



Évolution des modèles familiaux : gare aux discriminations !



Marie-Hélène BENSADOUN
Avocate associée
August-Debouzy Avocats
Vice-présidente d'**AvoSial**



Marie-Hélène TABOUREAU
Avocate
August-Debouzy Avocats

Le modèle familial « *traditionnel* » reposant sur le projet parental d'un homme et d'une femme, un père et une mère, a explosé depuis longtemps et le droit français ne prend pas toujours en compte la réalité

La filiation des enfants nés de GPA à l'étranger et l'accès à la PMA aux couples de femmes et aux femmes non mariées sont d'ailleurs au cœur des débats de la loi de bioéthique 2019 en cours d'adoption au moment où nous rédigeons ces lignes ⁽¹⁾.

La question n'est pas d'être « *pour* » ou « *contre* », c'est un fait : les modèles familiaux sont en constante évolution ces dernières années et le DRH doit en tirer les conséquences dans sa gestion des ressources humaines à l'aune des dispositions européennes ⁽²⁾ et du Code du travail ⁽³⁾ qui interdisent toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de

Homoparentalité, GPA, PMA,
changement de sexe Quelles sont les
pratiques RH à reconsidérer ?

l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou encore de la situation de famille.

NOUVELLES FORMES DE FILIATION

L'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) le 10 avril 2019 dans l'affaire « *Menesson* » illustre à quel point la question de l'établissement du lien de filiation avec un parent « *d'intention* » est un sujet sensible impliquant une législation interne qui permet une stricte préservation du droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention EDH.

Autre illustration notable de l'évolution du modèle familial : la décision rendue par la Cour d'appel de Montpellier le 14 novembre 2018 rejetant la demande d'un père, devenu femme, d'être reconnu comme la mère de sa fille sur son acte de naissance, mais lui accordant le statut de « *parent biologique* » et le droit de figurer comme tel sur le livret de famille.

(1) Projet de Loi Bioéthique 2019 adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 15 octobre 2019.

(2) Directive n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 ; Conv. EDH, art. 8 et 14.

(3) C. trav., art. L. 1132-1.



IMPACTS EN DROIT DU TRAVAIL

Au premier abord, on pourrait penser que l'établissement du lien de filiation entre le parent et l'enfant est une question de droit de la famille bien éloignée des thématiques relevant du droit du travail.

Or, au sein de l'entreprise, le risque de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne se pose pas que dans le cadre de l'embauche d'un candidat ou dans celui de l'évolution de carrière du salarié. Les nombreux guides ou autres chartes de bonne conduite, qui prévoient diverses mesures favorisant un environnement inclusif pour les collaboratrices et les collaborateurs LGBT ⁽⁴⁾, ne suffisent pas à écarter les dérapages.

En effet, le risque de discrimination à l'égard des collaborateurs LGBT est beaucoup plus large et protéiforme qu'il n'y paraît : les projets familiaux des couples homoparentaux et l'évolution des modèles familiaux doivent aussi être pris en compte par les DRH.

En premier lieu, parce que le Code du travail et les conventions collectives prévoient différents congés liés à la parentalité ⁽⁵⁾, alors que ces textes, rédigés pour la plupart à une époque où ces questions ne se posaient pas, ne sont pas toujours adaptés à l'évolution de la société.

Ensuite, parce que nombreuses sont les entreprises qui accordent des avantages aux enfants de leurs collaborateurs, que ce soit dans le cadre des œuvres sociales du CE/CSE ou dans le cadre d'avantages tarifaires, remises aux familles du personnel, crèche d'entreprise...

En pratique, compte tenu de la complexité de la composition du foyer familial, établir qui peut bénéficier de quoi et dans quelles conditions, sans opérer de différence de traitement injustifiée conduisant à une discrimination, peut s'avérer particulièrement ardu pour les DRH.

Certains seront tentés de considérer que seul l'établissement d'un lien de filiation du collaborateur avec l'enfant permet de déterminer si un droit est ouvert ou non. C'est sans compter sur l'évolution de la jurisprudence et les décisions rendues par les autorités administratives ⁽⁶⁾ compétentes en la matière (la Halde, puis le Défenseur des droits).

(4) Lesbienne Gay Bi et Trans (LGBT).

(5) Tels que notamment le congé de maternité, le congé de naissance, le congé d'adoption et les jours d'absence pour raison familiale.

(6) La Halde jusqu'en 2011 et le Défenseur des droits.

ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES ET JURISPRUDENTIELLES DES CINQ DERNIÈRES ANNÉES

La loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe et la possibilité pour l'époux qui n'est pas le parent biologique de l'enfant d'adopter ce dernier. Depuis, la question de la filiation et des droits y afférents ne cesse de faire débat devant les juridictions tant européennes que françaises.

La législation française actuelle prévoit donc que, dans le cadre de projets parentaux de couples homosexuels, seul le parent biologique ou adoptif a la qualité de « *parent* » au sens de la filiation juridique.

À ce jour, en France, avoir recours à la PMA est rigoureusement encadré et la GPA qui consiste à avoir recours à une « *mère porteuse* » est strictement interdit.

Force est de constater que, face à cette réglementation rigoureuse, certains couples homosexuels se tournent alors vers d'autres pays tels que la Belgique, le Portugal ou le Canada dotés d'une législation beaucoup plus souple leur permettant de concrétiser leur projet parental.

Durant plusieurs années, ces enfants nés « *en violation* » des lois françaises, surnommés dans certains cas « *bébés Thalys* », ont beaucoup fait parler d'eux du fait de l'impossibilité de leur donner une existence légale sur le territoire français empêchant notamment tout rattachement à la Sécurité sociale ou encore toute inscription scolaire.

La situation a récemment évolué et, depuis un arrêt du 5 juillet 2017, la Cour de cassation, tirant les conséquences de la condamnation de la CEDH en 2014, admet qu'en cas de GPA réalisée à l'étranger, l'acte de naissance puisse être transcrit sur les registres de l'état civil français à l'égard du père.

S'agissant de la retranscription de l'acte de naissance à l'état civil de la mère qui n'a pas accouché, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a adressé une demande d'avis consultatif à la CEDH le 5 octobre 2018 ⁽⁷⁾. L'avis rendu par cette dernière, le 10 avril 2019 ⁽⁸⁾, indique que « *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à*

(7) Cass. ass. Plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053.

(8) CEDH, 10 avr. 2019, n° 16-2018-001.



l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Or, à ce jour, si le parent biologique et le parent « d'intention » ne sont « que » partenaires de Pacs ou concubins, il n'est pas possible de recourir à l'adoption tant que l'enfant est mineur.

C'est d'ailleurs notamment pour cette raison que, parallèlement, d'autres affaires sont en cours allant jusqu'au pourvoi en cassation que les demandeurs savent parfois perdu d'avance, afin d'épuiser tous les recours internes pour pouvoir saisir la CEDH dans le but que soit *in fine* autorisée, en France, l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire de Pacs, hétérosexuel ou homosexuel ⁽⁹⁾.

Cette évolution par à-coups de la législation et de la jurisprudence s'adaptant à l'évolution plus générale des modèles familiaux a nécessairement des incidences pratiques au sein de l'entreprise.

DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR L'ORIENTATION SEXUELLE

Justifier les conditions d'ouverture d'un droit par le strict respect des dispositions légales en matière de filiation permet-il d'échapper à toute sanction en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ? Non.

Le congé de naissance ⁽¹⁰⁾ est-il ouvert au père non biologique salarié de l'entreprise ? Le bénéfice d'un « *avantage social* », tel que les chèques cadeaux du CE/CSE, une place en crèche d'entreprise ou encore un tarif préférentiel pour les membres de la famille peut-il être subordonné à l'établissement d'un lien de filiation juridique avec l'enfant ? De nombreuses questions de ce type se posent en pratique dans l'entreprise.

Par le passé, les décisions des autorités administratives et la jurisprudence européenne ont d'ores et déjà démontré qu'une différence de traitement ne peut pas valablement reposer sur les dispositions du droit de la famille qui restreignent les possibilités de créer un lien de filiation dans le cadre des couples

homoparentaux et que cela pouvait être constitutif de discrimination.

Retour en 2013 où, à l'occasion d'une question relative à la validité des dispositions conventionnelles attribuant des avantages uniquement en cas de mariage, excluant ainsi les salariés homosexuels pacsés (le mariage ne leur étant pas ouvert à l'époque des faits), la CJUE avait considéré que, dans un contexte où la réglementation nationale de l'État membre ne permet pas aux personnes de même sexe de se marier, compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi des avantages, le salarié se trouve alors dans une situation comparable à celle d'un travailleur qui se marie.

La CJUE avait alors conclu que le refus de faire bénéficier des congés et primes aux salariés pacsés constituait une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle qui ne pouvait être justifiée par un objectif légitime.

Autre exemple concernant le congé de paternité avant que son régime ne soit modifié en 2012 ⁽¹¹⁾ et qu'il ne soit rebaptisé « *congé de paternité et d'accueil de l'enfant* » élargissant le champ des bénéficiaires en permettant au conjoint salarié de la mère portant l'enfant ou la personne salariée liée à elle par un Pacs ou vivant maritalement avec elle de bénéficier de ce congé.

En l'espèce, pour refuser le bénéfice du congé de paternité à sa salariée dont la compagne venait d'accoucher, l'employeur avait indiqué s'être fondé sur les textes dans leur rédaction applicable au moment des faits considérant que le « *congé de paternité* » était un droit ouvert uniquement au père biologique de l'enfant.

Interrogé sur la question, le Défenseur des droits avait alors indiqué qu'il n'est pas possible de se fonder sur les textes réservant le congé de paternité au père biologique pour refuser le bénéfice de ce congé à la compagne de la mère biologique ⁽¹²⁾.

Pour le Défenseur des droits, le fait d'accorder le bénéfice du « *congé de paternité* » en fonction de la seule existence d'un lien de filiation juridique peut être regardé comme constitutif d'une discrimination liée notamment à l'orientation sexuelle et comme portant atteinte au droit de mener une vie familiale, en méconnaissance de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention EDH, dans la mesure où ce congé ne pouvait bénéficier qu'aux couples

(9) Pour exemple : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2018, n° 17-70039.

(10) Congé de naissance/adoption de trois jours prévu par l'article L. 3142-1 du Code du travail.

(11) L. n° 2012-1404, 17 déc. 2012.

(12) Décision du Défenseur des droits MLD-2014- 049.



hétérosexuels, les couples homosexuels ne pouvant biologiquement pas avoir un enfant.

Dans une décision du 3 septembre 2007 relative au refus d'accorder un congé de paternité opposée par une Cpm à la partenaire de Pacs de la mère de l'enfant, au motif que cette partenaire n'était pas le père, la Halde avait relevé qu'au regard de l'objet du congé de paternité, qui est de favoriser dès le plus jeune âge un lien entre l'enfant et la personne l'élevant, il y avait une absence de prise en considération de la diversité de la composition des foyers dans lesquels les enfants sont élevés, ainsi qu'une discrimination en lien avec l'orientation sexuelle.

La CEDH adopte quant à elle une position plus nuancée et moins stricte à l'égard des États sur ce sujet.

À titre d'illustration, dans une décision du 12 décembre 2017, désormais obsolète, puisque les textes ont évolué en France entre la date des faits et celle à laquelle la décision a été rendue, la CEDH avait considéré que le fait de subordonner le bénéfice du congé de paternité à l'existence d'un lien de filiation juridique (au père de l'enfant) ne constituait pas une discrimination puisque, à l'époque, dans un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère n'aurait pas non plus bénéficié du congé de paternité ⁽¹³⁾.

Cependant, il convient de tempérer cette appréciation moins restrictive de la CEDH à l'aune des termes employés dans les décisions rendues récemment qui indiquent que la Cour est parfaitement consciente de l'évolution des modèles familiaux ces dernières années et présagent qu'elle adaptera nécessairement ses décisions futures en fonction de cette évolution. À titre d'illustration, la CEDH a précisé, dans l'arrêt précité du 12 décembre 2017, que « *la différence de traitement procède d'une justification objective et raisonnable du point de vue de l'époque considérée* ».

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît qu'une différence de traitement ne peut pas uniquement reposer sur les dispositions du droit de la famille prévues à l'article 6-1 du Code civil qui restreignent les possibilités de créer un lien de filiation. Les dispositions relatives à l'égalité de traitement et à l'interdiction de discrimination prévues par la Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, l'article 14 de la CEDH et l'article L. 1132-1 du Code du travail doivent être prises en considération dans les pratiques mises en place par les entreprises.

(13) CEDH, 12 déc. 2017, n° 46386/10, Hallier et autres c/ France (communiqué par écrit le 18 janvier 2018), confirmant Cass. 2° civ., 11 mars 2010, n° 0965853.

ENJEUX ET RISQUES

L'enjeu pour les DRH est considérable car, outre le « *Name & Shame* » auquel ils exposent leur entreprise sur la toile en cas de discrimination avérée, les sanctions pénales et civiles sont particulièrement sévères.

Charge de la preuve renversée

L'article L. 1134-1 du Code du travail prévoit un renversement de la charge de la preuve favorable au demandeur qui se prétend victime de discrimination. Dans un premier temps, le demandeur présente des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Puis, dans un second temps, au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Sanctions civiles et pénales

Si la discrimination est constituée, la direction s'expose à des sanctions civiles (réparation en dommages-intérêts), ainsi qu'à des sanctions pénales ⁽¹⁴⁾.

En matière de discrimination, elle s'expose par ailleurs à une action de groupe qui peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, à la réparation des préjudices subis qui en résultant ⁽¹⁵⁾.

Sanctions pouvant être proposées par le Défenseur des droits

Lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et L. 1146-1 (méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes) ou L. 2146-2 (discrimination syndicale) du Code du travail, le Défenseur des droits peut, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à leur auteur une transaction prévoyant le versement d'une amende transactionnelle et, s'il y a lieu, l'indemnisation de la victime.

Le montant de l'amende, qui ne peut excéder 3 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges. ♦

(14) Personnes physiques : 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (C. pén., art. 225-2). Personnes morales : amende de 225 000 €. Outre des peines complémentaires telles que l'affichage du jugement (C. pén., art. 225-4).

(15) Action de groupe telle que prévue par les articles L. 1134-6 et suivants du Code du travail.