaire, l'inégalité d'accès aux soins, quelle place est faite au principe d'égalité en général, à l'égalité entre les hommes et les femmes en particulier?

⁴⁵² En 1988, l'âge limite de versement des allocations familiales est passé de 16 à 18 ans. En 1994, la loi famille a proposé de reculer l'âge du versement jusqu'à 22 ans. Le recul de l'âge de versement a été préféré à un abaissement de l'âge du versement du RMI ou bien à l'instauration d'une allocation-autonomie jeunes, solution retenue par le gouvernement Jospin qui ne l'a pas mise en œuvre. La logique qui consiste à reculer l'âge de versement des allocations familiales souligne le rôle conféré à la famille dans la socialisation des jeunes adultes. Enfin, dernier exemple, celui de la prestation dépendance devenue allocation autonomie, dans le cadre de la mise en place d'une politique de soins à domicile et d'aide ménagère afin d'aider les familles à prendre en charge les personnes âgées. On retrouve dans les débats qui ont entouré cette politique et sa réforme récente, des tensions identiques à celles que l'on observe à propos de l'allocation parentale d'éducation pour les parents de jeunes enfants, c'est-à-dire une tension avec l'idée d'un « salaire familial » rémunérant le travail bénévole de soins aux enfants ou aux personnes âgées dépendantes. Le slogan : « il faut aider les aidants » (H. Dorlhac) est porteur de cette tension entre soutenir les solidarités familiales d'un côté et développer les services publics de l'autre. La question du soutien public au « care » est bien au cœur de cette tension, c'est-à-dire en définitive entre deux conceptions de l'égalité entre hommes et femmes.

⁴⁵³ Letablier, Pennec et Büttner, op. cit. 2002.

⁴⁵⁴ Autour de la thématique d'un « salaire maternel ».

⁴⁵⁵ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO du 28 juillet 1999, pp.11229 et suivantes.

⁴⁵⁶ La CMU est en effet annoncée par la loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JO du 31 juillet, pp.11679 et suivantes

C'est dans la même perspective que nous avons analysé l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) qui s'est substituée à la prestation spécifique dépendance (PSD)⁴⁵⁷. Bien que cette allocation ne soit destinée qu'aux personnes âgées, qu'elle soit une prestation d'aide sociale, elle marque clairement l'incapacité des catégories traditionnelles d'analyse fondées sur la distinction entre sécurité sociale et aide sociale, à rendre compte de son contenu.

La proposition de loi, relative à l'allocation d'autonomie pour les jeunes de seize à vingt-cinq ans et notamment les justifications à son institution, contenues dans le rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sont révélatrices dans ce champ particulier, des évolutions que ce chapitre se propose de saisir⁴⁵⁸.

On peut s'interroger, s'agissant d'une réflexion sur l'individualisation des droits en matière de protection sociale, sur la pertinence d'analyser certaines prestations d'aide sociale dont on sait, qu'elles sont conditionnées par l'existence d'un besoin, aujourd'hui par l'insuffisance de ressources, et qu'à ce titre, elles ne peuvent par définition obéir à aux principes d'universalité et d'égalité.

La justification de ce choix tient à plusieurs raisons :

- Une raison qui relève du constat. L'objectif du plan français de sécurité sociale qui avait vocation à terme, à s'étendre à l'ensemble de la population, n'a pas été atteint. Plus, l'aide sociale n'a cessé de s'accroître tant du point de vue du nombre de prestations que du point de vue des montants des budgets qui leur sont consacrés. Les deux autres raisons concernent quant à elles des problèmes de fond.
- L'aide sociale est fondée sur une autre forme de familialisation dans la mesure où elle est subsidiaire par rapport à la solidarité familiale. En effet, soumise à une condition de ressources, et à l'inverse de certaines prestations de sécurité sociale soumises elles aussi à cette condition, les prestations d'aide sociale font intervenir l'obligation alimentaire. A priori dans le calcul des ressources qui prennent en compte la contribution des obligés alimentaires ou a posteriori dans le cas de recouvrement de créances dont la récupération peut dans certains cas se faire sur la succession du bénéficiaire des prestations.
- Par ailleurs on assiste ces dernières années à « l'effritement des frontières entre la sécurité sociale et l'aide sociale »⁴⁵⁹. Et cela qu'il s'agisse des conditions d'accès aux droits : certaines prestations prévues par les régimes légaux de sécurité sociale, sont soumises à une condition de ressource qui caractérise l'aide sociale (ex: le minimum vieillesse ou l'allocation de parent isolé) ; ou du caractère contributif des prestations de sécurité sociale et celui, non contributif par nature, des prestations d'aide sociale, également remis en cause (cf. l'existence de prestations non contributives de sécurité sociale).

En résumé, des mécanismes propres à l'aide sociale ont été introduits dans le système de sécurité sociale par exemple dans la branche famille où nombre de prestations sont soumises à une condition de ressources. Quant à la branche maladie, on a assisté historiquement à un processus d'extension progressive du champ de l'assurance maladie par le rapprochement de certaines catégories et leurs ayants droit du statut des salariés (demandeurs d'emploi par exemple), aux personnes n'ayant pas d'activité professionnelle (les titulaires des minima sociaux), ensuite par l'institution d'une assurance personnelle pour les personnes n'entrant dans aucune catégorie, par la mise en place enfin de la couverture maladie universelle.

Cet effritement des frontières a été facilité et renforcé par le droit communautaire et notamment par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

⁴⁵⁷ Loi n°97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, JO du 25 janvier 1997, pp1280 et suivantes.

⁴⁵⁸ La loi n°2001-582 du 4 juillet 2001 relative à la mise en place d'une allocation d'autonomie pour les jeunes de seize à vingt-cinq ans a créé une commission nationale pour l'autonomie des jeunes dont les principales missions sont d'étudier la création d'une telle allocation et d'en définir les critères d'attribution ainsi que de proposer un dispositif expérimental dans plusieurs départements.

⁴⁵⁹ J.J Dupeyroux, R.Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 13ème édition, 1998, p.1140

Le règlement 3/58 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants comme le règlement 1408/71(modifié) relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, n'établit pas de distinction entre régimes contributifs et non contributifs. S'ils excluent de leur champ d'application les systèmes d'assistance sociale, le second règlement dispose que le mode de financement des régimes n'a pas d'incidence sur son champ d'application.

La CJCE a de longue date et par une position qui ne s'est pas démentie, considéré qu'elle n'était pas liée par la qualification des prestations (aide ou sécurité sociales) opérée par les législations nationales. En effet, elle a considéré dans l'arrêt Frilli du 22 juin 1972 que « certaines prestations s'apparentent à la fois à la sécurité sociale et à l'assistance. À l'assistance quand elle conditionne la prestation au besoin mais aussi à la sécurité sociale dès lors qu'elle confère au bénéficiaire une position légalement définie donnant droit à une prestation qui correspond à un risque énuméré, et non à une appréciation individuelle discrétionnaire ».

Elle a donc été conduite à requalifier des prestations et n'a pas retenu leur caractère d'assistance sur le fondement de la mise sous condition de ressources et de la récupération sur succession (relativement à l'allocation supplémentaire du fond national de solidarité, cf.infra).

Est-ce à dire comme le suggèrent certains auteurs ⁴⁶⁰ que les évolutions du système français de protection sociale se font exclusivement « sous la pression » du droit communautaire ? Il semble que d'autres logiques (étaient et) sont à l'œuvre. Il est en effet, particulièrement utile de se (re)tourner vers les débats récurrents et les prises de position des acteurs sociaux et de l'Etat, qui ont jalonné historiquement le processus de développement de la protection sociale à l'occasion de l'adoption de chacune des grandes lois, autant d'étapes de la constitution du système.

Les débats récents sur la protection sociale, souvent polémiques, répondent comme en écho à ceux qui sont aussi anciens que l'est la protection sociale. Actuels, les termes du débat ne sont pas nouveaux pour autant. Mais le recours à l'histoire, s'il suggère l'existence d'« une répétition historique » révèle, la permanence d'enjeux, toujours les mêmes, mais toujours renouvelés. On comprend alors que ce recours à l'histoire constitue fréquemment un mode de justification au service d'argumentations visant à fonder la validité de thèses particulières. Tout se passe comme si les débats contradictoires antérieurs étaient exhumés pour rappeler qu'ils ne peuvent éclairer l'actualité qu'à la condition de rappeler ce qu'ils doivent aux positionnements des acteurs politiques et sociaux.

Des différentes analyses, nous ne retiendrons que les éléments factuels sur lesquels les auteurs s'accordent, même s'ils n'en donnent pas la même signification. Il ne s'agit pas ici d'un refus de se situer, ni de ne pas entendre ce que ces débats ont d'essentiel. Le recours à l'histoire pour notre propos est d'ordre méthodologique dans la mesure où il ne vise qu'à justifier la construction de l'objet de notre analyse ⁴⁶¹ et à indiquer notre parti pris : distinguer la construction du système de protection sociale de ses rationalisations à posteriori.

L'évolution des principes du système français de protection sociale

On a souligné qu'historiquement, l'évolution de la protection sociale procédait par ajouts successifs. Le plus souvent « à système constant » ⁴⁶², du fait du poids de plus en plus déterminant de l'argument économique-financier qui sert en même temps de justification à l'orientation générale, mais aussi au caractère parcellaire et limité des réformes engagées ⁴⁶³. Le système de protection sociale s'est dans tous les cas, construit par

⁴⁶⁰ M.Laroque, « L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française », *Droit social*, 11, novembre 1997, p.961 et suivantes.

⁴⁶¹ Traiter de la Sécurité sociale et de l'Aide sociale, peut heurter doublement. Outre qu'elles relèvent de branches du Droit distinctes, elles sont traitées différemment par les publicistes et les privatistes.

⁴⁶² R.Lafore, « La CMU: un îlot dans l'archipel de l'assurance maladie », *Droit social*, janvier 2000, p.26

⁴⁶³ Les rapports du gouvernement à l'Assemblée nationale à l'occasion de la présentation de projets de lois comme les débats parlementaires montrent la place fondamentale de l'argument financier qui est soit admis, soit nuancé, mais jamais remis en cause ou à tout le moins confronté à des arguments d'un autre ordre.

« sédimentation »⁴⁶⁴. Sa construction doit autant aux conjonctures qu'aux principes. Ce constat largement partagé sert à expliquer la difficulté de remettre en cause des droits acquis que d'aucuns considèrent comme corporatistes, ou l'impossibilité d'un débat général sur l'avenir de la protection sociale, sa segmentation étant prise tantôt comme caractéristique du système français, tantôt comme justifiant des mesures ponctuelles, les seules possibles. Autrement dit, le système évolue, voire se transforme et dans tous les cas offre de nouvelles configurations, sous l'effet d'un processus cumulatif qui permet d'éluder une négociation qui aurait du mal à être consensuelle.

Les analyses du système de protection sociale sont traversées explicitement ou non, par le débat sur les catégories dans, et par lesquelles on pense la direction de son évolution. On y retrouve dans les plus récentes, à propos des mêmes objets (couverture maladie universelle, prestation dépendance) des points de vue radicalement opposés dont il faudra rendre compte, dans la mesure où ces analyses mettent en lumière des enjeux fondamentaux.

En tout état de cause, dans ce cas comme dans tous les autres, l'appropriation et l'utilisation généralisée de vocables par des disciplines différentes⁴⁶⁵, peut donner l'impression d'un accord, d'un « bien commun » conceptuel, or il ne s'agit dans le meilleur des cas que d'une illusion de consensus fondé sur des termes qui ont perdu en sens ce qu'ils ont gagné en extension. Ainsi en va-t-il des termes d'universalité, d'individualisation, de droits fondamentaux, comme de celui de citoyenneté⁴⁶⁶.

La dernière période a été marquée par l'adoption de lois qui en même temps qu'elles ont un champ d'application personnel limité, se réfèrent pour la justification de leur légitimité, aux droits fondamentaux et/ou principe d'égalité. Il s'agit dans un premier temps de rendre compte du contenu de ces lois dans les dispositions qui intéressent notre propos et leurs modes de justification. Elles ont donné lieu à des appréciations, des qualifications, des interprétations opposées qui engagent pour chacune d'entre elles, les analyses des fondements de la protection sociale et plus largement de l'Etat social. Tout se passant comme si « les transitions » s'analysaient autant par rapport au système présent que par rapport à la préfiguration du système à venir.

La loi relative à la lutte contre les exclusions

Destinée à une catégorie particulière de personnes, à ce qu'il est convenu de désigner sous le terme de « populations ciblées », les mesures sont inscrites dans une approche qui mobilise le principe d'égalité d'une part, les droits fondamentaux d'autre part.

En effet, l'alinéa premier de l'article 1 de la loi dispose : « la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation ». Le fondement de « l'égalité de tous les êtres humains », doit orienter les politiques publiques dont l'objectif est de garantir selon l'article 2 « sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance ».

A y regarder de près, la formulation de ces articles est problématique et de plusieurs points de vue.

Du point de vue des choix sémantiques opérés : dans ces formules, il est question d'égalité « dignité », des « êtres humains », s'agit-il de « droits humains », formule de plus en plus utilisée, y compris par des organisations internationales ? Sont-ils équivalents aux droits de l'Homme traditionnellement utilisés en droit français ? Il semble que non. Les droits humains enracinent l'égalité de la dignité (et non pas des droits), dans « l'humain » donc dans le registre de la compassion voire de la pitié, alors que les droits de l'Homme sont inscrits dans le registre politique, toujours en construction, ils engagent non pas à leur « reconnaissance », mais à la lutte pour leur garantie. Ces choix risquent d'emporter des conséquences juridiques essentielles.

⁴⁶⁴ J.P. Chauchard et R.Marie, « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale? », *RFAS*, octobre-décembre 2001, p.141.

⁴⁶⁵ L'universalité par exemple n'a pas le même sens pour les économistes et les juristes.

⁴⁶⁶ « ...plus on en appelle ainsi à la citoyenneté, plus la notion s'obscurcit et tout ce qu'elle gagne en extension, elle le perd en intention -en densité de sens », E.Picard, « La notion de citoyenneté », in Yves Michaud (dir.), *Qu'est-ce que la société ?* Université de tous les savoirs, Editions Odile Jacob, Paris 2000, p.711.

Du point de vue précisément du droit, l'exigence de la reconnaissance de l'égalité est la base sur laquelle les « politiques publiques » doivent prendre appui pour assurer « l'égal accès aux droits fondamentaux ». S'agit-il d'assurer l'égalité des chances ? Quel recours auront les « exclus »⁴⁶⁷ contre des « politiques » ? Et qu'en est-il du statut des « droits fondamentaux »⁴⁶⁸ dont les domaines dans lesquels ils s'exercent ? Quels sont ces droits ? Mais surtout quelle est leur justiciabilité ? Sont-ils opposables à l'Etat, à un hôpital, à une agence immobilière ?

Il est clair qu'outre la faible teneur juridique de ces articles, la question posée est celle de la signification, du sens, de l'invocation du principe d'égalité et des droits fondamentaux dans ce contexte. Ils semblent réduits à une fonction, celle de justification des politiques publiques, qui peuvent répondre certes à l'urgence de situations mais qui peuvent aussi être les agents actifs du processus de modification du changement de philosophie du système⁴⁶⁹.

La couverture maladie universelle

Lorsqu'on se place du point de vue du principe d'égalité et/ou de l'universalité, les apports de la CMU sont importants. En effet, elle institue non seulement une protection de base mais aussi une protection complémentaire pour nombre de personnes qui en étaient exclues. Par ailleurs, le calcul des ressources comme le niveau des prestations sont fixés par la loi et le règlement et ne sont donc plus laissés à l'appréciation des départements comme précédemment pour l'aide médicale. Enfin, l'affiliation est automatique et l'accès à la protection, immédiat. Le critère retenu est celui de la résidence⁴⁷⁰.

Pourtant, la CMU s'inscrit dans une logique d'extension et non d'universalité, en ce sens, elle obéit aux modalités d'évolution du système de protection sociale et aux logiques qui les sous-tendent. Celles-ci sont caractérisées par l'empilement de réformes successives (par stratification, sédimentation).

« Les ayants droit autonomes » (conjoints, concubins, ascendants), contradiction dans les termes, qui auraient pu faire penser à une individualisation des droits, renvoient en fait à une individualisation des prestations plus exactement de leur remboursement, sans pour autant modifier la titularité des droits.

Elle obéit à une logique d'extension par son champ d'application, elle ne concerne en effet que les personnes exclues de la protection de droit commun. Elle institue en fait un régime supplémentaire qui vient s'ajouter aux régimes déjà existants. Elle ne met donc pas en place un régime universel.

De plus, les personnes éligibles au droit à la CMU sont identifiés sur la base d'une condition de ressources dont le plafond est fixé en deçà de celui qui détermine le seuil de pauvreté.

Les débats parlementaires avaient particulièrement insisté sur les effets de seuil et sur le montant du plafond qui excluait notamment les bénéficiaires du minimum vieillesse.

⁴⁶⁷ C'est à juste titre que Robert Castel critique cette notion en lui préférant celle de « désaffiliés » : « l'exclusion est immobile. Elle désigne un état, ou plutôt des états de privation. Mais le constat des carences ne permet pas de ressaisir les processus qui génèrent ces situations... Parler de désaffiliation, en revanche, ce n'est pas entériner une rupture, mais retracer un parcours », in *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Gallimard, Folio essais, 1999, p.19 et 20, (première édition, Arthème FAYARD, 1995)

⁴⁶⁸ E. Picard, AJDA. Préc. ; A. Lyon-Caen et Isabelle Vacarie Mélanges Verdier, *Droit syndical et Droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle* Dalloz 2001, I. Meyrat *Droits fondamentaux et droit du travail, Thèse Nanterre, 1998*, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », à paraître, in Actuel-Marx

⁴⁶⁹ B. Friot « Ciblage universalité, discrimination : la fiscalité redistributive contre le salaire », *Lien social et politiques-RIAC*, 42, automne 1999.

⁴⁷⁰ La situation antérieure est assez bien caractérisée par l'arrêt de la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 24 juin 1998. D.1998 J.595 note Yves Saint-Jours. La Cour casse un arrêt d'appel qui pour débouter un époux de sa demande tendant à voir prononcer le divorce pour rupture de la vie commune, énonce que, dès lors que l'époux admet être dans l'incapacité d'assumer la charge de l'assurance maladie volontaire de la femme, le divorce aboutit à la perte par celle-ci de toute couverture sociale tandis que, en restant mariée, elle continue à être ayant droit de son mari de sorte que le divorce doit être considéré comme entraînant pour elle des conséquences d'une exceptionnelle gravité ». Le commentateur ajoute : Dans cette hypothèse, il peut paraître judicieux au juge du fond de différer, sauf situation particulièrement digne d'intérêt, le divorce jusqu'au moment où l'époux demandeur sera en état de faire face à ses obligations afin qu'il ne puisse, avec une légèreté constante, ni rejeter les conséquences pécuniaires de ses propres défaillances sur la collectivité, ni contraindre, voire humilier son conjoint d'avoir à solliciter, pour son affiliation à l'assurance personnelle, l'aide d'une collectivité publique ou privée. »

Les recours devant la commission centrale d'aide sociale sont très majoritairement relatifs au calcul des ressources qui constitue ainsi l'essentiel du contentieux né de la mise en œuvre de la CMU.

L'allocation personnalisée d'autonomie

L'APA comme la PSD a fait l'objet de critiques dont la principale concerne le fait que la loi n'a reconnu et pris en charge la dépendance que pour les personnes âgées en en faisant ainsi une conséquence de l'âge. Elle ne peut par conséquent être considérée comme une prestation universelle et nombreux ont été les parlementaires et les auteurs qui ont dénoncé ou regretté le fait que la dépendance n'ait pas constitué un cinquième risque intégré à la sécurité sociale. Ces réserves sont évidemment essentielles. Pourtant, dans la présentation du projet de loi, la Ministre des affaires sociales a insisté sur le fait que la loi créait « un droit universel égal et personnalisé ».

Ce qui change:

- droit universel: en ce sens qu'il concerne toutes les personnes de soixante ans quelque soit leur niveau de ressources.

-droit égal: en ce sens que son montant est défini par un barème établi au niveau national (et non plus départemental comme pour la PSD). Le montant de l'allocation varie en fonction du niveau de ressources des personnes.

L'accès à ce droit n'est donc pas soumis à une condition de ressources, c'est le montant de la prestation qui varie en fonction des ressources du bénéficiaire. Il n'obéit par conséquent pas à une logique forfaitaire qui conduit souvent à garantir des minima.

La nouveauté fondamentale c'est que cette prestation formellement « d'aide sociale » n'est plus soumise à l'obligation alimentaire et à la suite d'un amendement adopté, elle n'est plus soumise au recours sur succession. Ainsi, les deux fondements de l'aide sociale sont supprimés, comme le caractère subsidiaire de cette dernière par rapport à la solidarité familiale.

A la lumière de ces deux exemples, il apparaît nettement que la mise sous condition de ressources s'oppose à l'universalité. Mais pas dans tous les cas de figures, dans la mesure où certaines prestations de la sécurité sociale sont soumises à une condition de ressources, il convient d'analyser ce qui distingue radicalement la mise sous condition de ressources dans le droit de la sécurité sociale et dans le droit de l'aide sociale. Dans le cas des prestations de sécurité sociale soumises à conditions de ressources, le caractère subsidiaire se trouve atténué. Il relève d'une autre nature, puisqu'en l'absence du recours sur succession et de l'intervention des obligés alimentaires, en dehors du conjoint, il ne fait pas intervenir dans les mêmes termes la solidarité familiale.

Les interrogations suscitées par ces réformes

Ces mesures ont donné lieu à des analyses contradictoires. Nous en retiendrons ici les principales qui voient dans les évolutions récentes une reconfiguration du système de protection sociale qui s'opère par touches successives. Elles sont appréciées différemment selon le point de vue et la posture de départ de leurs auteurs. Ces analyses s'accordent néanmoins sur un point : on assiste en matière de protection sociale à un changement de paradigme, par conséquent à l'émergence d'autres principes qui ne sont pas posés a priori, mais qui se dévoilent à mesure que se construisent les justifications de mesures ponctuelles. Ces dernières s'adressent à des populations ciblées, toujours construites à partir de différents critères : âge, niveau de ressources, durée et nature de l'emploi etc...On s'accorde pour y voir un changement de philosophie, dont l'arrière plan est la remise en cause de l'Etat Providence tel qu'il s'est construit historiquement.

Robert Castel dans un ouvrage ⁴⁷¹ devenu un classique, se propose de constituer « l'histoire du présent » en analysant, dans une perspective historique, les transformations du modèle français « d'Etat social » construit sur la « consolidation de la société salariale » ⁴⁷². On assisterait aujourd'hui à un effritement de la société salariale. « C'est précisément au moment où les attributs attachés au travail pour caractériser le statut qui place et classe

⁴⁷¹ R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Gallimard. Folio essais 1999 (la première édition chez Arthème Fayard date de 1995)

⁴⁷² *ibid.*p.15

un individu dans la société paraissent s'être imposés définitivement au détriment des autres supports de l'identité, comme l'appartenance familiale ou l'inscription dans une communauté concrète, que cette centralité du travail est brutalement remise en question »⁴⁷³. S'il n'est pas possible de prédire les évolutions futures car « l'avenir est une aventure dont seule l'histoire écrit le scénario, il est largement imprévisible »⁴⁷⁴, plusieurs hypothèses d'évolution sont envisagées. « La première est que continue à s'accuser la dégradation de la condition salariale observable depuis les années 1970 ». « La deuxième éventualité consisterait à tenter de maintenir à peu près en l'état la situation actuelle en multipliant les efforts pour la stabiliser ». « La troisième option reconnaît la perte de la centralité du travail et la dégradation du salariat et tente de leur trouver des échappatoires, des compensations ou des alternatives ». « Quatrième option, ménager une redistribution des « ressources rares » qui proviennent du travail socialement utile ». Plus récemment, à partir d'un angle d'approche fondé sur la propriété sociale, « cette invention » véritable « révolution silencieuse qui s'est déployé sur le long terme »⁴⁷⁵ qui « a consisté à attacher des protections au travailleur : que le travailleur puisse, à partir de son travail garantir sa sécurité », et sur ces remises en causes actuelles, Robert Castel s'interroge sur la question de savoir si « le coût d'un service public peut être réduit à son prix du marché ». La tension entre la logique de service public qui met au premier plan l'intérêt général et la logique du privé fondé sur le profit, « est à l'œuvre à travers la recomposition actuelle de la protection sociale »⁴⁷⁶.

On présente la crise du système de protection sociale comme d'abord une crise financière. Dans un contexte de chômage de masse, de vieillissement de la population, et de précarisation des emplois, on a justifié la mise en place de la Contribution sociale généralisée (CSG) qui participe au financement de la protection sociale. C'est la dimension financière qui est aussi mise en avant dans les réflexions sur la réforme des retraites. Or, s'interroge l'auteur : « au-delà des questions de financement, n'est-ce pas la logique même du système de protection sociale qui est menacée ? »⁴⁷⁷. Cette question est d'autant plus légitime qu'on assiste à la démultiplication de politiques qui visent des populations ciblées, comme celle des minima sociaux. Ces politiques, qualifiées ici de « discrimination positive » (par référence à celles menées aux Etats-Unis), s'inspirent d'une logique d'assistance, or celle-ci est à l'opposé de celle de la sécurité sociale fondée, sur sa prétention à couvrir l'ensemble de la population « par des mesures générales à vocation universaliste ». Si l'auteur se refuse de condamner ces mesures parce qu'elles sont des réponses à des situations précises, il s'interroge néanmoins sur ce qu'on pourrait qualifier de changement de paradigme. En effet, « il faut se demander si on n'assiste pas à une transformation du régime des protections lui-même. Au lieu des régimes généraux de protection de la société salariale, on aurait un régime de protection à deux vitesses : des assurances générales et solides pour ceux qui continuent à être fortement intégrés aux structures de la société salariale et des prestations particulières pour ceux qui ont décroché des régulations générales et auxquels on accorderait des compensations, mais à partir de leur infériorité ».

Dans cette analyse, des données objectives comme les caractéristiques démographiques sont mises sur le même pied que le processus de précarisation des emplois. Elles sont considérées comme des éléments de contexte.

D'autres analyses sont développées à partir de problématiques proches, elles soulignent que l'on assiste à une modification des fondements mêmes du système de protection sociale par la remise en cause ou tout du moins « d'une tentative de déstabilisation du salaire socialisé »⁴⁷⁸. Si le salariat et plus précisément la socialisation du salaire expression du modèle européen de l'Etat providence en général et de la protection sociale en particulier, est ici aussi au cœur de la réflexion, Bernard Friot y voit une politique délibérée. Les politiques publiques

⁴⁷³ *ibid.*p.622

⁴⁷⁴ *ibid.*p.704

⁴⁷⁵ R. Castel, « La propriété sociale », in Y.Michaud (dir.), *Qu'est-ce que la société ?* Odile Jacob, l'Université de tous les savoirs, volume n°3, 2000. p.411

⁴⁷⁶ *ibid.*p.409

⁴⁷⁷ *ibid.*

⁴⁷⁸ B.Friot, « Ciblage, universalité, discrimination : la fiscalité redistributive contre le salaire », *Lien social et Politiques*, RIAC,42 automne 1999,p.37

sociales auraient fait dans un premier temps, un « usage massif des discriminations » en ciblant des groupes particuliers, jeunes, titulaires de contrats de travail atypiques, employeurs etc... ; ce faisant elles ont « instillé des segments de fiscalité re-distributive et d'épargne salariale » au point de « rendre illisible » le salaire socialisé⁴⁷⁹. Ce processus a eu comme premier point d'aboutissement, la mise en place de la contribution sociale généralisée (CSG), qui substitue « à la cotisation sociale au régime général de la sécurité sociale, un impôt pré-affecté généralisé ».

Dans cette analyse, la mise sous conditions de ressources de certaines prestations de la sécurité sociale, les modes de financement de la protection sociale qui introduisent de plus en plus l'impôt, participent de ce déplacement auquel on assiste et que le titre de l'article indique explicitement : « la fiscalité re-distributive contre le salaire ».

Plus fondamentalement, les modifications du système de protection sociale tendraient à refouler les principes de sa constitution historique où « la cotisation sociale, part socialisée du salaire (qui) assure la sécurité des revenus », pour favoriser la logique béveridgienne, « fisco-financière dans sa double dimension d'assurance publique fiscalisée et de fonds communs de placements dédiés à l'épargne des actifs »⁴⁸⁰.

Les dispositifs mis en place par les politiques publiques (RMI, emplois jeunes, CSG, CMU etc...) ont dans cette analyse, un double statut. Ils sont d'une part l'expression, les indicateurs de la remise en cause du salaire socialisé, ils en sont d'autre part les instruments. Dans ce cadre, « l'effritement des frontières » entre sécurité sociale et aide sociale donne lieu à une analyse fondée sur une hypothèse forte, selon laquelle, « plus une prestation d'assistance gagne en généralité et en automaticité, plus elle accentue son caractère discriminatoire. Car elle est plus en mesure de se substituer au salaire, et donc d'écarter ceux qu'elle concerne des potentialités de celui-ci, et, ce faisant de les enfermer dans la soumission à l'Etat providence »⁴⁸¹.

Dans le même sens, la mise sous conditions de ressources de certaines prestations ne constitue pas un critère discriminant et donc, on peut le penser, ne s'oppose pas à l'universalité. Le caractère discriminatoire réside dans le fait que le financement fiscal de certaines prestations se substitue à un financement fondé sur la cotisation sociale.

Ainsi, les analyses qui se fondent sur le droit pour avancer que les prestations d'aide sociale, ne relèvent plus formellement de l'aide sociale dans la mesure où la subsidiarité et les conditions de ressources ne constituent plus des critères d'accès au droit à ces prestations, sont réduites à une fonction instrumentale, les « faire passer pour un recul de leur caractère assistantiel ».

A l'évidence cette analyse se démarque radicalement des analyses critiques auxquelles la CMU ou le projet d'une nouvelle allocation dépendance par exemple a donné lieu. S'en tenant à sa thèse qui fait de son financement le point nodal du système, l'auteur y voit des machines de guerre contre la sécurité sociale, et voit dans leurs caractères d'universalité et d'égalité des conditions nécessaires pour les rendre admissibles, y compris par leurs destinataires. En effet « comme pour le second étage de la CMU, plus l'allocation dépendance ainsi fiscalisée sera homogène sur l'ensemble du territoire et universelle, plus elle sera crédible dans un milieu de retraités que la pension salariale a habitués à certaines exigences de qualité de ressources. Harmoniser l'allocation d'un département à l'autre et supprimer toutes conditions de ressources sont les deux conditions indispensables pour que les « retraités » dépendants acceptent, bon gré mal gré, de redevenir des « personnes âgées » allocataires »⁴⁸².

Dans le champ juridique, la CMU a aussi été l'occasion d'interroger les transformations qui affectent le système de protection sociale. « Résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale ? »⁴⁸³, telle est la question à laquelle l'analyse répond en choisissant le deuxième terme de l'alternative. L'origine de cette

⁴⁷⁹ *ibid.*, p.37 et 38

⁴⁸⁰ *ibid.*, p.39

⁴⁸¹ *idem.*

⁴⁸² *ibid.*, p.47

⁴⁸³ J.P.Chauchard et R.Marie « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale », RFAS, n°4, oct-déc. 2001, pp. 139 et suivantes.

mutation résiderait dans la montée en puissance des droits fondamentaux qui auraient une « influence ...sur la nature juridique de la CMU »⁴⁸⁴. Il est rappelé, dans un premier temps, en quoi, sur le plan juridique, a consisté l'effritement des frontières entre la sécurité sociale et l'aide sociale, l'une et l'autre s'empruntant des techniques juridiques au point d'en ébranler les fondements respectifs.

La CMU serait précisément l'expression de ce brouillage, puisqu'elle présente « des caractéristiques proches de l'aide sociale » et en même temps elle exprime « la survie de techniques d'inspiration professionnelle ».

L'analyse est ici indifférente aux sources de financement de la CMU, en revanche sont mises en évidence, ses caractéristiques juridiques qui en font « un droit personnel ». Cette personnalisation du droit aux soins, se manifesterait aussi par « l'individualisation du droit à la CMU, lorsque la loi facilite l'identification des ayants droit en altérant la notion d'ayant droit »⁴⁸⁵. C'est parce que la « notion de risque social » connaît des transformations qu'il est possible d'après les auteurs de soutenir que « le droit à la CMU, s'analyse comme un droit personnel qui s'insère dans le mouvement qui voit la pauvreté se muer en risque d'existence ».

Cette thèse qui s'inscrit en faux par rapport à celle de B. Friot, peut paradoxalement de la conforter. Penser la pauvreté comme un risque social risque de réduire le recours aux droits fondamentaux à une justification renouvelée de l'assistance ou de l'aide sociales. Plus fondamentalement, elle semble participer du mouvement visant à substituer le principe d'équité à celui d'égalité, et à voir dans l'individualisation des droits, une forme plus « moderne » de prendre en compte la pauvreté. Plus de « loi sur les pauvres », ce qui du reste a existé en Angleterre mais pas en France, une autre façon de construire la notion de pauvreté, notion générique qui dispense de penser et surtout de distinguer les personnes qui ont un travail salarié de ceux qui n'en n'ont pas. Comme si, sans le dire, le salariat (tel qu'il existe) ne pouvait plus être une référence puisque précisément la notion de « pauvres », est globalisante et ne retient comme seul critère qu'un plafond de revenus, quelle que soient leur origine et leur nature.

Ces différentes approches de l'évolution du système de protection sociale, présentent pour chacune d'entre elles, des arguments et des démonstrations incontestables. Pourtant, elles pèchent souvent par leur univocité, ce qui les conduit à ne pas prendre au sérieux certaines objections. Ainsi en va-t-il des objections juridiques adressées aux analyses économiques qui réduisent l'avancée du principe d'égalité⁴⁸⁶ à une forme de manipulation, alors qu'on peut penser qu'il s'agit d'une nouvelle articulation entre égalité formelle et égalité concrète, et dans tous les cas à une remise en cause des fondements mêmes de l'aide sociale et notamment de son caractère subsidiaire par rapport à la solidarité familiale, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'égalité sociale⁴⁸⁷.

L'impulsion du droit communautaire et les frontières entre aide sociale et sécurité sociale

Dans ce domaine la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), a été essentielle.

Chargée par les traités de garantir la liberté de circulation au sein des pays de la communauté, et l'égalité de traitement c'est d'abord à la lumière de ces deux principes que la CJCE a eu à se prononcer. Elle a eu par la suite à se prononcer sur « l'exportabilité » de certaines prestations : les prestations non contributives de la sécurité sociale.

C'est de ce point de vue qu'elle a été amenée, dans le cadre de la coordination des systèmes de protection sociale, à préciser la portée du règlement 3/58 du Conseil concernant les travailleurs migrants, et du règlement CEE 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non

⁴⁸⁴ Ibid.p.152

⁴⁸⁵ ibid.p.153

⁴⁸⁶ Le fait par exemple que s'agissant de l'APA, ce ne sont plus les départements qui fixent le montant de la prestation et ou le plafond de ressources, mais qu'il est établi un barème national ou encore le fait que le plafond de ressources n'est plus une condition d'accès au droit à prestations mais déterminent le montant de la prestation.

⁴⁸⁷ Les rapports et les bilans réalisés à propos de la mise en œuvre de la prestation spécifique dépendance (PSD), montrent que de nombreuses personnes âgées issues de milieux modestes, ont renoncé à la demander à cause du recours sur succession. Ce sur quoi de nombreux parlementaires ont mis l'accent lors des débats sur le projet de loi relatif à l'allocation personnalisée d'autonomie.

salariés et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Dans ce cadre, l'essentiel de l'apport de la CJCE a été de qualifier les prestations en cause, pour déterminer les textes applicables. La qualification est l'aboutissement d'une opération de construction d'argumentaires qui retiendront ici notre attention.

Sa doctrine aujourd'hui solidement établie, a consisté à privilégier un double critère, les finalités et les conditions d'octroi des prestations, peu important leur qualification par les législations nationales. Elle néglige le mode de financement dont elle estime qu'il n'a pas d'incidence sur la nature de la prestation, pas plus que n'en a leur caractère contributif ou non contributif.

Sans reprendre l'intégralité des arrêts auxquels a donné lieu un abondant contentieux, il convient d'en reprendre les principaux qui marquent les temps forts de la construction de cette jurisprudence et de mettre en lumière le raisonnement de la Cour et les justifications qui le structurent.

L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt Frilli du 22 juin 1972⁴⁸⁸. Les faits sont les suivants : Madame Rita Frilli, de nationalité italienne, a eu une activité salariée en 1966 et 1967 en Belgique où elle a continué à résider. En 1969, elle introduit une demande auprès du ministère belge de la prévoyance sociale tendant à obtenir le bénéfice du revenu garanti aux personnes âgées institué par une loi du 1er avril 1969. Sa demande est rejetée au motif que les deux conditions fixées par la loi, pour pouvoir bénéficier de cette prestation ne sont pas remplies à savoir être de nationalité belge ou ressortissant d'un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention de réciprocité. Madame Frilli s'est pourvue contre cette décision devant le tribunal du travail. A l'appui de son recours, elle invoque l'article 7 du règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté, au terme duquel le travailleur ressortissant d'un Etat membre bénéficie « des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux », ainsi que les dispositions du règlement 3/58 du Conseil relatif à la sécurité sociale des travailleurs migrants.

Le tribunal du travail de Bruxelles a alors demandé à la CJCE de se prononcer sur plusieurs questions préjudicielles:

- le revenu garanti institué par la loi belge est-il un avantage social au sens de l'article 7 du règlement n°1612/68?

- en tant que prestation sociale non contributive, ce revenu garanti est-il une prestation de vieillesse au sens du règlement n°3 ou une prestation d'assistance sociale au sens de l'article 2 § 3 de ce règlement?

Ces questions appellent explicitement à une qualification de ce revenu : avantage social, prestation de vieillesse (donc de sécurité sociale), ou prestation d'assistance sociale ?

Sans remettre en cause la pertinence des critères de distinction entre les législations relatives respectivement à la sécurité sociale et à l'assistance sociale, la Cour considère qu'ils ne sont pas suffisants pour qualifier une prestation, parce qu'ils ne sont pas aptes à en définir la nature.

Ce faisant, la Cour se refuse d'entrer dans la logique formelle de la législation belge (qui en l'occurrence pourrait être française ou allemande), fondée sur la définition du champ d'application de la loi, et sur les catégories (et leurs justifications) qui fondent les branches du droit national (sécurité sociale ou assistance sociale). La CJCE, s'en tient aux principes et aux droits qu'elle doit garantir en vertu des traités. Elle construit une position surplombante, qui arbitre en permanence entre une pluralité de positions, et dans ce cas précis, entre celles de Mme Frilli, du gouvernement Belge et du gouvernement Italien.

En définitive, la CJCE ne retient pas le champ d'application personnel de la loi, ici les personnes âgées, pas plus que les argumentations fondées sur les caractéristiques du système juridique belge, dans lequel ce revenu était une prestation d'assistance qui tend à « pallier un état de besoin et d'indigence »⁴⁸⁹, et considère qu'une même loi « ne saurait pour les bénéficiaires, qui ont travaillé, constituer un complément de sécurité sociale, et pour ceux qui n'ont jamais travaillé, être de l'assistance sociale » .

Elle ne remet pas en cause la nécessaire distinction entre la sécurité sociale et l'aide sociale, en revanche elle semble prendre acte du brouillage de leur frontière dans les systèmes nationaux. Pour se faire, plutôt que d'admettre les critères formels de classification des prestations, elle procède à une comparaison fonctionnelle, à partir de critères plus concrets, champ d'application, objectifs, modalités d'application. Cette approche lui permet

⁴⁸⁸ Arrêt du 22 juin 1972, Frilli, I/72, Rec.1972, 457

⁴⁸⁹ Observations présentées par l'Etat belge

d'interroger cette distinction dichotomique dont les fondements n'ont cessé d'être nuancés. En effet : « s'il peut paraître désirable, du point de vue de l'application du règlement d'établir une distinction nette entre les régimes législatifs relevant, respectivement de la sécurité sociale et de l'assistance, on ne saurait exclure la possibilité qu'en raison de leur champ d'application personnel, de leurs objectifs et de leurs modalités d'application, certaines législations s'apparentent simultanément à l'une et à l'autre des deux catégories énoncées, échappant ainsi à toute classification d'ensemble » (point 13).

Ce que souligne la CJCE, c'est l'ambivalence de certaines prestations due à la modification des fondements de l'aide sociale. Le « besoin » n'est plus laissé à l'appréciation discrétionnaire des institutions chargées de l'octroi et de la gestion de l'aide sociale. En fait il est de plus en plus déterminé à partir d'un plafond de ressources défini légalement, et déterminé par rapport à un budget type, qui prend néanmoins en compte, pour ne pas décourager l'emploi, le SMIC. Le corollaire est d'avoir fait de certaines prestations de l'aide sociale de véritables droits sous réserve de répondre aux conditions posées par la loi. « Si, par certaines de ses caractéristiques, une législation sur le revenu garanti s'apparente à l'assistance sociale -notamment quand elle retient le besoin comme critère essentiel d'application et fait abstraction de toute exigence relative à des périodes d'activité professionnelle, d'affiliation ou de cotisation- elle se rapproche néanmoins de la sécurité sociale par le fait qu'ayant abandonné l'appréciation individuelle, caractéristique de l'assistance, elle confère aux bénéficiaires une position légalement définie donnant droit à une prestation analogue aux rentes de vieillesse mentionnées par l'article 2 du règlement n°3 » (point 14).

Le bénéfice de la prestation est ouvert de fait aussi bien aux salariés qui n'ont pas suffisamment cotisé qu'à ceux qui n'ont jamais cotisé. Preuve que le caractère contributif est transcendé par celui d'assurer un minimum à tous les résidents (point 15: « que, compte tenu de la définition large du cercle des bénéficiaires, une telle législation remplit en réalité, une double fonction, consistant, d'une part à garantir un minimum de moyens d'existence à des personnes placées entièrement en dehors du système de sécurité sociale et, d'autre part, à assurer un complément de revenu aux bénéficiaires de prestations de sécurité sociale insuffisantes »). Et « qu'ainsi au regard d'un travailleur salarié ou assimilé qui a effectué des périodes de travail dans un Etat membre, y réside et y bénéficie d'un droit à pension, les dispositions législatives assurant à l'ensemble des résidents âgés un droit à pension minima légalement protégé, relèvent, en ce qui concernent ces travailleurs, du domaine de la sécurité sociale visé par l'article 51 du traité et de la réglementation prise pour l'application de cette disposition, alors même qu'une telle législation pourrait échapper à cette qualification pour ce qui concerne d'autres catégories de bénéficiaires » (point 18).

On a souligné⁴⁹⁰, ce qui n'est pas un moindre paradoxe, que la CJCE s'est inspirée assez largement dans ses opérations de distinction des prestations de sécurité sociale et d'assistance sociale, et des prestations contributives et non contributives, d'une analyse faite dès 1961, par Guy Perrin⁴⁹¹.

Elle a par ailleurs repris et précisé cette jurisprudence à l'occasion de la question de l'exportabilité de certaines prestations⁴⁹², plus précisément de l'allocation supplémentaire du Fonds national de Solidarité en 1990 dans une affaire opposant la Commission européenne à la République française. Les faits à l'origine de cette affaire sont les suivants : la commission a introduit un recours visant à faire constater que la République française avaient manqué à ses obligations telles qu'elles découlent notamment de l'article 10 du règlement n°14 08/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, en refusant d'octroyer ou de maintenir l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité aux titulaires de pensions françaises, qui résident ou se déplacent dans un autre Etat membre.

La commission considère que l'ASFNS est une prestation de sécurité sociale et entre de ce fait dans le champ d'application du règlement 1408/71. Elle s'appuyait sur une jurisprudence antérieure relative à la même prestation intervenue à la suite de questions préjudicielles posées par la Cour de cassation, et selon laquelle « une législation comme celle en cause (*celle relative à l'ASFNS*), dans la mesure où elle confère un droit à des

⁴⁹⁰ H.Vershueren, « Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaire 1408/71. Application de ses articles 4 §2 bis et de son annexe 11bis », *Droit social*, . 1995 p.921.

⁴⁹¹ G.Perrin, « Les prestations non contributives et la sécurité sociale », *Droit social*, 1961,p.179.

⁴⁹² l'arrêt CJCE du 12 juillet 1990, Commission des Communautés européennes c/ République Française et note de Ph. Chenillet in *RDSS*, janvier_mars 1990, et critique M.Laroque, in *Droit social*, 11 novembre 1997, p.961.

prestations supplémentaires destinées à majorer le montant de pensions relevant de la sécurité sociale, en dehors de toute appréciation des besoins et des situations individuels, qui est caractéristique de l'assistance, relèvent du régime de la sécurité sociale au sens du règlement 1408/71 » (point10).

Le gouvernement français à l'inverse, soutient qu'il s'agit d'une prestation d'assistance, visant à assurer un « minimum vieillesse », en fait un minimum de moyens d'existence en France et qu'elle perdrait sa raison d'être dès lors qu'elle serait servie dans un autre Etat membre. De plus l'exportation d'une telle prestation poserait des « problèmes de gestion, de coordination et de fond importants », au titre desquels le fait que l'ouverture du droit à cette prestation est soumise à une condition de ressources, que son montant varie en même temps que le niveau de ressources, et qu'enfin elle est éventuellement récupérable sur la succession du bénéficiaire.

Aucun de ces arguments n'est retenu par la CJCE pour qui « s'il est vrai que l'application de ces dispositions peut donner lieu à des difficultés d'ordre pratique, cette circonstance...ne saurait porter préjudice aux droits que les particuliers tirent des principes de la législation sociale de la Communauté » (point17), « les difficultés invoquées...n'étant pas de nature à justifier l'inobservation des obligations qui lui (*le gouvernement français*) incombent en vertu du droit communautaire » (point 18).

Dans cette affaire ce qui intéresse notre propos c'est moins la question qui en est l'objet, à savoir l'exportabilité d'une prestation, que le fait que la Cour ne retienne aucun des critères utilisés par la législation française pour fonder la qualification d'une prestation d'assistance.

L'influence du droit communautaire sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ou sur le renouvellement de certains débats ne fait aucun doute. Il reste que l'inscription de certaines évolutions dans la durée, peut aider utilement à la compréhension du fonctionnement du système de protection sociale en France.

Les caractéristiques historiques de la constitution du système français de protection sociale

Ce retour à l'histoire peut fournir un éclairage permettant de comprendre pourquoi le système de protection sociale, au-delà de son apparente immobilité, évolue, et comment il évolue, toujours à partir de stratégies de contournement. L'aide sociale et la sécurité sociale n'ont pas historiquement été strictement opposés comme l'approche juridique semble le suggérer. La division du droit en branches, comme les points de vue qu'elles déterminent, prennent ici, toute leur importance.

Le rappel historique des étapes de constitution du système de protection sociale a conduit des auteurs à s'interroger sur le pertinence des catégories d'analyse traditionnellement utilisées pour en rendre compte. Dans ce cadre, l'opposition entre une « logique dite universelle » et une « logique dite professionnelle »⁴⁹³ qui renverrait respectivement aux modèles « beveridgien » et « bismarckien », « n'est pas pertinente ». Plus que l'idée d'un système mixte qui conforterait « la thèse de la convergence des systèmes ».

Cette critique de l'approche conceptuelle dominante s'appuie sur une remise en cause de certaines interprétations historiques.

- le régime commun de la sécurité sociale « est né tout autant des allocations familiales que des assurances sociales »⁴⁹⁴. A la fin des années quarante, les allocations familiales représentent la moitié des dépenses de sécurité sociale et la moitié des ressources des catégories populaires. Ce n'est qu'au cours des années soixante que leur part va diminuer à mesure que « le salaire direct, l'assurance maladie et les pensions de retraites prennent le relais »⁴⁹⁵. Cependant à partir des années soixante-dix, de nouvelles prestations se développent (parents isolés, handicapés etc...), financées par l'impôt et les cotisations ; soumises à condition de

⁴⁹³ B.Friot, T.Colin, A.Abdelmoumène, « L'originalité du système de protection sociale français », *RFAS*, octobre-décembre 1995, p.45 et suivantes . La première logique correspondrait à des systèmes financés par l'impôt, les prestations sont forfaitaires, toute la population en bénéficie. La seconde renverrait aux systèmes financés par des cotisations, les prestations sont proportionnelles aux revenus et ne concernent que les seuls actifs et leurs ayants-droit.

⁴⁹⁴ *ibid.*p.49. Allocations familiales dont les auteurs rappellent que « contrairement à une légende aussi pieuse que tenace, elles ne sont pas nées dans le privé à l'initiative du patronat chrétien, mais dans la fonction publiques aux plus belles heures de la république radicale »,p.48

⁴⁹⁵ *ibid.*p.51

ressources, leur montant est déconnecté de l'évolution des salaires, et elles sont distribuées par les caisses de sécurité sociale. Pourtant, elles sont proches d'une logique salariale, du fait « qu'elles se substituent comme ressources générales et légales à des ressources d'aide sociale définies au cas par cas par des commissions variables d'une collectivité locale à l'autre »(souligné par nous)⁴⁹⁶.

- Les assurances sociales (risques maladie et vieillesse) présentent elles aussi des caractères dont il n'est pas possible de rendre compte en terme de dualité de modèles, ni même de compromis en eux. Leur caractère est « indissolublement territorial et professionnel, proportionnel et universel, contributif et distributif »⁴⁹⁷.

L'antériorité de la protection sociale des fonctionnaires (dès le XIXème siècle) impose sa marque au système qui va se constituer et en dessine sa configuration actuelle, à savoir « la double dimension d'homogénéité territoriale et de lien étroit au travail »⁴⁹⁸. Elle se traduit par le fait que le système, alors qu'il est financé à 80% par des cotisations assises sur les revenus du travail, distribue « sur tout le territoire national » et à « presque toute la population », des prestations « liées à ce revenu (retraite, indemnités journalières) ou sans lien avec lui (famille, maladie). C'est dans l'existence d'un statut, opposé au contrat, plus précisément à la position statutaire du fonctionnaire vis-à-vis de l'administration qu'il faut rechercher l'explication et la signification de l'existence « de ressources aussi peu contractuelles qu'une retraite indexée sur le dernier salaire d'activité et non sur une épargne accumulée, un salaire régi par un tarif et non pas au coup par coup par le marché du travail, des allocations familiales dont la contrepartie en travail est difficile à établir... »⁴⁹⁹.

On a souvent interrogé la constitution historique du système de protection sociale en France à partir d'un constat : le caractère tardif de l'institution de l'assurance sociale obligatoire. Deux types d'explications ont été avancées.

La première⁵⁰⁰ souligne avec insistance ce que l'institution à partir du milieu des années 1880 de l'Assistance publique a de spécifique. La législation à laquelle elle a donné lieu concerne à la veille de la première guerre mondiale : l'assistance médicale gratuite (1893), l'assistance aux infirmes, aux vieillards et aux incurables (1905), l'assistance aux femmes en couches, et l'assistance aux familles nombreuses (1913). Ainsi dans sa conception initiale, l'assistance publique se distingue « très nettement des lois sur les pauvres : elle n'est pas destinée à fournir des moyens de subsistance à des indigents définis en fonction d'un critère de revenu. Elle n'entend pas constituer une réponse à des situations de pauvreté, mais couvrir par ses prestations des risques particuliers : la maladie, la vieillesse, la famille, auxquels sont consacrées des législations spécifiques »⁵⁰¹. De même qu'originellement elle se démarque des formes antérieures de bienfaisance, « la politique d'assistance publique s'inscrit explicitement dans le cadre des politiques d'affirmation de la République » ce qui a pris la forme sur le plan historique de la lutte contre l'Eglise catholique et « la redéfinition des rapports entre public et privé dans ce secteur en cours de recomposition »⁵⁰².

C'est à l'occasion de l'adoption de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes (1910), dont on a dit qu'elle constitue « le véritable point de départ de « l'Etat-Providence »⁵⁰³ que se pose précisément la question des rapports de l'assistance publique avec la prévoyance sociale obligatoire. Retenons qu'au titre des justifications avancées par le discours officiel de l'époque c'est « l'existence pour la collectivité d'une obligation de fournir l'assistance publique aux vieillards sans ressources (qui) permet de justifier l'obligation d'assujettissement qui fonde la loi de 1910 ».

⁴⁹⁶ *ibid*,p.52

⁴⁹⁷ *ibid* p.52

⁴⁹⁸ *ibid*, p.46

⁴⁹⁹ *ibid*,p.46

⁵⁰⁰ D.Renard, « Les rapports entre assistance et assurance dans la constitution du système de protection sociale français », in MIRE, *Comprendre les systèmes de Protection sociale en Europe*, Volume 1,Rencontres d'Oxford.

⁵⁰¹ *ibid*.p.106

⁵⁰² *ibi*.p.107

⁵⁰³ G.Noiriel, « Etat providence et « colonisation du monde vécu », l'exemple de la loi de 1910 sur les Retraites ouvrières et paysannes », in *Etat, nation et immigration*, Belin, 2001, p.290. Cet article est paru pour la première fois en 1989, *Prévenir*, 19.

Pensée en termes de complémentarité par rapport à l'assistance aux vieillards, la loi sur les retraites va dans son application, conduire à une situation pour le moins paradoxale. En effet, « sous le couvert d'une loi de prévoyance et lui empruntant sa légitimité », se met en place « un nouveau système d'assistance aux vieillards, pour les salariés à faibles revenus ». En effet, le faible montant des retraites conduit l'Etat à verser une allocation viagère en complément.

L'une des conclusion tirée par D.Renard selon laquelle « l'application de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes se traduit pour l'essentiel par une augmentation des dépenses d'assistance qui s'accompagne d'un transfert de charges des collectivités locales à l'Etat » pourrait être reprise en l'état tant elle peut s'appliquer à la situation actuelle. Il y a en effet, sinon une similitude du moins une homologie entre les procédés et techniques mis en œuvre au début du siècle et ceux utilisés aujourd'hui encore. On est tenté de se demander s'il y a lieu de s'interroger, comme nous avons tenté de le faire, sur un « brouillage de frontières » ou sur l'existence de véritables frontières entre aide et sécurité sociales dans le système français de protection sociale.

*Egalité hommes femmes et prestations de vieillesse*⁵⁰⁴

Edgar Andréani écrivait en 1982⁵⁰⁵ : « De façon un peu abrupte et schématique, on dira que la vieillesse est l'affaire des femmes et la retraite, l'affaire des hommes. Grave contradiction de notre organisation sociale, grave problème pour la politique de la vieillesse. La contradiction va-t-elle ou non s'atténuer dans l'avenir ? Rien n'est moins sûr. Mais mon propos est moins de faire partager mon pessimisme que d'analyser les contradictions et d'examiner les voies empruntées ou proposées pour tenter de résoudre le problème ».

Le système français de sécurité sociale est un système contributif. Les écarts de rémunération entre hommes et femmes tout au long de la vie professionnelle se répercutent en écarts de niveaux de pensions des hommes et des femmes. Ces écarts sont connus. Ils résultent d'une part de carrières incomplètes plus fréquentes chez les femmes et d'autre part de moindres rémunérations pendant la vie active. Ces différences⁵⁰⁶ voire ces discriminations tiennent nous l'avons vu aux rôles différenciés des hommes et des femmes dans la sphère familiale et professionnelle⁵⁰⁷.

Certes, les écarts constatés aujourd'hui devraient se réduire à l'avenir en raison de la progression des taux d'activité des femmes et de leur haut niveau de formation, mais les écarts de rémunération continueront

⁵⁰⁴ Sur cette question : Pierre Laroque, « Droits de la femme et pensions de veuves » *R.I.T.*, 1972, p.8 ; Edgar Andréani « Les femmes et la retraite », *Gérontologie et société*, décembre 82-Janvier 1983, p.47-55 ; Mme Colette Même, *Les pensions des femmes, Droits propres et Droits dérivés*, décembre 1983, non publié ; le rapport de la Cour des comptes – 2000 – traite des « avantages familiaux et conjugaux dans les systèmes de retraite » mais n'aborde pas cette question sous l'angle de l'égalité entre les hommes et les femmes. Le rapport dresse un état des lieux et rassemble les données économiques relatives au coût de ces avantages. Quant au rapport du Conseil d'orientation des retraites -2001- il n'aborde qu'incidemment la question dans l'attente de la jurisprudence communautaire concernant les arrêts Griesmar et Mouflin de novembre et décembre 2001.

⁵⁰⁵ Edgar Andréani préc.

⁵⁰⁶ Les femmes ont un risque plus fort de terminer leur carrière professionnelle par une période d'inactivité ou d'invalidité que les hommes, surtout quand elles ont un emploi à temps partiel. « Toutes choses égales par ailleurs » les femmes travaillant à temps partiel sont moins souvent en pré-retraite que celles à temps complet ou que les hommes. Les femmes à temps complet sont davantage touchées par le chômage en fin de carrière que les hommes » (source : *Rapport Conseil d'Orientation des Retraites*, 2001)

⁵⁰⁷ La retraite moyenne versée en 1997 est de 5600 francs(854 euros). Cette moyenne concerne l'ensemble des retraités de plus de 65 ans, quelle que soit leur durée de carrière et la nature de la pension versée (avantage principal de droit direct, bonifications pour enfants, pension de réversion...) Elle inclut donc en particulier les pensions de veuves n'ayant jamais travaillé et touchant une pension de réversion. Si seules sont prises en compte les personnes qui perçoivent un avantage principal de droit direct, c'est-à-dire les personnes qui ont cotisé à au moins un régime pendant une partie de leur vie, la pension moyenne est alors en 1997 de 6800 francs (1036 Euros) dont 6000 au titre de l'avantage principal de droit direct. Pour une carrière complète, la retraite est de 7800 francs (1189 Euros) en 1997.

Les pensions de réversion concernent majoritairement les femmes. En 1998, 600 000 retraités, essentiellement des femmes, ont perçu uniquement une pension de réversion. Quant aux femmes qui perçoivent un avantage principal de droit direct, elles perçoivent également un montant moyen mensuel de 900 francs(137 Euros) au titre de la réversion.

durablement à maintenir des écarts dans les niveaux de pensions même si la loi du 16 novembre 2001 relative à la preuve des discriminations peut permettre de mieux traiter ces questions.

Ce qui frappe à l'étude des questions de retraite, ce sont les profondes inégalités entre régimes de sécurité sociale. Les salariés des régimes spéciaux de sécurité sociale sont en effet beaucoup mieux traités que les salariés relevant du régime général. Les disparités sont nombreuses, inéquitables et ne peuvent s'expliquer qu'« en raison de circonstances historiques et par l'inégale puissance des groupes d'intérêts exerçant des pressions sur l'opinion et les pouvoirs publics »⁵⁰⁸. La variété des formules « n'obéit le plus souvent à aucune logique cohérente »⁵⁰⁹. Les articles et rapports sur cette question existent mais les analyses faites davantage sur le coût de certaines dispositions que sur la nécessité d'appliquer le principe d'égalité.

Du point de vue d'une démarche d'égalité et d'individualisation des droits qui doit seule nous retenir, il convient ici de distinguer deux types de situations. Les pensions de droits directs des femmes ne sont pas toujours complètes, des correctifs ont été apportés à des époques différentes et selon des finalités différentes. Il s'agit ici de modes d'acquisition de droits propres. L'analyse porte également ici, sur le droit à pension anticipée accordé aux mères de famille ayant au moins trois enfants après 15 ans de service, dans les trois fonctions publiques et les grandes entreprises publiques ayant un régime spécial de retraite⁵¹⁰.

Mais il conviendrait aussi de s'interroger sur l'acquisition de droits pour les périodes directement liées à des soins aux personnes ce qui ne couvre pas exclusivement les soins aux enfants⁵¹¹. L'autre situation concerne non plus les droits directs mais les droits dérivés. Il s'agit d'examiner la question des régimes de pension de survivant sous l'angle des pensions de réversion.

- Les bonifications de durée d'assurance et les majorations de pensions.

Des bonifications de durée d'assurance sont accordées dans tous les régimes aux mères pour compenser des carrières incomplètes avec des différences dans les annuités validées selon les régimes.

Ces bonifications de durée d'assurance de 2 ans par enfant dans le régime général et d'un an dans le régime des fonctionnaires ne sont accordées qu'aux mères dans la législation actuelle. La CJCE a posé, s'agissant du régime des fonctionnaires le principe d'une extension de cet avantage aux pères⁵¹² en application du principe d'égalité.

Même si juridiquement le droit communautaire ne peut aujourd'hui imposer une telle extension aux régimes légaux, tel que le régime général, l'orientation ainsi définie devrait servir de fil conducteur pour toute réforme concernant ces avantages. On notera d'ailleurs que le Code du travail accorde le droit au congé d'éducation tant au père qu'à la mère⁵¹³. Dans la vision initiale, ces mesures étaient destinées à compenser les interruptions et/ou retard de carrière liées à l'éducation des enfants. Mais aujourd'hui de telles mesures ne peuvent plus être réservées exclusivement et automatiquement aux femmes mais doivent tenir compte de la charge éducative effective qui peut peser tant sur le père que sur la mère.

S'agissant des majorations de pensions pour avoir élevé trois enfants au moins, ces majorations sont variables selon les régimes. De 10% au moins du montant de la pension et plus au delà de 3 enfants, elles sont versées tant au père qu'à la mère. Cependant, étant proportionnelles au niveau de la pension, cette majoration favorise les pères qui généralement ont une pension supérieure à celle de la mère. L'analyse en termes de discrimination indirecte pourrait parfaitement être soutenue ici. Une majoration forfaitaire permettrait ici d'établir une plus grande égalité tant entre hommes et femmes qu'entre bénéficiaires de pensions. Enfin cette majoration n'étant pas imposable, ses incidences semblent fortement préoccuper les analystes.

⁵⁰⁸ Pierre Laroque « Droits de la femme et pensions de veuves » *R.I.T.*, 1972, p.8.

⁵⁰⁹ Pierre Laroque préc.

⁵¹⁰ EDF-GDF, SNCF, RATP, Banque de France...

⁵¹¹ L'assurance vieillesse des parents au foyer AVFP (régime général), sorte de couverture différée du risque famille.

⁵¹² Arrêt Griesmar

⁵¹³ Article L.122-28-1 et s. du Code du travail

- La retraite anticipée des mères de famille de trois enfants après 15 ans d'activité⁵¹⁴

Parmi les mesures discriminatoires figure le droit à une retraite anticipée qu'une mère de famille ayant trois enfants et 15 ans d'activité dans la fonction publique et dans certaines grandes entreprises publiques peut prendre sans condition d'âge. Cette mesure en l'état est discriminatoire et pourrait faire l'objet d'une condamnation de la France par la CJCE à moins de l'accorder aux pères de trois enfants. Elle pourrait plus simplement faire l'objet d'un contentieux devant les juridictions administratives sur le fondement de la jurisprudence communautaire. Une mesure proche accordant à la femme mariée un droit à retraite anticipée pour soigner son conjoint gravement malade a ainsi donné lieu à l'arrêt du 13 décembre 2001⁵¹⁵. La directive du 20 décembre 1996⁵¹⁶ s'oppose d'ailleurs au maintien d'une telle disposition à moins de l'étendre aux pères. Cette directive vient d'être transposée dans le Code de la sécurité sociale à l'article L.913.1 après la condamnation de la France pour retard dans la transposition.

Cette mesure avait pour but de faciliter le départ à la retraite de mères de famille actives dont la charge de travail aura été forte puisqu'elles auront eu une « double journée de travail ».

Elle s'inscrivait également dans une politique nataliste puisqu'elle établissait un seuil entre le deuxième et le troisième enfant et incitait théoriquement à avoir un troisième enfant. Une telle mesure se justifie difficilement dans une période où en même temps s'élabore une politique d'articulation de la vie professionnelle et familiale.

Le rapport de la Cour des comptes⁵¹⁷ fait observer que cette mesure permet de percevoir une retraite pendant une période d'inactivité mais n'exclut pas la reprise d'un emploi dans le secteur privé. Il précise également que le coût de cette mesure est particulièrement élevé pour la CNRACL puisque dans les collectivités locales et les hôpitaux publics les emplois sont fortement féminisés.

Dans le régime général et celui des salariés agricoles, il existe également une possibilité de retraite anticipée à taux plein pour les mères ouvrières ayant élevé trois enfants et ayant contribué durant trente années. Mais cette mesure est devenue marginale depuis que l'âge de départ en retraite est de 60 ans.

- La pension de réversion⁵¹⁸

« La femme, comme l'homme devrait avoir en toute hypothèse un droit propre à une pension vieillesse », écrivait Pierre Laroque en 1972, et il esquisse les contours d'un dispositif qui permettrait d'assurer ce droit propre et de supprimer « toute idée de 'pension de réversion', de droit de la femme dérivé de celui du mari ».

Le schéma proposé s'efforce alors de tirer toutes les conséquences du principe d'égalité et de construire des droits individualisés pour les femmes. Il reste pleinement d'actualité dès lors que l'on estimerait nécessaire de s'orienter vers une reconstruction d'ensemble essentiellement fondée sur des droits propres. Des délais sont ici nécessaires pour une telle construction.

Pierre Laroque⁵¹⁹ montre comment à l'âge normal d'ouverture des droits, la femme aurait acquis des droits propres et par son activité professionnelle, et par les années consacrées au foyer et à l'éducation des jeunes

⁵¹⁴ Article L.24 du Code des pensions civiles et militaires : « La jouissance de la pension civile est immédiate : 3° pour les femmes fonctionnaires – a) soit lorsqu'elles sont mères de trois enfants vivants ou décédés par faits de guerre ou d'un enfant vivant âgé de plus d'un an et atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80%. » L'analyse porte ici sur la seule exigence d'être mère de trois enfants

⁵¹⁵ préc.

⁵¹⁶ Directive 96/97/CEE modifiant la directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (à la suite de la jurisprudence Barber) de 1990. La disposition de l'article L.24 s'appliquant à une « rémunération » au sens du droit communautaire puisque le régime spécial de retraite des fonctionnaires est un régime professionnel (Arrêt Griesmar de novembre 2001), la disposition est incompatible avec les exigences du droit communautaire

⁵¹⁷ Rapport de la Cour des comptes 2000 chapitre XIII : « Les avantages familiaux et conjugaux dans les systèmes de retraite »

⁵¹⁸ Cf. Michèle Harichaux-Ramu, « L'évolution de la pension de réversion », *Droit social* n°3, mars 1980, p.236-249, spécialement les nombreuses questions parlementaires référencées et les tableaux comparatifs des pensions de réversion dans les différents régimes.

⁵¹⁹ Préc. p. 10

enfants sans cotisation, puisqu'elle pourrait être considérée comme ayant perçu une rémunération fictive. Il ajoute que s'agissant de la femme restée au foyer sans enfant, l'obligation de verser une cotisation incomberait au mari. La femme aurait ainsi droit à une pension de vieillesse indépendante du décès ou de la survie du mari. « La notion de pension de veuve disparaîtrait de ce seul fait. »

Trente ans après peu de progrès ont été fait en ce sens. La réflexion se poursuit dans un cadre un peu différent d'un meilleur partage des rôles et de l'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale.

Dans l'immédiat et à court et moyen termes la suppression de la réversion conduirait à une forte paupérisation de nombreuses femmes âgées dont la vie personnelle s'est organisée selon le modèle traditionnel de répartition des rôles. Et de ce seul point de vue, la suppression est inacceptable socialement.

Il n'est pas sûr que même à long terme une telle suppression soit justifiée. Une plus grande individualisation des droits postule-t-elle nécessairement sa suppression⁵²⁰ dès lors que sa finalité peut être redéfinie dans le respect du principe d'égalité entre hommes et femmes ?

L'analyse doit être nuancée car la question renvoie alors à la finalité de la pension de réversion.

En effet, la finalité première de la pension de réversion c'est-à-dire la protection de la femme au foyer devenue veuve, ne correspond plus à la finalité actuelle. Encore faut-il distinguer dans l'analyse et dans une certaine mesure le cas du régime général, du régime des salariés agricoles, de celui des régimes spéciaux.

La pension de réversion serait devenu selon Michèle Harichaux-Ramu un droit patrimonial de chaque conjoint d'assuré et donc un acquêt du mariage. Il convient dès lors d'en déduire les conséquences juridiques qui s'imposent. Ainsi les règles de réversibilité devraient être identiques qu'il s'agisse des hommes ou des femmes. C'est le cas dans le régime général mais à niveau trop bas pour reconnaître ce droit comme un acquêt du mariage, puisqu'il est placé sous condition de ressources. Cela soulève un problème de principe puisque la condition de ressources met l'accent sur une idée d'assistance alors que le droit à pension repose sur la technique de l'assurance.

Jean-Jacques Dupeyroux fait observer⁵²¹ que « la question se pose avec une acuité toute particulière lorsque les systèmes de sécurité sociale sont financés par des contributions assises sur les seuls gains professionnels, et lorsque les couples dont les deux membres travaillent sont doublement imposés : est-il normal que l'assurance vieillesse/réversion des inactives soit financièrement supportée par la collectivité des cotisants, donc par celles qui travaillent ? ».

Concernant les régimes spéciaux, les inégalités de traitement voire les discriminations sont nombreuses⁵²². Certains régimes refusent tout droit à réversion au veuf sauf en cas d'invalidité. C'est la solution dans le régime des Mines, à la SNCF et dans la profession du notariat. Dans la fonction publique il y a réversibilité depuis 1964 mais alors qu'aucune condition d'âge ou de ressources n'est exigée pour la veuve, le veuf est soumis à cette double condition. La finalité première demeure donc en l'état.

Enfin, dans ces régimes, à la différence du régime général (mais aussi du régime agricole) la question du remariage a une incidence sur les droits à pension de réversion entraînant soit une suspension soit une suppression.

Certes la finalité première de la réversion tend à s'estomper par l'effet du fort accroissement du taux d'activité des femmes. Mais comme elle cristallise les différentes discriminations qui se sont construites sur 40 ans, elle implique une clarification des principes nécessaires à sa mise en œuvre.

Elle postule le strict respect du principe d'égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle alors que nous assistons à une montée d'emplois précaires qui fragilisent les droits d'un grand nombre de femmes. Elle postule une clarification des principes de la politique familiale et l'application de règles universelles de protection sociale dans tous les domaines où cela est possible.

⁵²⁰ Catherine Zaidman, « L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes ? », *Droit social*, juin 1998, p.590-595.

⁵²¹ Jean-Jacques Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, 13 ed. préc. p. 487-488.

⁵²² cf Jean Jacques Dupeyroux 13 éd. préc. p. 486.

La réversion n'est pas une pension comme les autres : elle est une garantie contre une dégradation brutale du niveau de vie pouvant résulter du décès de l'un des conjoints. Peu importe ici que les femmes en bénéficient plus fréquemment que les hommes, dès lors qu'il s'agit bien d'une garantie de ressources susceptible de bénéficier à l'un ou l'autre. La pension de réversion doit véritablement changer de finalité. Alors qu'elle visait à maintenir un revenu, désormais elle pourrait garantir un niveau. Elle est une garantie de ressources.

Une telle analyse de la réversion conduit dès lors à rechercher une stricte égalité entre les hommes et les femmes dans les conditions d'attribution de la pension de réversion et d'admettre le cumul avec une pension personnelle.

CONCLUSION

La convention sur laquelle a reposé et repose encore les principes d'action publique vis à vis de la famille et des femmes est aujourd'hui obsolète. Cette convention de genre institutionnalisée dans les régimes de sécurité sociale, tant dans les régimes professionnels que dans le régime général, n'est plus recevable.

Alors que le principe d'égalité entre hommes et femmes est affirmé en droit national, alors que la France, par ses engagements communautaires, européens et internationaux, souscrit à la reconnaissance et à la mise en œuvre de ce principe, celui-ci ne s'est pas traduit véritablement par des évolutions significatives. Or, l'égalité entre hommes et femmes est un droit fondamental qui doit continuer son chemin et irriguer les différents domaines, y compris celui de la protection sociale.

L'individualisation des droits sociaux apparaît comme un des moyens permettant de réaliser l'égalité des chances et de traitement entre les femmes et les hommes dans le champ de la protection sociale.

Mais en parlant d'individualisation des droits, de quoi parle-t-on ?

En tant que notion, l'individualisation des droits permet d'interroger de manière critique les fondements familialistes du système de protection sociale, c'est-à-dire la place accordée à la famille dans l'accès aux droits, par la technique des droits dérivés. De manière singulière, elle permet de renouveler le questionnement autour du statut de la femme en tant qu'elle est le plus souvent bénéficiaire de ces droits dérivés qui, de fait, lui assignent une place particulière. En effet, en instituant « l'ayant droit » et « la personne à charge », les droits dérivés participent au renforcement des processus particuliers d'insertion des femmes sur le marché du travail. Nous avons avancé l'idée qu'ils participaient ainsi de la dualité du marché du travail.

Dans ce travail, la notion d'individualisation a été utilisée pour ses ressources heuristiques. Elle pouvait permettre de dévoiler, au-delà de la reconnaissance de l'extension de la protection sociale que les droits dérivés ont historiquement réalisée, ce qu'ils maintiennent de dépendance des femmes, ce qu'ils confortaient d'une vision construite à partir de la figure de monsieur Gagne-pain. Or la présence des femmes sur le marché du travail continue à se développer, faisant ainsi de la question des soins aux enfants, aux adultes handicapés et aux personnes âgées dépendantes une question centrale pour les politiques publiques. Elle conduit par ailleurs à interroger les mécanismes de reconnaissance de l'activité parentale et domestique des femmes, dans la mesure où ce sont elles qui en assurent la plus grande part, par rapport aux obstacles que cette responsabilité met au déroulement d'une carrière professionnelle, continue et à plein temps, et par conséquent à l'objectif d'égalité des chances entre hommes et femmes dans l'emploi et sur le marché du travail. Le système français d'accès aux droits sociaux a fait une place à la maternité, octroyant des « avantages familiaux » aux femmes en reconnaissance de leur contribution à la richesse nationale par le fait d'avoir eu des enfants. Ces « avantages » ne peuvent plus être réservés aux femmes et associés à la maternité, comme le met en évidence la jurisprudence de la Cour européenne de justice. Sur quels principes les refonder ? Ils peuvent être des actions positives permettant de corriger certaines formes de discrimination.

Il reste que cette notion est le lieu et l'enjeu de débats. Il en existe des acceptions différentes comme nous avons essayé de le montrer à divers moments de cette recherche.

Mais comment dès lors acquérir des droits propres et sur quels fondements ? A cette question, il y a des réponses concurrentes.

Une conception comprend l'individualisation des droits comme la suppression pure et simple de la notion de droits dérivés pour éradiquer la dépendance au sein de la famille. La notion d'ayant droit est présentée comme pénalisant les femmes dans la mesure où elle dissuade d'une insertion sur le marché du travail. La conséquence en serait la substitution de régimes universels entendus au sens de régimes forfaitaires financés par l'impôt, aux régimes contributifs. Les critiques apportées à cette conception insistent sur l'appauvrissement des femmes et le creusement des inégalités entre hommes et femmes. Et le système actuel est alors présenté comme donnant suffisamment de garanties. Ainsi s'agissant des retraites, par exemple, s'il subsiste une très forte inégalité des niveaux de retraite entre les hommes et les femmes, on peut constater que ces inégalités sont moindres lorsque la comparaison porte sur des carrières complètes. La France a mis en place différents

mécanismes correcteurs des inégalités entre hommes et femmes : pension minimum, absence de modulation des taux de cotisation en fonction des écarts d'espérance de vie, validation de trimestres pour les emplois précaires, avantages familiaux...auquel cas le système français ne serait pas plus pénalisant pour les femmes que certains systèmes universels, dès lors que ces derniers sont complétés par des systèmes strictement contributifs fondés sur la neutralité actuarielle.

Mais ces correctifs ne touchent pas aux bases actuelles du système de protection sociale dont les fondements inégalitaires restent inchangés.

Dans sa version libérale féministe, l'individualisation des droits sociaux préserve la famille en tant que lieu de production de services notamment sous forme de soins aux enfants et aux personnes dépendantes ; ceci dans un contexte de rejet de l'Etat. Cette conception préserve en même temps la division sexuée du travail entre travail domestique et éducatif principalement assigné aux femmes et travail salarié pour les hommes, quand bien même les femmes sont entrées massivement sur le marché du travail, mais à temps partiel.

Ce raisonnement qui érige la non rémunération des activités de "caring" en principe d'explication des discriminations dont les femmes sont victimes en matière de protection sociale, en fait du même coup un mode de justification de la répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes, d'une part, de la séparation (ou au moins la dissociation) entre emploi et protection sociale d'autre part. Car, en effet, il suffirait dans cette logique que les tâches domestiques soient rémunérées pour que les femmes -tout en restant au foyer- bénéficient d'une égalité de traitement effective. On voit poindre ici une conception différencialiste de l'égalité. Par ailleurs, en considérant que les tâches domestiques sont un travail comparable au travail salarié et/ou indépendant, ce sont les fondements de la protection sociale qui sont remis en cause.

L'argumentation développée dans le cadre de cette analyse, ne peut être admise qu'à la condition d'en accepter les postulats et présupposés qui la rendent possible.

A ce titre on peut retenir :

1/ que la protection sociale a pour "fonction principale" et "raison d'être" de garantir des ressources.

2/ que si elle ne procure pas aux femmes une source de revenus suffisants, c'est que la protection sociale s'est construite sur les "formes de dépendance financière qui trouvent leurs racines dans les relations entre les sexes et les relations de travail".

Accepter de tels postulats, c'est admettre que la protection sociale a aussi pour fonction de fournir des revenus notamment aux femmes ⁵²³, ce que la construction historique des systèmes de protection sociale ne confirme pas, pas plus que leur fonctionnement actuel. Mais c'est surtout admettre ce que recouvre la notion générique de "dépendance financière" à savoir l'assimilation du contrat de mariage au contrat de travail ce qui dans les systèmes juridiques d'Europe continentale est difficilement pensable. C'est sans doute sur ce point qu'apparaissent le plus nettement les différences irréductibles entre le droit français et le droit anglais pour qui une telle objection ne semble pas avoir de sens.

Plus fondamentalement, c'est la conception de l'égalité qui est en question. La notion d'égalité qui est sous-jacente à l'analyse, est différencialiste. En effet il s'agit d'une égalité "pour les femmes". L'établissement de l'égalité entre hommes et femmes passerait par la reconnaissance de droits spécifiques aux femmes en tant que groupe. Sur le plan juridique la problématique est proche de celle du "droit des minorités", et sur le plan politique d'une approche de type communautariste. L'accent est mis en effet moins sur une revendication d'engagement des pouvoirs publics que sur la reconnaissance d'un « droit au care » assorti d'une rémunération de ce travail.

Une autre hypothèse est-elle concevable ? Selon nous, la réponse est positive si elle se fonde sur le principe d'égalité qui devrait traverser les différentes temporalités de la vie et s'inscrit dans une problématique de droits fondamentaux.

Elle serait fondée à notre sens sur l'emploi d'une part, sur une politique familiale plus égalitaire, sur l'universalité de certains droits à la condition que l'obligation alimentaire ne soit pas prise en compte. A ces conditions les pensions de retraite devraient se traduire par une plus grande égalité sociale.

S'agissant de l'emploi, le droit des discriminations et particulièrement le recours à la notion de discrimination indirecte peuvent permettre de saisir et de sanctionner les inégalités de traitement dont les femmes sont victimes et que les analyses sociologiques ont de longue date mis en lumière.

⁵²³ Les autres sources de revenus étant le mariage et le travail.

S'agissant de la prise en compte par les politiques sociales de l'articulation famille/travail, impulsée par le droit communautaire, les mesures ne sont pas neutres. La question ne se pose pas en termes de libre choix laissé aux femmes entre engagement familial et engagement professionnel mais en termes de partage de responsabilités vis-à-vis des enfants et des personnes dépendantes entre respectivement la famille, l'Etat et/ou les entreprises, mais aussi à un deuxième niveau, en termes de partage de responsabilités au sein de la famille. Les recherches comparatives sur le congé parental d'éducation ont bien montré les différentes logiques à l'œuvre à l'arrière plan d'une telle mesure et leurs effets en terme de taux d'emploi des mères.

S'agissant de l'universalité elle concerne l'accès à des droits universels et non pas l'universalité des prestations. Dans cette perspective, il est intéressant, à propos de mesures comme la couverture maladie universelle ou l'allocation personnalisée d'autonomie, de noter comment le souci de rétablir une égalité de traitement a conduit l'Etat à modifier son mode d'intervention en fixant des cadres généraux sur l'ensemble du territoire. Construire des droits propres en matière de protection sociale sur le fondement des droits fondamentaux impose de rechercher des solutions qui soient pensées à partir du lien entre l'égalité de chances et l'égalité de traitement et qui s'inscrivent dans une logique citoyenne.

Notre thèse serait opérer la novation nécessaire pour que cette vision soit en lien avec le principe d'égalité de chances et de traitement. C'est à notre sens privilégier le principe d'égalité comme condition pour l'exercice par les femmes de leur liberté. C'est alors que la réconciliation de la liberté et de l'égalité mais aussi de la solidarité serait possible.

Les droits fondamentaux constituent l'angle pertinent pour aborder notre recherche. Ils peuvent également fournir une grille de lecture aux différents Etats membres de l'Union européenne dont la compétence commune est précisément de les garantir. En effet, la notion de droits fondamentaux dont on s'accorde pour souligner la montée en puissance tant en droit communautaire qu'en droit interne permet de fonder l'indivisibilité des droits et sortir ainsi du dilemme et de l'opposition droits civils et politiques et/ou droits sociaux. Elle permet également d'inscrire dans une nouvelle perspective les droits de l'égalité en mettant en évidence ce qui oppose la logique de protection à la logique d'égalité.

Associer l'individualisation des droits et les droits fondamentaux ouvre à notre sens une voie de recherche qui permet de ré-interroger les fondements et les catégories de notre système de protection sociale. Elle permet de mettre au jour les logiques qui historiquement ont été à l'œuvre dans sa constitution au-delà des sédimentations de notre système de protection sociale. Elle permet aussi d'élargir le champ de la recherche qui intègre des questions qui, le plus souvent sont abordées à la marge du fait du découpage académique entre disciplines.

Ce sont là à la fois l'intérêt et les limites de ce travail de recherche.

BIBLIOGRAPHIE

- ABRAHAMSON P., « Le modèle scandinave de protection sociale » in MIRE/DRESS, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, Volume 4,
- AFTALION A., *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée*, Thèse, Paris 1898
- ANDREANI E., « Les femmes et la retraite », *Gérontologie et société*, décembre 1982-janvier 1983
- ARNAUD A.J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, LGDJ, 1978
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT ,
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DE LA SECURITE SOCIALE , *Redistribuer les responsabilités pour moderniser et améliorer la sécurité sociale*, Documentation de la Sécurité sociale, n°27, Genève 2000
- AUSLANDER L., ZANCARINI-FOURNEL M., (dir) , *Différence des sexes et protection sociale*, Ed. PUV- Saint Denis, 1995
- BARBIER J.C., « Pour bien comparer les politiques familiales en Europe », *Revue française des affaires sociales*, n°3, juillet-septembre 1990, p.153
- BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité », *AJDA*, juillet-aôut 2000, p.15
- BENERIA L., « Le travail non rémunéré : le débat n'est pas clos », *Revue internationale du Travail*, n°323, 1999
- BERRIOT-SALVATORE E., « Le discours de la médecine et de la science », in DUBY G., PERROT M.,(dir), *Histoire des femmes*, Tome III, XVIè-XVIIIè siècle, Plon, 1991, p.359
- BERTHET P., *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan 2000.
- BEVERIDGE W., *Social insurance and allied services*, Report presented to parliament by command of his Majesty, november 1942, New York, Agathon Press, 1969
- BICHOT J., « Peut-on en finir avec les droits dérivés ? Le cas de l'assurance maladie », *Droit social*, 1985, p.85.
- BIEBACK K.J., *La discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le droit social des Etats membres des Communautés européennes au regard de la directive (CE)79/7* février 1996
- BLOSS T., (dir), *La dialectique des rapports hommes-femmes*, PUF, Sociologie aujourd'hui, Paris, 2001
- BLOSS T., « L'égalité parentale au cœur des contradictions de la vie privée et des politiques publiques » in
- BLOSS T.,(dir), *La dialectique des rapports hommes-femmes*, PUF, Sociologie aujourd'hui, Paris, 2001
- BORGETTO M., « Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social*, 1999, p.221
- BORGETTO M., LAFORE R., *La république sociale*, PUF, 2000
- BORGETTE M., LAFORE R., *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2002
- BOURDIEU P., « Les stratégies matrimoniales dans le système des stratégies de reproduction », *Annales ESC*, 1972 (n°spécial sur la famille)
- BUTTNER O., LETABLIER M.T. , PENNEC S., *L'action publique face aux transformations de la famille en France*, Rapport de recherche, convention IPROSEC/Université de Loughborough/Commission européenne/Centre d'études de l'emploi, février 2002
- CARBONNIER J., *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux 1932
- CASTEL R. , *Les métamorphoses de la question sociale. Chroniques du salariat*, Fayard, 1995
- CASTEL R. , « La propriété sociale », in MICHAUD Y., (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, L'Université de tous les savoirs, Editions Odile Jacob, vol.3, 2000
- CHAPERON S., *Les années Beauvoir : 1945-70*, Fayard, 2000
- CHAUCHARD J.P., MARIE R., « La couverture maladie universelle : résurgence de l'aide sociale ou mutation de la sécurité sociale ? » *Revue française des affaires sociales*, octobre-décembre 2001
- CHAUVIÈRE M., SASSIER M., BOUQUET B.; ALLARD R., RIBES B. (dir.), *Les implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000
- CHOQUET L.H., SAYN I., (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, coll. Droit et société, LGDJ, 2000
- COINTET-LABROUSSE M., « Le gouvernement de Vichy et les familles », *Informations sociales*, n°4-5, 1980
- COLMOU A.M., *L'encadrement supérieur de la fonction publique*, Rapport au Ministre de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de la décentralisation, La documentation française, 1999
- COMMAILLE J., *Les stratégies des femmes*, La Découverte, 1992
- COMMAILLE J., MARTIN C., *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard société, 1998

COMMISSION EUROPEENNE , Livre blanc, *Politique sociale européenne, une voie à suivre pour l'union*, Com(94) 333 du 27 juillet 1994

COMMISSION EUROPEENNE , *Moderniser et adapter la protection sociale en Europe*, 12 mars 1997, Com(97), 102 final

COMMISSION EUROPEENNE , *Politique sociale et emploi : un cadre pour investir dans la qualité*, Com (2001), 313 final

CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE , *Egalité entre les femmes et les hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999

CONSEIL D'ETAT , *Rapport public 1996*, Considérations générales : *Sur le principe d'égalité*, La Documentation française, 1996

CONSEIL D'ETAT , *Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, Les études du Conseil d'Etat, La Documentation française, 1999

COUR DES COMPTES , *Rapport 2000*, La documentation française, ? ? ? ? ? ?

COVA A., *Maternité et droits des femmes en France, XIXè-Xxè siècles*, Anthropos-Economica, Paris, 1997

CRENNER E., « La parenté : un réseau de sociabilité actif mais concentré », *INSEE Première*, n°600, juillet 1998

CUVILLIER R., « L'épouse au foyer : une charge injustifiée pour la collectivité », *Droit social*, 1977, p.427

CUVILLIER R., « Sur la protection sociale de l'épouse non active », *Droit social*, 1988, p.531

CUVILLIER R., « L'activité ménagère de l'épouse au foyer : base d'obligations et droits propres », *Droit social*, 1990, p.751

DANIEL C., PALIER B., (dir), *La protection sociale en Europe. Le temps des réformes*, Dress/Mire, La Documentation française, 2001

DARMON M., HUGLO J.G., « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un univers en expansion », *Revue trimestrielle de Droit européen*, janvier-mars 1992

DECAUX E., « La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », dans *Mélanges Nicolas VALTICOS*, 2000, p.405 ed ? ? ? ? ? ?

DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Essais, 1998

DELPHY C., « Egalité, Equivalence et Equité », in C. Delphy, *L'ennemi principal, Penser le genre*, tome II, Editions Syllepse, p.261

DE LUCA V., « Les femmes et les enfants aussi ou le droit d'être représentés par le vote familial », *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, n°?, 2002

DE MUNCK J., LENOBLE J., MOLITOR M., « Pour une procéduralisation de la politique sociale », Centre de philosophie du droit de l'université catholique de Louvain, *Transnational associations*, 4/1996, p.139

DERRIDA J., ROUDINESCO E., *De quoi demain sera-t-il fait ? Dialogue*, Fayard Galilée, 2001

DEWISME ?, *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, Thèse Lille 1942

DONZELOT J., *La police des familles*, Editions de Minuit, 1977

DU BARRY C., « Les aides financières entre ménages », *INSEE Première*, n°441, avril 1996

DUBY G., PERROT M., *Histoire des femmes*, Plon, 1991.

DUPEYROUX J.J., *Droit de la sécurité sociale*, 13^{ème} édition par RUELLAN R., Dalloz, 1998

DUPEYROUX J.J., *Droit de la sécurité sociale*, 14^e édition par BORGETTO M., LAFORE R., RUELLAN M., Dalloz, 2001.

DURAND J.P.,(dir), *La fin du modèle suédois*, Syros, 1994

ESPING-ANDERSEN G., *Les trois mondes de l'Etat Providence. Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, collection Le lien social, 1999. (Première édition *The three worlds of welfare capitalism*, 1990).

EWALD F., (dir.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Flammarion, 1989

FAGNANI J., « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », *Droit social* n°3, 1995

FAGNANI J., *Un travail et des enfants. Petits arbitrages et grands dilemmes*, Bayard Editions, Paris, 2000

FERRY J-M., *Philosophie de la communication*, Cerf, 1994

FOUQUET A., GAUVIN A., LETABLIER MT., « Des contrats sociaux entre les sexes, différents selon les pays de l'Union européenne », in Conseil d'analyse économique *Egalité entre les femmes et les hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999, p.105

FRAISSE G., *Muse de la raison, Démocratie et exclusion des femmes en France*, Gallimard, Folio histoire, 1995

FRAISSE G., *Les deux gouvernements : la famille et la cité*, Gallimard, coll. Folio Essais, 2000

- FRIOT B., COLIN T., ABDELMOUMENE A., « L'originalité du système de protection sociale français », *Revue française des affaires sociales*, octobre-décembre, 1995
- FRIOT B., « Ciblage, universalité, discrimination : la fiscalité redistributive contre le salaire », *Lien social et politiques*, RIAC, 42, automne 1999
- FRIOT B., « La famille entre salaire et pauvreté », in CHAUVIERE M., SASSIER M., *Les implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000
- GARAUD M., SZRAMKIEWICZ R., *La Révolution française et la famille*, PUF, 1978
- GARONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *Revue trimestrielle de Droit européen*, n°30, juillet-septembre, 1994
- GIDDENS A., *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1992
- GUERRAND R.H., *Le libre maternité de 1896 à 1909*, Ed. Casterman, 1971
- GUILBERT M., *Les fonctions des femmes dans l'industrie*, Thèse, Paris 1965, Ed. Mouton 1966
- GUILBERT M., *Les femmes et l'organisation syndicale avant 1914*, Ed. du CNRS, 1966
- GUILLEN A.M., « L'universalisation des systèmes de santé dans les pays d'Europe du Sud » in C. Daniel et B. Pallier (dir.), *La protection sociale en Europe : le temps des réformes*, Drees/Mire, La documentation française, 2001.
- HANTRAIS L., MANGEN S.,(eds), *Family policy and the welfare of women*, Center for european studies, Loughborough, 1994
- HANTRAIS L., LETABLIER MT., *Familles, travail et politiques familiales en Europe*, PUF (Cahier CEE,35) 1996
- HANTRAIS L., (ed), *Gendered policies in Europe, Reconciling Employment and Family life*, St Martin's Press, New York, 2000,
- HARICHAUX-RAMU M., « L'évolution de la pension de reversion », *Droit social*, n°3, mars 1980
- HATCHUEL G., KOWALSKI A.D., « La reconnaissance de l'aide parentale. Les jeunes entre l'école et la vie active », *Consommation et modes de vie*, n°97, avril 1995
- HERITIER F., « Les dogmes ne meurent pas », *Autrement* 3, 1975
- JEAMMAUD A., LE FRIANT M., « L'incertain droit à l'emploi », *Marché du travail, Genre et sociétés (MAGE)*, décembre 1999, p
- JENSEN J.,SINEAU M., *Mitterrand et les françaises. Un rendez-vous manqué*, Presses de sciences Po, Paris 1994
- JOSEPH I., FRITSCH P.,(dir) *Disciplines à domiciles : l'édification de la famille* *Revue Recherches*, n°28, novembre 1997
- JOSSERAND L., *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 1927
- KALLAI T., *La notion de chef de famille*, Thèse Paris 1950
- KERSCHEN N., « La doctrine de Beveridge et le plan français de sécurité sociale de 1945. Unité, Universalité, Uniformité », *Droit ouvrier*, octobre 1995, p.422
- KERSCHEN N., « Universalité, généralisation et lutte contre les exclusions. A propos des débats autour des allocations familiales et de la CMU », in *Mélanges VERDIER* ? ? ? ? ?
- KNIBIEHLER Y., *La révolution maternelle*, Perrin, Paris 1997
- LAFORE R., « La CMU : un îlot dans l'archipel de l'assurance maladie », *Droit social*, janvier 2000
- LAIGRE P., « L'application du principe d'égalité entre les hommes et les femmes aux régimes de retraites professionnels. A propos des arrêts du 28 septembre 1994 de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue de jurisprudence sociale*, 1994, p.803
- LANQUETIN M.T., « Législation particulière au travail des femmes et principes d'égalité professionnelle », Commission des mesures particulières du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle, Paris 1985 inédit
- LANQUETIN M.T., « La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire », *Droit social*, n°12, 1988
- LANQUETIN M.T., MASSE-DESSEN H., « Maastricht : consolidation ou remise en cause des principes en matière d'égalité professionnelle », *Droit social*, 1992, p.386
- LANQUETIN M.T., « L'égalité professionnelle, le Droit à l'épreuve des faits », in dir. MARUANI M., *Les nouvelles formes de l'inégalité*, La Découverte, 1998
- LANQUETIN M.T., « Discriminations à raison du sexe. Sur la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve », *Droit social* n°7/8, 1998
- LANQUETIN MT., LAUFER J., LETABLIER MT., « From equality to Reconciliation in France », in HANTRAIS L.,(ed), *Gendered policies in Europe, Reconciling Employment an Family life*, St Martin's Press, New-York 2000, p.68-88.

- LANQUETIN M.T., *Principe d'égalité entre hommes et femmes, individualisation des droits en matière de protection sociale*, in Mélanges en l'honneur de Jean –Maurice Verdier, Droit Syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Dalloz 2001.
- LAROQUE P., « Le plan français de sécurité sociale », *Revue française du travail*, n°1, 1946, p.9
- LAROQUE P., « Droits de la femme et pensions de veuves », *Revue internationale du travail*, 1972 p.1
- LAROQUE M., « L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française »
- LAUFER J., MARRY C., MARUANI M.,(dir), *Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme*, PUF, coll. Sciences sociales et Sociétés, Paris, 2001.
- LAURENT A., « Une directive pour les années quatre-vingts », *Droit social*, 1979, p.245
- LAURENT A., « Les CE éliminent les discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale », *Revue internationale du travail*, 1986, Vol.125, p.754
- LAVILLE J.L., (ed.), *L'économie solidaire. Une perspective internationale*, Desclées de Brouwer, Paris, 1994
- LE BRAS H., RONSIN F., ZUCKER-ROVILLOIS E., (dir), *Démographie et Politique*, Editions universitaires de Dijon, 1996
- LENOIR R., « L'effondrement des bases sociales du familialisme », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°57 :58, juin 1985
- LENOIR R., « L'invention de la démographie et la formation de l'Etat », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°108, 1995
- LESTRADE B., « Allemagne : la réforme des « petits boulots », *Problèmes économiques*, n°2652, 16 février 2000
- LETABLIER M.T., « L'égalité entre les sexes, un enjeu européen », *Quatre pages*, Centre d'études de l'emploi, juillet 2002
- LEWIS J., « Gender and the development of welfare regimes », *Journal of european social policy*, Vol.2, n°3, 1992,p.159
- LEWIS J., OSTNER I., «L'égalité des chances entre hommes et femmes et les politiques sociales européennes », in LIEBFRIED S., PIERSON P.,(ed), *politiques sociales européennes, entre intégration et fragmentation*, L'Harmattan, Paris, 1998
- LEWIS J., « Politique familiale et place de la famille », in MIRE, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Sud*, Vol.3, Rencontres de Florence, Paris, Mire (Rencontres et recherches)
- LEWIS J., « Care and work », contribution au Séminaire européen Working and Mothering : Social Policies and social Practices, Paris 23-25 mars 2000 (réseau thématique TSER)
- LEWIS J., « Les femmes et le Workfare de Tony Blair », *Esprit*, mars-avril 2001, p.176
- LIEBFRIED S., PIERSON P.,(ed),*Politiques sociales européennes, entre intégration et fragmentation*, L'Harmattan, Paris, 1998
- LISTER R., « Dilemmas in engendering Citizenship », *Economy and society*, volume 24, n°1, 1995, p.15
- LISTER R., « La protection sociale individualisée : l'exemple britannique », *Cahiers du Mage*, 3-4,
- LUCKAUS L., « Intentions and the Avoidance of Community law », *Industrial Law Journal*, Vol.21, n°4, december1992, p.315
- LUCKAUS L., « Individualisation of social security benefits », in McCRUDDEN (ed), *Equality Treatment between women and men in Social Security*, London :Butterwoths, 1994
- LUCKAUS L., « Egalité entre les hommes et les femmes face à la retraite : la compensation des désavantages », Communication au Séminaire européen sur *L'individualisation des droits. Sécurité sociale et égalité des chances entre hommes et femmes*, organisé par l'IRERP-Université Paris X-Nanterre 9-11 octobre 1999
- LUCKAUS L., « Individualisation des droits sociaux et revenu minimum pour les femmes », Communication à la Journée du MAGE, CNRS/IRESO, *Documents de travail du MAGE (Marché du travail, genre et sociétés)*, 17 novembre 1999
- LUCKAUS L., « Egalité de traitement, protection sociale et garantie de ressources pour les femmes », *Revue internationale du travail*, Vol.139, n°2, 2000, p.163
- LYON-CAEN A., « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne », *Droit social*, 1989, p.467
- LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p.62
- LYON-CAEN A., VACARIE I., *Droits fondamentaux et Droit du travail*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Droit syndical et Droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle, Dalloz 2001.
- McCRUDDEN(ed), *Equality Treatment between women and men in Social Security*, London :Butterwoths, 1994

- McLAUGHLIN E., GLENDILING C., « Paying for care in Europe : is there a feminist approach ? », in HANTRAIS L., MANGEN S., (ed), *Family policy and the welfare of women*, Center for european studies, Loughborough, 1994
- MARSAULT H., « Droits propres contre droits dérivés : l'individualisation comme moyen d'améliorer la sécurité d'existence individuelle et familiale », *Droit social*, 1985, p.875
- MARTIN C., « Entre Etat et famille providence », in LAVILLE J.L., (ed.), *L'économie solidaire. Une perspective internationale*, Desclées de Brouwer, Paris, 1994
- MARTIN J., « Politiques familiales et travail des femmes mariées en France : 1942-1982, *Population*, n°6, 1998
- MARTIN J., « Le Traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? », *Revue trimestrielle de Droit européen*, 36(1), janvier-mars 2000, p. ? ? ? ? ? ? ? ?
- MARUANI M.,(dir), *Les nouvelles formes de l'inégalité*, La Découverte, Mage, 1998
- MAVRIDIS P., « Une libéralisation des soins de santé ? Un premier diagnostic après les arrêts CJCE Kohll et Decker », *Droit social*, 1999, p.172
- MESSU M., *Les politiques familiales, du natalisme à la solidarité*, Editions ouvrières, Paris, 1992
- MEULDERS-KLEIN M.T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », *Revue internationale de Droit comparé*, n°4, 1992, p.767
- MEULDERS D., JEPSEN M., PLASMAN O., VANHUYNENEGEM P., *Individualisation of the social and fiscal rights and the equal opportunities between women and men*, Dulbea-ETE-ULB, final report january 1997
- MEYRAT I., *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse Université Paris X Nanterre, 1998
- MICHAS-BEGUERIE , *Régimes privés de retraites complémentaires. Perspective comparative et européenne*. LGDJ, 1998
- MICHAUD Y., (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, Université de tous les savoirs, Editions Odile Jacob, Paris 2000
- MILLAR J., WARMAN A., *Family Obligations in Europe : the Family, the State and Social Policy*, York : Joseph Rowntree Foundation.
- MIRE/DRESS, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, Volume 4, Tome I, 1999,
- MIRE, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Sud*, Volume 3, 1997 (Rencontres de Florence).
- MOREAU M.A., « Tendances du droit social communautaire : des droits sociaux en quête de reconnaissance », *Droit social*, 1994, p.612
- MULLER P., *Les politiques publiques*, PUF, Paris, 1997
- NICOLAS-MAGUIN M.F., *Droit de la famille*, La Découverte, coll. Repères, 1998
- NOIRIEL G., « Etat providence et « colonisation du monde vécu », l'exemple de la loi de 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes" » in NOIRIEL, *Etat, nation et immigration*, Belin, 2001
- PALIER B., BONOLI ?, « Phénomènes de *path dependence* et réforme des systèmes de protection sociale », *Revue française de Science politique*, volume 49 n°3 juin, p.399
- PALME J., « Genre et politiques sociales », in MIRE-DRESS, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord*, Vol.4, T1, 1999, p.151
- PEEMANS-POULLET H., « L'individualisation des droits », in Association internationale de la Sécurité sociale, *Redistribuer les responsabilités pour moderniser et améliorer la protection sociale*, n°27, Documentation de la Sécurité sociale, Genève, 2000, p.47
- PERRIN G., « Le plan Beveridge : ses grands principes », *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2, p.45
- PERRIN G., « Les prestations non contributives et la sécurité sociale », *Droit social*, 1961, p.179
- PERROT M., FRAISSE G., *L'histoire sans qualités*, Ed. Galilée, 1979
- PICARD E., « La notion de citoyenneté », in MICHAUD Y., (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, Université de tous les savoirs, Editions Odile Jacob, Paris 2000
- PITROU A., *Vivre sans famille ? Les solidarités familiales dans le monde contemporain*, Privat, Toulouse, 1978
- POUVOIRS-Revue française d'études constitutionnelles et politiques, *L'Etat-providence*, n°94, Seuil, 2000
- QUEISSER Monika, « Une plus grande liberté de choix de l'individu pour sa protection sociale », Communication au colloque de l'AISS, Luxembourg, 1999
- QUINTIN O., FAVAREL-DAPAS B., (1999) *L'Europe sociale . Enjeux et réalités*. La documentation Française
- RENARD D., « Les rapports entre assistance et assurance dans la constitution du système de protection sociale français » in MIRE, *Comprendre les systèmes de protection sociale en Europe*, Rencontres d'Oxford, vol.1
- RENARD D., « Les trois naissances de l'Etat-Providence », in POUVOIRS-Revue française d'études constitutionnelles et politiques, *L'Etat-providence*, n°94, Seuil, 2000

- RENARD D., « Un train peut en cacher un autre. La création du ministère de Travail et de la Prévoyance sociale en 1906 », *Revue française des affaires sociales*, n°2, avril-juin 2001
- RENARD D., « Logiques politiques et logiques de programme d'action : la création des administrations sociales sous la IIIe République », *Revue française des affaires sociales*, n°4, octobre-décembre 2001
- RIPERT G., BOULENGER J., *Traité de droit civil*, Tome IV *Les régimes matrimoniaux*, LGDJ 1959
- ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999
- RODIERE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 1998
- RONNIN F., LE BRAS H., ZUCKER-ROUVILLOIS E. (dir.) *Démographie et politique*, Editions universitaires de Dijon, 1997.
- ROSANVALLON P., *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat providence*, Seuil, 1995
- ROSANVALLON P., *Le sacre du citoyen*, Paris, Gallimard, 1992
- ROTHSTEIN B., « Critique de l'Etat providence », in DURAND J.P., *La fin du modèle suédois*, Syros 1994, p.219
- ROUSSEL L., *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, coll. Points, 1989
- RUELLAN R., « La femme et la sécurité sociale », *Droit social*, 1976, p.56
- RUELLAN R., « 50 ans d'histoire : la fidélité aux principes d'origine et l'évolution de la société française », *Revue française des affaires sociales*, n°4, octobre-décembre 1995
- SAINSBURY D., (ed), *Gendering Welfare States*, London :Sage, 1994
- SAINSBURY D., « Le genre et la construction des Etats providence en Norvège et en Suède », in MIRE/DRESS, *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France*, Volume 4, Tome I, 1999
- SAINSBURY D., *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge University Press, 1996
- SAINT-JOURS Y., « Prestations familiales : droit de l'enfant ou dispositif d'assistance », *Droit ouvrier*, 1997, p.363
- SALAS R. et STORPER M.(1993) *Les modes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*. Paris Ed de l'Ecole des Hautes études en sciences sociales.
- SAVIGNAUD P., *Le chef de famille*, Thèse Paris 1948
- SHEIWE K., « German Pension insurance, Gendered times and Stratification », in SAINSBURY D., (ed), *Gendering Welfare States*, London : Sage, 1994
- SKREDE K., « Façonner l'égalité entre hommes et femmes, le rôle de l'Etat en Norvège, expérience, politique actuelle et défis de demain », in MIRE/DRESS, *Comparer les systèmes de sécurité sociale en Europe du Nord et en France*, Volume 4, Tome I, 1999
- SCHNAPPER D., *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard 2002
- SOLUS H., « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1943
- SUEUR J.P., *L'aide personnalisée à l'autonomie. Un nouveau droit fondé sur le principe d'égalité*, Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, La documentation française, mai 2000
- SUPIOT A., « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoekel*) », *Droit social*, 1992, p.382
- SUPIOT A., « L'impossible réforme des conseils de prud'hommes », *Revue française des Affaires sociales*, n°1 janvier mars 1993, p. 97.-117
- SUPIOT A., « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Droit social*, 1995, p.823
- SUPIOT A., (dir.) *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, Paris : Flammarion, 1999.,
- STECK P., « De la loi Veil au plan Juppé : l'évolution de la branche famille », *Droit social*, 1996, p.405
- STECK P., « Les conférences de la famille et l'évolution de la politique familiale », *Droit social*, n°6, juin 2002
- STROBEL P., « Les mésaventures de Monsieur Gagnepain », in RONNIN F., LE BRAS H., ZUCKER-ROUVILLOIS E., (dir), *Démographie et Politique*, Editions universitaires de Dijon, 1997
- TERRE R., « Trois conceptions de la famille », *Dalloz* 1953, chron.47
- THERY I., BIET C., (dir), *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Imprimerie nationale éditions, Centre Georges Pompidou, 1989
- THERY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Odile Jacob/La documentation Française, 1998
- TRIFILETTI R., « Southern European Welfare Regimes and the Worsening position of women », *Journal of European policy*, Vol.9, n°1, p.49

VEIL M., « La réforme des retraites en 2001 : réduction de la répartition, un pas vers la capitalisation », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 69, 03/2001.

VERSHUEREN H., « Les prestations spéciales à caractère non contributif et le règlement communautaire 1408/71. Application de ses articles 4§2bis et de son annexe 11bis », *Droit social*, 1995, p.921

VIELLE Pascale, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales . Une approche de genre* , Bruylant 2001

ZAIDMAN C., « Le régime universel : les objectifs et les difficultés de sa mise en place, *Droit social*, 1996, p.333

ZAIDMAN C., « L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités entre les hommes et les femmes ? » *Droit social*, juin , 1998, p. 590

ZANCARINI-FOURNEL M., « Archéologie de la loi du 2 Novembre 1892 » in AUSLANDER L., ZANCARINI-FOURNEL M., (dir) *Différences des sexes et protection sociale*, Ed. PUV Saint Denis, 1995