



# LA CONCEPTION DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES PAR L'UNION EUROPÉENNE

---

*Armelle Renault-Couteau*

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes tel qu'il résulte de l'article 119 du traité de Rome avait pour objectif, sur une demande de la France d'égaliser les conditions de concurrence<sup>1</sup>. Il n'avait alors qu'une portée économique et ne s'exprimait que sous la seule forme de l'égalité de rémunération.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a permis une évolution de cette conception initiale. Ainsi, l'arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976 affirme que l'article 119 n'a pas seulement une finalité économique mais également sociale<sup>2</sup>. La Cour ajoute dans ce même arrêt que le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes fait partie des fondements de la Communauté<sup>3</sup>. Dans l'arrêt *Defrenne III* du 15 juin 1978, la Cour reconnaît que l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine dont elle est tenue d'assurer le respect et que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux<sup>4</sup>.

D'abord exprimé sous la forme de l'égalité de rémunération, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes va prendre la forme de l'égalité de traitement et s'exprimera ensuite sous la forme de l'égalité des chances.

« Toutes personnes sont égales en droit » affirme l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice en décembre 2000. Tel peut être défini le credo de l'Union européenne en matière d'égalité, et notamment en matière d'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle

---

<sup>1</sup> La France a souhaité l'adoption de l'article 119 car elle craignait que ses entreprises soient mises dans une position défavorable au regard de la concurrence, du fait de l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes en France et dans les autres pays de la Communauté.

<sup>2</sup> CJCE, 8 avril 1976, *G. Defrenne c/ Sabena (Defrenne II)*, aff. 43/75, *Rec.*, p.455.

<sup>3</sup> Motifs 11 et 12 de l'arrêt *Defrenne II* précité.

<sup>4</sup> CJCE, 15 juin 1978, *G. Defrenne c/ Sabena (Defrenne III)*, aff. 149/77, *Rec.*, p.1365, points 26 et 27.

et les conditions de travail<sup>5</sup>. Toutefois, l'égalité en droit qui consiste à traiter de façon uniforme tous les individus en interdisant les discriminations dont ils pourraient faire l'objet peut cacher des inégalités ou des exclusions qui ne satisfont pas l'aspiration de la société à une justice plus égale donc plus juste. C'est pourquoi, « l'égalité en droit n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » ainsi que le proclame la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son article 23.

Ces mesures positives qui consistent à instaurer des inégalités pour restaurer l'égalité, s'analysent comme des dérogations à l'égalité de traitement (I) dont le seul objectif est de créer les conditions de l'égalité des chances, sans jamais atteindre l'égalité de résultat qui se situe au delà de la conception de l'Union européenne (II).

## 1 LES MESURES POSITIVES, DES DÉROGATIONS À L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

L'origine libérale de la construction communautaire explique la conception de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et dans le droit dérivé<sup>6</sup>. Jusqu'à l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, l'égalité est strictement conçue comme une égalité des droits<sup>7</sup>.

Les actions positives qui introduisent une différenciation des droits pour corriger les inégalités de fait existant dans une société, sont le moyen de tendre vers l'égalité des chances. Toutefois afin de préserver un équilibre entre liberté et égalité, les actions positives sont interprétées par le juge communautaire de façon stricte.

### L'égalité de traitement

La directive 76/207 du 9 février 1976 a pour objectif la mise en œuvre dans les États membres du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail<sup>8</sup>. Ce texte consacre le principe de

<sup>5</sup> L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes n'est pas visée dans cette étude.

<sup>6</sup> Voir, R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE, Paris, LGDJ, 2003, p.288 et svtes.

<sup>7</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.

<sup>8</sup> Directive 76/207 du 9 février 1976, *JOCE* n°L-39 du 14 février 1976, p.40. Cette directive a été modifiée par la directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *JOCE* n°L-269, 3 octobre 2002, p.15. La directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (dite directive de refonte) rassemble dans un document unique les passages pertinents des sept directives concernées par ce thème qui seront abrogées au 15 août 2009 parmi lesquelles la directive 76/207 modifiée par la directive 2002/73. La mise en œuvre de la directive de refonte sera effectuée au plus tard le 15 février 2013 une fois que les États auront remis à la Commission les informations nécessaires à l'établissement de ce rapport

l'égalité de traitement et introduit dans la législation communautaire le principe de l'égalité des chances avec l'article 2§4.

Selon l'article 2§1 de la directive 76/207, « le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe<sup>9</sup>, soit directement, soit indirectement par référence, notamment à l'état matrimonial ou familial ». La directive 76/207 ne définit pas les concepts de discrimination directe ou indirecte, la jurisprudence de la CJCE et le droit dérivé, ont comblé cette lacune<sup>10</sup>.

### 1) Les discriminations directes

La discrimination directe ou ouverte suppose un traitement différent entre deux individus uniquement du fait du sexe. En d'autres termes, elle utilise de manière « ostensible » le critère du sexe pour justifier une différence de traitement.

Cette définition donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* du 12 février 1974 a été précisée par la jurisprudence<sup>11</sup> puis par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 qui modifie la directive 76/207. Désormais, la discrimination directe est « la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »<sup>12</sup>. La discrimination directe est fondée sur la notion de traitement moins favorable dans une situation comparable. Ainsi la Cour de justice a invariablement affirmé à titre d'exemple, que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe<sup>13</sup>.

Avec pour objectif la volonté de progresser dans le sens du renforcement

---

au plus tard le 15 février 2011, JO L-204 du 26 juillet 2006, p.23-36.

<sup>9</sup> La définition de l'égalité de traitement donnée par l'article 2§1 de la directive 76/207 s'applique à tous les autres motifs de discrimination énoncés à l'article 13 TCE : le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Voir, E. Dubout, *L'article 13, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Université de Rouen, 18 décembre 2004, 739p. p.58-75.

<sup>10</sup> Voir, D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. Soc.*, 1987, n°11, pp.778-790. ; S. Leclerc, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, l'ascension d'un droit social fondamental, in, J.F. Akandji-Kombé, M.J. Rodor et S. Leclerc (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.197-222.

<sup>11</sup> Voir notamment, CJCE, 8 novembre 1980, EJP *Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Tony Vol Wassenen Plus*, aff. 177/88, *Rec.*, p.I-3441, pt.13. ; CJCE, 7 Décembre 2000, *J. Schnorbus c/ Land Hessen*, aff. C-79/99, *Rec.*, p.I-10-927.

<sup>12</sup> Directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 du 9 février 1976 précitée. La directive 2006/54 du 5 juillet 2006 dite de refonte reprend le même texte dans son article 2.

<sup>13</sup> CJCE, 30 avril 1998, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs c/ Évelyne Thibault*, *Rec.*, 1998, p.2011. Dans cet arrêt, la Cour affirme que constitue une discrimination directe en raison du sexe, une réglementation nationale qui prive une femme en congé de maternité du droit d'être notée et donc d'avoir les mêmes chances que d'autres d'accéder à une promotion professionnelle.

de l'égalité de traitement, la Cour de justice a identifié dans l'arrêt *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* de 1974 précité un concept distinct de celui de discrimination directe : la discrimination indirecte.

## 2) Les discriminations indirectes

« Les règles de l'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles, mais encore toutes formes dissimulées de discriminations qui, par application d'autres critères aboutissent en fait au même résultat »<sup>14</sup>. Ainsi que l'affirme le juge communautaire, il existe à côté des discriminations directes, ouvertes, des discriminations indirectes, c'est-à-dire déguisées, dissimulées derrière une mesure en apparence neutre, inoffensive mais qui en réalité désavantagent les personnes concernées. Le travail à temps partiel<sup>15</sup>, l'ancienneté, la force, l'état matrimonial ou familial, ou encore l'allongement de la durée de cotisation pour bénéficier des droits à la retraite<sup>16</sup>, sont des critères dont il est impossible à priori de soupçonner les conséquences discriminatoires mais dont l'utilisation vise indirectement à défavoriser une personne par rapport à une autre.

La discrimination indirecte est plus difficilement décelable que la discrimination directe et de surcroît la preuve de son existence n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre. Conscient de cette difficulté et avec l'objectif de se doter de moyens de plus en plus performants pour protéger l'égalité de traitement, le législateur a introduit dans la législation communautaire la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve<sup>17</sup> qui codifie la jurisprudence antérieure de la Cour<sup>18</sup>. L'article 19 de cette directive prévoit que les États membres, conformément à leur système juridique<sup>19</sup>, prendront les

<sup>14</sup> CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, *Rec.*, p.153, pt.11. Cet arrêt concerne les discriminations fondées sur la nationalité. Il a été étendu à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et notamment dans l'arrêt du 31 novembre 1981, *J.P. Jenkins c/ Kingsgate Ltd*, aff. 96/80, *Rec.*, p.911.

<sup>15</sup> Le travail à temps partiel a donné lieu à une importante jurisprudence dans laquelle la Cour a précisé la portée du concept de discrimination indirecte délibérée (Affaire *Jenkins c/ Kingsgate* précitée) et celle de discrimination indirecte non délibérée, CJCE, 13 mai 1986 *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Weber von Hartz*, aff. 170/84, *Rec.*, p.1607. ; CJCE 13 juillet 1989, *Rinnen-Kühn c/ FWW Spezialgebaudereinigung GmbH & Co*, aff. KG-171/88, *Rec.*, p.2743. Voir en ce sens C. Barnard, « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », in *l'Union européenne et les droits de l'Homme*, dir. Philip Alston, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.243-244.

<sup>16</sup> « Retraites : les femmes paient le prix fort ! Les réformes de 1993 et 2003 renforcent les inégalités d'emploi et de salaire », *Le Monde*, 12 avril 2008, p.19. ; Voir, C. Weisse-Marchal, « La réforme du régime des retraites des fonctionnaires et l'égalité de traitement entre hommes et femmes », *AJDA*, 8 mars 2004, p.476-480.

<sup>17</sup> Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE* L14 du 20 janvier 1998, p.6, modifiée par la directive 98/52, *JOCE* L20J du 22 juillet 1998, p.66, abrogée par la directive de refonte en 2019, 2006/54/CE du 5 juillet 2006 précitée.

<sup>18</sup> Voir notamment, CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, aff. 127/92, *Rec.*, p.I-5535 ; CJCE, 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk industries* (ex post Royal Copenhagen), aff. C-400/93, *Rec.*, p.I-1275.

<sup>19</sup> L'article 6 de la directive 76/207 prévoit que les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne des mesures nécessaires pour permettre à toute personne lésée par la non application à

mesures nécessaires pour lutter contre les discriminations directes ou indirectes et dégage un principe selon lequel l'employeur doit prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement dès lors qu'une personne (l'employé(e)) a établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte<sup>20</sup>.

Le concept de discrimination indirecte est défini dans la directive 200/73 du 23 septembre 1973 comme « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour y parvenir soient appropriés et nécessaires ». Cette définition met en évidence la nécessité du contrôle de proportionnalité d'ailleurs quasiment systématique en matière de discrimination indirecte, qui amène le juge à s'interroger sur la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure en cause, sur sa nécessité pour atteindre l'objectif poursuivi ainsi que sur son interchangeabilité<sup>21</sup>.

A travers le contrôle de proportionnalité, le juge est amené à se poser la question de la limite acceptable d'une différenciation juridique dont l'objectif est de tenir compte de l'existence de situations différentes et de la nécessité de les corriger. En d'autres termes, quelle est la limite de l'objectif de réduction des inégalités que le juge est prêt à accepter? Jusqu'où peuvent aller les justes et légales inégalités? Comment le juge communautaire conçoit-il l'égalité des chances?

### Vers l'égalité des chances

La directive 76/207 confère aux femmes des droits particuliers dans l'article 2§3 et 2§4 qui constituent des dérogations à un droit individuel, le droit de chaque individu de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, droit d'ailleurs reconnu par la Cour elle-même comme un droit fondamental dont elle assure le respect. Dès lors, les mesures positives visées dans l'article 2§4 sont interprétées de façon très stricte, pour ne pas dire restrictive<sup>22</sup> par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt

---

son égard du principe de l'égalité de traitement, de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après le recours éventuel à d'autres instances compétentes. Sur la question des voies de recours, voir, C. Barnard, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p.263-266.

<sup>20</sup> Ce principe est d'ailleurs réaffirmé à l'article 19 du titre III de la directive de refonte 2006/54 précitée. ; Sur la preuve de la discrimination, voir, M.T Lanquetin, « Un tournant en matière de preuves des discriminations », *Dr. Soc.*, 2000, n°6, pp.589-593. ; Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, *Le recours en droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n°2 du Conseil d'orientation, octobre 2000, 80 p

<sup>21</sup> Voir en ce sens, M.F. Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, 1987, n°82, p.102. ; Sur les liens étroits entre principe d'égalité et principe de proportionnalité, voir, E. Dubout. L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations, *op. cit.*, p.481-488. ; Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2003, p.180-182. ; J.Ziller, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, juin 1996, n° spécial, *Droit administratif et droit communautaire*, p.187. Voir *infra* p.16-17.

<sup>22</sup> En ce sens, Marie-France Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *op. cit.*, p.93.

*Kalanke* du 17 octobre 1995<sup>23</sup>.

### 1) Les dérogations à un droit individuel

Les dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité énoncées dans l'article 2§3 de la directive 76/207 sont des exceptions au principe de l'égalité de traitement<sup>24</sup>, puisqu'une action en faveur des femmes constitue une discrimination contre les hommes au sens du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 76/207.

Dérogation au principe d'égalité de traitement, mais dérogation légitime qui ne constitue pas un obstacle ou un handicap freinant l'égalité de traitement. En effet, la Cour de justice, dans une jurisprudence constante a reconnu qu'il est légitime, au regard du principe de l'égalité de traitement de protéger une femme en raison de sa condition biologique pendant et après la grossesse<sup>25</sup>. Le droit dérivé a ensuite pris acte de cette évolution<sup>26</sup>. Il en va différemment des actions positives de l'article 2 paragraphe 4.

L'article 2§4 introduit la notion d'égalité des chances dans le droit dérivé en affirmant : « la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1§1 ». Selon la Cour, l'article 2§4 a pour objectif d'autoriser des mesures discriminatoires en apparence mais qui visent à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la vie sociale<sup>27</sup>. Il s'agit bien d'instaurer des inégalités pour restaurer l'égalité et par conséquent d'introduire une différenciation des droits qui consiste à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans une situation initiale différente<sup>28</sup>.

L'article 2§4 tout comme l'article 2§3 étant des dérogations à l'égalité de traitement doivent donc être interprétés de façon stricte. L'article 2§4 a fait l'objet de remarques d'ordre général dans l'arrêt *Commission des Communautés européennes c/ République française* du 25 octobre 1988 suivi de nombreuses années de silence jusqu'à l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.

<sup>24</sup> L'article 2§3 est ainsi libellé : « La présente directive ne fait pas d'obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

<sup>25</sup> Voir CJCE, 12 juillet 1984, *Hoffman c/ Barnen-Ersatzkasse*, aff. 184/83, *Rec.*, p.3047, point 25. ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief of Constable of Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, 1986, p.1651.; CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. 318/86, *Rec.*, p.6315, point 13.; CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec.*, p.I-69, pt. 30.

<sup>26</sup> La directive 76/207 a été modifiée par la directive 2002/73 qui reproduit l'article 2§3 et le précise en ce qui concerne le retour de congé de maternité et de reprise de l'activité salariée (article 2 al. 7§1 et 7§2).

<sup>27</sup> CJCE, 25 octobre 1988, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, précité, point 15.

<sup>28</sup> Voir, G. Koubi, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » in G.Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, p.69-89.

<sup>29</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.

## 2) Les actions positives doivent être interprétées de façon stricte

L'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995 ouvre le débat sur les actions positives en matière d'égalité des sexes.

Dans cet arrêt, la CJCE a été saisie d'un renvoi préjudiciel par la Cour fédérale allemande du travail sur la question de savoir si la réglementation du Land de Brême en matière de priorité d'embauche des femmes était conforme aux traités communautaires. La loi allemande du 20 septembre 1990 prévoyait qu'à qualification égale, une femme devait être préférée en priorité à un homme quand les femmes sont sous-représentées dans une catégorie de personnel donnée, étant entendu qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie du personnel concerné.

La Cour a censuré l'automatisme de la dérogation accordée aux femmes sous la forme de quotas rigides (point 16), en affirmant qu'une priorité absolue et inconditionnelle accordée aux femmes par une législation nationale va au-delà de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2§4 (point 22) uniquement destinée à promouvoir et à réaliser l'égalité des chances, sans y substituer une égalité de résultat (point 23).

L'arrêt *Kalanke* a fait l'objet de nombreuses critiques qui ont amené la Commission à adopter une communication au Conseil et au Parlement européen sur l'interprétation de l'arrêt *Kalanke*<sup>30</sup>. Celle-ci estime qu'il est nécessaire de modifier la directive 76/207 de façon à préciser clairement que les discriminations positives autres que les quotas rigides sont autorisées par le droit communautaire. S'agirait-il ici d'une ouverture vers une approche faisant place à une conception plus souple des actions positives ?

## 2 L'OUVERTURE VERS L'ÉGALITÉ SUBSTANTIELLE

L'égalité en droit se transforme progressivement en une égalité substantielle sous l'impulsion du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 qui consacre juridiquement les actions positives dans le droit primaire à l'article 141 paragraphe 4. La Cour de Justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence a révélé la portée et les limites de cet article précisant en cela sa conception de l'égalité substantielle.

### La consécration juridique des actions positives

L'article 2§4 de la directive 76/207 a longtemps servi de fondement juridique à la politique communautaire en matière d'égalité des chances entre les hommes et les femmes. Afin de tendre vers une égalité plus réelle, certaines initiatives ont contribué à déterminer la portée de l'actuel article 141§4.

<sup>30</sup> COM (96) 88 final.

### 1) *Les incitations à l'ouverture*

La reconnaissance des actions positives comme moyen de promouvoir l'égalité des chances s'est opérée progressivement dans les textes souvent dépourvus de valeur juridique contraignante mais qui ont contribué à faire évoluer l'approche communautaire de l'égalité.

La recommandation 84/635 du Conseil du 13 décembre 1984 incitait les États membres « à adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité de l'emploi »<sup>31</sup>. Cette recommandation d'ailleurs citée par l'arrêt Kalanke qui en a ignoré la portée (point 28) va même jusqu'à la différenciation des divers types d'actions positives en distinguant actions positives de moyens et actions positives de résultat<sup>32</sup>.

L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux des travailleurs adoptée le 9 décembre 1989 affirmait la nécessité d'assurer l'égalité de traitement et de développer l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. L'action positive qui relève de l'égalité des chances revêt un caractère programmatique<sup>33</sup> précisé au deuxième paragraphe de l'article 16 selon lequel « il convient d'intensifier, partout où cela est nécessaire, les actions pour garantir la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes »<sup>34</sup>.

L'accord sur la politique sociale annexé au protocole n°14 au traité de Maastricht de février 1982 énonce à l'article 6§3 la possibilité pour les États membres « de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle »<sup>35</sup>.

L'article 6§3 admet la possibilité pour les États de mettre en œuvre un traitement différencié, c'est à dire « des mesures prévoyant des avantages spécifiques » à l'égard des femmes pour compenser une situation au départ moins favorable ou désavantageuse. Il s'agit bien dans ce cas d'accepter un traitement juridique différent à des situations différentes au moyen de mesures

<sup>31</sup> Recommandation du Conseil 84/635 du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCE, L331 du 19 décembre 1984.

<sup>32</sup> En ce sens, M.F. Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *op. cit.*, p.95. ; L'auteur cite également la résolution 855 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1986 qui va dans le même sens que la recommandation 84/635

<sup>33</sup> En ce sens, J.Y. Carlier, « La condition des personnes dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.237.

<sup>34</sup> Le texte énumère les domaines concernés par ce programme d'action positive : l'accès à l'emploi, la rémunération, les conditions de travail, la protection sociale, l'éducation, la formation professionnelle et l'évolution des carrières.

<sup>35</sup> L'accord sur la politique sociale ne s'applique pas au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord. Voir, Ch. Tobler, « Positive action under the revised second equal treatment directive », in, *L'égalité entre les hommes et les femmes et la vie professionnelle - Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Dalloz, 2003, p.61. La seule décision de la CJCE sur l'article 6§3 est l'arrêt *Joseph Griesmar c/ Ministre de l'Economie et Ministre de la Fonction publique*, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Rec.*, p.I-9383, points 60 à 67.

spécifiques, dont les États ont le pouvoir d'apprécier l'opportunité.

Exprimant une forme de consensus, le paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord sur la politique sociale a été repris à l'identique par l'article 141§4 du traité d'Amsterdam d'octobre 1997.

## 2) La portée de l'article 141§4

Le traité d'Amsterdam insère expressément l'établissement de l'égalité entre les hommes et les femmes, principe fondamental du droit communautaire, dans les missions de la Communauté à l'article 2 TCE et intègre, au paragraphe 4 de l'article 3 TCE la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes comme préoccupation devant guider toutes les actions énoncées à ce même article<sup>36</sup>. Cette volonté de faire avancer la cause de l'égalité s'est également traduite par la rédaction de l'article 13 TCE, clause d'habilitation dont dispose désormais la Communauté pour combattre les discriminations, y compris les discriminations fondées sur le sexe.

L'article 141 TCE quant à lui reprend l'article 119 sur l'égalité de rémunération et confirme au paragraphe 3 l'engagement de la Communauté à « adopter des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement... »<sup>37</sup>.

Distinct de l'article 141 paragraphe 3, l'article 141 paragraphe 4 confère une base juridique solide aux actions positives dans le traité : « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser les désavantages dans la carrière professionnelle* ».

La notion de sexe sous-représenté évoquée à l'article 141§4 a le mérite de ne pas impliquer de discrimination à l'encontre d'un sexe particulier, en basant l'action positive sur la personne concernée par l'inégalité<sup>38</sup>. De plus, cette notion évite de catégoriser un sexe plus que l'autre, de constituer des groupes ciblés de personnes dont l'effet est d'éclater la société au lieu de l'unifier, de balkaniser le

<sup>36</sup> Voir la communication de la Commission « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires », COM (96) final du 31 septembre 1996 (point 6). Cette stratégie d'intégration dite du « mainstreaming » a été mise en place lors du quatrième programme d'action pour l'égalité des chances (1996-2000), JOCE L335 du 17 octobre 1995.

<sup>37</sup> Sur cet aspect, voir notamment, C. Barnard, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne* : un bilan, *op. cit.*, p.253-259.

<sup>38</sup> Cette précision sur le sexe sous-représenté n'empêche d'ailleurs pas le législateur communautaire à inciter les États membres qui souhaiteraient adopter des mesures positives à le faire en priorité envers les femmes afin d'améliorer leur situation dans la vie professionnelle. Voir Déclaration n°28 relative à l'article 141 (ex article 119), §4, du traité instituant la Communauté européenne.

corps social<sup>39</sup> sur le modèle américain d'ailleurs fortement remis en cause<sup>40</sup>.

L'article 2§4 de la directive 76/207 évoquait les actions positives comme moyen pour rétablir une situation inégalitaire et se limitait clairement dans son énoncé à l'égalité des chances. L'article 141§4 abandonne toute référence à l'égalité des chances. Dès lors, en isolant l'article 141§4 ainsi réservé aux actions positives de l'article 141§3 consacrant le principe de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances, il semble que le législateur franchisse le pas vers une autre forme d'égalité, la « pleine » égalité, l'égalité réelle, l'égalité de résultat<sup>41</sup>.

Toutefois, il est vrai que les expressions « faciliter l'exercice », « prévenir ou compenser des désavantages » ne concernent que l'égalité des chances même si parfois la limite entre l'égalité des chances et l'égalité de résultat est difficile à déterminer<sup>42</sup>. De plus, la jurisprudence postérieure au traité d'Amsterdam et les modifications apportées à la directive 76/207 vont aussi dans le sens d'une interprétation restreinte de la portée de l'article 141§4<sup>43</sup>. En vérité, l'article 2§8 de la directive 2002/73 qui remplace l'article 2§4 de la directive 76/207 ne fait que reprendre les termes de l'article 141§4 eux-mêmes repris par l'article 3 de la directive 2006/54 du 5 juillet 2006<sup>44</sup>.

Toutefois, pas plus l'article 141§4, que l'article 2§8 de la directive 2002/73 ne définissent les mesures positives. Cette forme d'incertitude qui est aussi une forme de prudence de la part du législateur laisse au juge le soin d'en déterminer la portée et les limites.

## B) La portée et les limites des actions positives

A partir de l'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997, la Cour va devoir aligner sa jurisprudence sur le traité et, notamment sur l'article 141§4<sup>45</sup>. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît la légalité de la législation nationale mettant en œuvre des actions positives car elle comporte une « clause d'ouverture » qui

<sup>39</sup> En ce sens, G. Soulier, « *Discrimination* », in A.J. Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p.185.

<sup>40</sup> La constitution de groupes pouvant bénéficier de mesures discriminatoires contribue à éclater la société au lieu de l'unifier. L'individu est alors situé : noir, blanc, asiatique, indien. Il convient de préciser qu'aux États-unis, c'est chaque individu qui détermine volontairement son appartenance à un groupe au moment du recensement. De même, au Royaume-Uni, il est possible d'appartenir à cinq groupes et au Canada, en plus de l'appartenance à un groupe minoritaire, il est possible de réclamer aussi son appartenance à un sexe. Voir, J. Bougrab, *Les discriminations positives*, Dalloz, 2007, p.27.

<sup>41</sup> En ce sens, S. Koukoulis-Spiliotopoulos, *From formal to substantive gender equality; The proposed amendment of directive 76/207. Comments and suggestions*, Athènes/Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers and Brussels: Bruylant 2001 : S.58.; C. Barnard, B. Hepple, « *Substantive Equality* », *Cambridge Law Review*, 2000, p.576.; Ch. Tobler, *Positive action under the revised second equal treatment directive*, *op. cit.*, p.82.

<sup>42</sup> En ce sens, R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union européenne*, in, *Pouvoirs et liberté - Études offertes à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.47-48.

<sup>43</sup> Directive 2002/73 CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 précitée note 8.

<sup>44</sup> Directive 2006/54 CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 précitée note 8.

<sup>45</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, p.I-6383.

en conditionne la légalité. Plus tard, dans l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002<sup>46</sup> la Cour va introduire le principe de proportionnalité qui, à l'instar de la clause d'ouverture s'analyse comme un modérateur des actions positives dont l'objectif reste limité au cadre restreint de l'égalité des chances.

### 1) L'introduction de la clause d'ouverture

La législation du Land Nordrhein Westfalen oblige, à qualifications égales à promouvoir prioritairement le candidat féminin dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau du poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne du candidat masculin ne fasse pencher la balance en sa faveur<sup>47</sup>. En application de cette législation, une femme dont les qualifications étaient égales à celles de Mr. Marschall lui a été préférée lors d'une promotion dans l'enseignement.

A la différence de l'arrêt *Kalanke*, le droit de préférence accordé en l'espèce n'est ni absolu ni inconditionnel car il comporte « une clause d'ouverture » qui en relativise les effets. Dans la mesure où une telle clause est prévue, « dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsque un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». Il ne faut pas, par contre que de tels critères soient utilisés à des fins discriminatoires envers les candidats féminins<sup>48</sup>.

Si dans l'arrêt *Marschall* le juge se refuse à apprécier les critères d'ouverture et en attribue la compétence aux juridictions nationales (point 34 de l'arrêt), dans l'arrêt *Badeck* du 28 mars 2000 il donne une liste des critères d'ouverture dont peuvent d'ailleurs aussi bénéficier les hommes et en rappelle les objectifs<sup>49</sup>. Selon le juge, ces critères visent « à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale » et ainsi à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141§4 des

<sup>46</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/95, *Rec.*, p.1-289.

<sup>47</sup> Ce membre de phrase : «... à moins que des motifs tenant à la personne du candidat ... » est l'énoncé de ce que la Cour a appelé « la clause d'ouverture ».

<sup>48</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, précité, note 47, point 33.

<sup>49</sup> CJCE, 28 mars 2000, *G. Badeck et autres c/ Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, aff. C-158/97, *Rec.*, p.1-1875, point 31. Il s'agit de critères positifs et négatifs qui, bien que formulés en des termes neutres quant au sexe et dont peuvent donc bénéficier les hommes, favorisent en général les femmes : L'ancienneté, l'âge, la date de la dernière promotion ne seront pris en compte que dans la mesure où ils présentent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats. De même, il peut être prévu que la situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire sont sans incidence et que les emplois partiels, les congés et les retards pour l'obtention du diplôme de formation liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins ne doivent avoir aucun effet négatif. Par contre, les capacités et l'expérience acquises dans l'exercice des tâches familiales, dès lors qu'elles révèlent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats et candidates peuvent être prises en considération (point 31 de l'arrêt *Badeck* du 28 mars 2000 précité).

désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté<sup>50</sup>.

L'arrêt *Abrahamsson* du 6 juillet 2000 précise que l'application de ces critères doit répondre à l'obligation de transparence et pouvoir être contrôlés afin d'exclure toute appréciation arbitraire de la qualification des candidats<sup>51</sup>. Dès lors, les critères en cause sont encadrés et doivent être appliqués de telle sorte qu'ils ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi : l'égalité des chances qui passe maintenant à un autre stade avec la prise en compte du principe de proportionnalité.

## 2) L'introduction du principe de proportionnalité

L'autorisation de recourir aux actions positives en faveur du sexe sous-représenté est soumise à l'examen de la proportionnalité ainsi que la Cour l'a exigé dans l'arrêt *Abrahamsson* précité, d'ailleurs confirmé par l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002<sup>52</sup>.

La législation, suédoise à l'origine de l'affaire *Abrahamsson* permet à l'administration de donner la priorité au sexe sous-représenté même lorsque les qualifications et les mérites de la candidate en cause s'avèrent inférieurs à ceux du candidat en tête de classement<sup>53</sup>. De toute évidence, la législation suédoise était contraire à la directive 76/207 (article 2§4) et à l'article 141§4 du traité CE car l'obligation de préférence exige une équivalence réelle des qualifications et une objectivité dans la sélection des candidats<sup>54</sup>. Dès lors, privilégier une femme dont les compétences sont inégales à celles du candidat masculin constitue une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Selon l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002 « il y a lieu en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »<sup>55</sup>.

N'est donc pas contraire au principe de proportionnalité la réglementation du ministère de l'agriculture des Pays-Bas qui réserve aux seuls fonctionnaires féminins les places de garderies subventionnées en nombre limité alors que les fonctionnaires masculins ne peuvent y avoir accès que dans des cas d'urgence

<sup>50</sup> CJCE, 28 mars 2000, *G. Badeck* précité, point 32.

<sup>51</sup> En ce sens, CJCE, 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson et autres c/ F. Fogelqvist*, aff. C-407/98, *Rec.*, p.I-5539, point 49.

<sup>52</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-289.

<sup>53</sup> En l'espèce, Madame Fogelqvist a été nommée de préférence à Monsieur Anderson à un concours destiné à pourvoir une chaire de professeur à l'Université de Göteborg, alors que ses qualifications et services étaient inférieurs. De plus la législation en cause dans cette affaire ne permettait pas de tenir compte des circonstances et situations personnelles du candidat qui ne bénéficie pas de l'action positive.

<sup>54</sup> CJCE, *Abrahamsson* précité, point 56.

<sup>55</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-289, point 39.

relevant de l'appréciation de l'employeur. Cette décision s'explique par le contexte, caractérisé par une insuffisance avérée des structures d'accueil et par l'objectif de la réglementation instaurée afin de lutter contre une sous-représentation importante de femmes<sup>56</sup>. Par contre, une mesure qui excluerait les fonctionnaires masculins qui assument seuls la garde de leurs enfants de la possibilité d'accéder à un système de garderie subventionné par leur employeur irait à l'encontre du principe de proportionnalité et serait dès lors, contraire à l'article 2 paragraphe 4 de la directive, en portant une atteinte excessive au droit individuel à l'égalité de traitement garanti par la directive.

S'inspirant de ses décisions dans les affaires *Lommers* et *Badeck*<sup>57</sup> la Cour a affirmé dans l'arrêt *Briheche* du 30 septembre 2004 que la législation française accorde une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes, contraire à la directive 76/207 (article 2§4) et à l'article 141§4 CE en réservant l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics en cause aux seules veuves non remariées qui se trouvent alors dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation<sup>58</sup>. La mesure en cause conduit à une discrimination disproportionnée par rapport au but poursuivi et méconnaît la nécessité d'une appréciation objective qui tienne compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

Le droit communautaire depuis l'arrêt *Kalanke* consacre une protection individuelle de l'égalité qui centre l'analyse sur la personne. C'est pourquoi, les actions positives sont conçues comme une dérogation à un droit individuel, le droit de chaque individu de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, droit d'ailleurs reconnu par la Cour elle-même comme un droit fondamental dont elle assure le respect. Toutefois, pour répondre aux besoins de justice sociale qui s'inscrit dans ses missions, l'Union européenne s'est engagée à promouvoir l'égalité des chances. C'est l'objectif de l'article 2§4 de la directive 76/207 et de l'article 141§4 qui ont pour « but précis et limité d'autoriser des mesures qui visent à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »<sup>59</sup>. Les mesures positives qui sont des mesures correctrices pour l'avenir<sup>60</sup> ont donc pour mission de créer les conditions de l'égalité substantielle ; elles n'ont pas vocation à aller au-delà, c'est-à-dire vers l'égalité de résultat. Ce n'est d'ailleurs pas souhaitable et ce n'est pas non plus l'objectif de la directive de refonte 2006/54 dont la mise en œuvre est prévue pour février 2013 de changer cette philosophie.

<sup>56</sup> CJCE, *Lommers* précité, point 50.

<sup>57</sup> Point 23 de l'arrêt *Badeck*, CJCE 28 mars 2000, aff. C-158/97, *Rec.*, p.I-1875 et point 39 de l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-285 point 39.

<sup>58</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, aff. C-319/03, *Rec.*, p.I-08807.

<sup>59</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *H. Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, p.I-6363, point 26.; CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche* précité, point 22.

<sup>60</sup> Une mesure réservant un quota de 50% des places disponibles de formation aux femmes est conforme à la légalité communautaire, car ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation qui permettront peut être d'accéder à un emploi. CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, précité, point 53.