

# Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE <sup>(1)</sup>

par Mélanie SCHMITT, DEA de droit social,  
Chargée d'enseignement à l'université Robert Schuman, Strasbourg

Le principe d'égalité de traitement "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". C'est en ces termes que l'article 4 § 2 de la directive 76/207 (2) autorise les actions positives (3), que l'on peut définir comme des "différenciations juridiques de traitement dont l'autorité normative affirme expressément qu'elles ont pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait existant entre elles" (4).

Cette définition contient en elle les germes de la controverse que connaît aujourd'hui la question des actions positives. En permettant de telles différences de traitement, ces actions contredisent en effet le principe de non-discrimination en raison du sexe, d'où l'utilisation d'une formulation négative par le législateur communautaire.

Avant d'examiner la position de la Cour de justice relativement aux actions positives, il convient d'exposer de manière liminaire la problématique générale du principe d'égalité professionnelle en droit communautaire (I). Ces premières observations nous permettront de comprendre la jurisprudence de la CJCE. Après avoir retenu initialement une interprétation restrictive des actions positives, elle semble aujourd'hui l'avoir abandonnée (II). Cette évolution dans le sens d'une portée maximale du principe d'égalité professionnelle apparaît toutefois inachevée (III), révélant une timidité inhabituelle de la part de la Haute Juridiction.

## I.

### Observations liminaires : la problématique générale de l'égalité professionnelle en droit communautaire

Le droit communautaire consacre le principe de manière très large (A), sans pour autant garantir la réalisation effective de l'égalité (B).

#### A. Une consécration très étendue du principe

En droit communautaire, le principe d'égalité professionnelle, ou de non-discrimination entre les hommes et les femmes, constitue une expression particulière du principe général de non-discrimination

(1) Cet article reprend partiellement un travail de recherche mené dans le cadre du DEA de droit social : "La portée du principe de non-discrimination entre hommes et femmes au regard de la jurisprudence actuelle de la CJCE" sous la direction de F. Meyer, septembre 2000.

(2) Directive du Conseil 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, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, JOCE n° L 39 du 14 février 1976.

(3) Différentes formes peuvent être distinguées : celles dont l'objectif est d'éliminer les causes des moindres chances d'emploi et de carrière des femmes en intervenant particulièrement sur

l'orientation et la formation professionnelle ; celles destinées à favoriser l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles ainsi qu'une meilleure répartition de ces responsabilités entre les deux sexes (mesures concernant l'aménagement du temps de travail, le développement des structures destinées à l'enfance, la réinsertion professionnelle des femmes...) ; et celles conçues comme des remèdes aux effets persistants de discriminations historiques juridiquement pertinentes, dont l'illustration extrême est le quota, particulièrement lorsqu'il est "rigide".

(4) F. Mélin-Soucramani : *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, thèse Aix-Marseille, PUAM, 1997, p. 207.

tion (5), qui impose de traiter de la même manière les situations comparables et de manière différente les situations distinctes. Sa consécration résulte à la fois des textes communautaires et de la jurisprudence extensive de la CJCE.

Les dispositions communautaires relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe sont nombreuses. L'article 119 du traité CE (devenu l'article 141) dès 1957, et la directive 75/117/CEE (6) garantissent l'égalité de rémunération. La directive 76/207/CEE élargit l'application du principe d'égalité à l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelle et aux conditions de travail. Plusieurs directives sont ensuite venues compléter ces premiers textes et étendre les domaines couverts par le principe d'égalité hommes/femmes (7).

Devant cette multiplicité de textes applicables, la Cour de justice détient seule le pouvoir d'énoncer une interprétation authentique du droit communautaire en vertu des articles 220 (8) et 234 (9) du traité CE. Son rôle est par conséquent considérable. Constamment à la recherche d'une efficacité maximale des dispositions du droit de l'égalité, elle a tiré grand profit de son monopole d'interprétation. En définissant largement les concepts de base figurant dans les textes consacrés à l'égalité professionnelle, tels la rémunération, le traitement, ou la discrimination (10), la Haute Juridiction a tout d'abord considérablement étendu le champ d'application du principe. La reconnaissance du caractère fondamental du droit à la non-discrimination en raison du sexe (11) lui permet aujourd'hui d'adopter une nouvelle conception du principe d'égalité professionnelle, rattachée à la dignité de la per-

sonne humaine (12). Le doute subsiste toutefois quant à sa volonté de consacrer l'égalité substantielle.

## B. Egalité formelle ou égalité substantielle ?

La définition générale du principe d'égalité professionnelle autorise la coexistence de plusieurs conceptions de l'égalité. Une première conception dite formelle garantit les mêmes droits à tous les individus, sans se préoccuper du point de savoir s'ils sont réellement dans une situation identique. Elle conduit ainsi à laisser libre cours aux inégalités de fait dont souffrent certaines catégories de travailleurs sur le marché du travail (les femmes dans la très grande majorité des cas), voire à les conforter. L'approche substantielle du principe propose, afin d'atteindre l'égalité réelle, de prendre en considération ces inégalités de fait et d'adopter des mesures favorisant les catégories sous-représentées. Il est dès lors inévitable que l'individu appartenant au groupe sur-représenté se sente à son tour discriminé par rapport à une personne du groupe désavantagé dans les faits, mais qui jouit d'un "droit de préférence". C'est ainsi que les travailleurs masculins ont multiplié les recours, estimant que leur droit à la non-discrimination à raison du sexe est violé par ces mesures correctrices (13).

La question a été posée en ces termes par l'avocat général Tesouro (14) : "le droit de chaque individu à ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe... doit-il céder le pas devant les droits d'un groupe désavantagé, en l'espèce les femmes, afin de compenser les discriminations subies par ce groupe ?". Cette formulation revient à opposer l'éga-

(5) En ce sens, S. Robin-Olivier : *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1999, p. 17 et s. Voir dernièrement CJCE 16 sept 1999, aff. C-218/98, *Abdoulaye c. Renault*.

(6) Directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JOCE n° L 45 du 19 février 1975.

(7) Directive 79/7 du Conseil du 9 février 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JOCE n° L 6 du 10 janvier 1979 ; directive 86/378 du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, JOCE, n° L 225 du 12 août 1986, modifiée par la directive 96/97 du Conseil du 20 décembre 1996, JOCE n° L 46 du 17 février 1997 ; directive 86/613 du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JOCE n° L 359 du 19 décembre 1986.

V. aussi dernièrement la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM (1999) 565 final.

(8) Article 220 (ex-article 164) : "La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité".

(9) Article 234 (ex-article 177) : "La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté...".

(10) Sur l'interprétation de ces termes, v. J.-G. Huglo : "Egalité de traitement entre les hommes et les femmes", *Jurisl. Europe Fasc. 612*, M.-T. Lanquetin : "La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire", *Dr. soc.* 1988, p. 806, M. Darmon et J.-G. Huglo : "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la CJCE : un univers en expansion", *RTD eur.* 1992, p. 1-25.

(11) CJCE 15 juin 1978, aff. 147/77, *Defrenne III*, Rec. 1365.

(12) CJCE 30 avril 1996, aff. C-131/94, *P./S.*, Rec. I-2159.

(13) Sur cette tendance, v. M.-T. Lanquetin, *op. cit.*, *Action juridique CFDT* 1997, p. 8.

(14) Conclusions présentées le 6 avril 1995 dans l'affaire C-450/93, *Kalanke*, point 7.

lité formelle et l'égalité réelle. Or, loin d'être antagonistes, il nous semble que ces deux concepts sont les composantes du même principe d'égalité, complémentaires et indissociables (15). Les limites revêtues par une stricte application de l'égalité en droit – le fait que celle-ci ne tienne pas compte des inégalités de moyens n'aboutissant qu'à renforcer les inégalités sociales et les phénomènes d'exclusion – rendent alors indispensable la prise en compte de la situation de chacun pour l'accès aux droits et aux avantages sociaux (16). Aussi, malgré le risque de "renforcer la

stigmatisation de ceux dont on veut défendre les droits" (17), apparaît-il nécessaire de rompre avec l'universalité de la loi pour mieux assurer l'égalité.

Cette opposition de l'individuel et du collectif, autre expression de l'opposition entre l'égalité formelle et l'égalité concrète, renvoie au problème de la légitimité des actions positives, que nous allons à présent aborder. La Cour de justice semble avoir abandonné la conception restrictive qu'elle avait initialement adoptée.

## II.

### L'abandon apparent de la conception restrictive des actions positives

Cette conception restrictive retenue par la Cour de justice résulte de l'assimilation des actions positives à des dérogations au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe (A). Dans un second temps, le juge communautaire a admis plus largement, mais dans une mesure toutefois limitée, ce type de mesures (B).

#### A. L'assimilation des actions positives à des dérogations au principe de non-discrimination en raison du sexe

La CJCE a inauguré cette jurisprudence restrictive dans son fameux arrêt *Kalanke* (18), dans lequel elle a consacré la suprématie de l'égalité formelle (I). L'adoption de cette solution a immédiatement engendré un flot de critiques de la part de la doctrine (II).

**1. L'arrêt *Kalanke*** : la consécration de la suprématie de l'égalité formelle

Cette affaire concernait une disposition du Land de Brême, selon laquelle "lors du recrutement, ou de l'affectation à un emploi dans un grade plus élevé dans l'échelle des salaires, rétributions et traitements ou à un autre poste et en cas de promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées". En vertu de cette disposition, Mme Glissman a été choisie pour un poste de chef de département au sein du service des espaces verts de la ville de Brême, au détriment de M. *Kalanke*. Celui-

ci a saisi le Bundesarbeitsgericht (après avoir été débouté en première instance et en appel), qui a alors interrogé la Cour de Luxembourg sur la compatibilité de la législation en cause avec l'art 2 § 4 de la directive.

Le juge communautaire a répondu assez sèchement que cette disposition n'autorise pas le système de "quotas" mis en cause, car, en tant que dérogation à un droit individuel consacré par la directive, il est d'interprétation stricte (19). En conséquence, "une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2 § 4 de la directive" (20). Se trouvent dès lors condamnées toutes les mesures qui assurent aux femmes un résultat concret, et non uniquement des chances égales à celles des hommes de parvenir à ce résultat. La CJCE reprend ici les conclusions de M. Tesouro, selon lequel les seules actions positives permises sont celles qui sont nécessaires pour éliminer les obstacles ou les disparités empêchant les femmes d'atteindre, dans des conditions égalitaires, les mêmes résultats que les hommes.

#### 2. Une jurisprudence vivement critiquée

L'on a tout d'abord relevé que la Cour de justice a commis une erreur d'interprétation du quota en cause. En effet, loin d'accorder "une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes", le traitement préférentiel litigieux est lié à la démonstration préalable d'une sous-représentation des femmes dans un secteur ou à

(15) En ce sens, M.-T. Lanquetin : "De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt *Kalanke*", *Dr. soc.* 1996, p. 98.

(16) M. Borgetto : "Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions", *Dr. soc.* 1999, p. 223.

(17) D. Lochak : "Égalité et différence. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit", in D. Borillo : *Homosexualités et droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", 1998, p. 62-63.

(18) CJCE 17 octobre 1995, aff. C-450/93, *Kalanke*, Rec. I-3051.

(19) *Ibid.*, point 21, qui reprend l'arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1651, point 36.

(20) *Ibid.*, point 22.

un niveau de fonction donné, et à la condition que la qualification de la candidate soit équivalente à celle de son concurrent masculin (21). L'avocat général l'avait lui-même relevé, mais le caractère flexible du quota n'a selon lui aucune incidence, car "la vérité est que toute action spécifique en faveur d'un groupe minoritaire ou, en tout cas vulnérable, s'oppose au principe de l'égalité au sens formel" (22).

L'instauration de cette hiérarchie entre le principe d'égalité de traitement et celui d'égalité des chances, autre expression de la suprématie de l'égalité formelle au détriment de l'égalité substantielle, a concentré les critiques (23). Les textes internationaux (24), comme les institutions communautaires (25) considèrent en effet les actions positives comme le moyen de mettre en œuvre l'égalité de traitement dont elles poursuivent la réalisation objective (26). "Séparer l'égalité formelle de l'égalité concrète, c'est vider l'égalité de sa substance même" (27) et revient à méconnaître de manière irréaliste les particularités des hommes et des femmes (28).

L'on peut également relever que la Haute Juridiction refuse ici de traiter de manière collective la question de la validité des actions positives, privilégiant une conception individualiste de l'égalité. Ce raisonnement ne s'accorde guère avec sa jurisprudence audacieuse relative à la notion de discrimination indirecte, dont la mesure suppose une comparaison entre les différents groupes de travailleurs concernés par la mesure litigieuse (29). Attentive à ces critiques, la Cour de justice semble assouplir sa jurisprudence et admettre dans une certaine mesure les actions positives.

## B. Une admission élargie mais encore limitée des actions positives

Un premier pas dans cette direction a été réalisé par l'arrêt *Marschall* (30) (I). Cependant, son ambiguïté ainsi que son manque d'audace n'ont pas manqué de susciter de nouvelles critiques, auxquelles la Cour de justice s'est efforcée de répondre récemment dans l'arrêt *Badeck* (31) (II). Mais ce nouvel épisode dans la jurisprudence "actions positives" ne parvient toujours pas à nous convaincre de la volonté de la Cour de considérer ces mesures comme des éléments concourant à la réalisation de l'égalité réelle.

### 1. L'arrêt Marschall : un premier pas timide et contesté

Les faits de cette affaire se rapprochent de ceux ayant donné lieu à l'arrêt *Kalanke*. M. Marschall s'est vu refuser une promotion à un poste de grade supérieur à celui qu'il occupait au profit d'une collègue féminine, sur la base d'une règle du statut des fonctionnaires du Land. Le droit de priorité institué par cette règle joue dans les mêmes conditions que la Loi du Land de Brême (égalité des qualifications, sous-représentation des femmes), mais il peut être écarté "pour des motifs tenant à la personne du candidat". Cette "clause d'ouverture" a semble-t-il été l'élément déterminant pour la Cour, qui s'appuie sur le caractère flexible du droit conféré pour admettre la validité de la mesure en cause. Contredisant les conclusions de M. Jacobs (32), qui préconisait l'application stricte de la solution *Kalanke*, cette solution est néanmoins conforme à l'opinion de la Commission (33). Quant à la doctrine, la majorité des auteurs considère que l'arrêt *Marschall* procède à un véritable revirement, car il valide un droit de priorité qui vise à atteindre un résul-

(21) L. Charpentier : "L'arrêt *Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité", RTD eur. 1996, p. 287 et s.

(22) Conclusions précitées, point 11.

(23) V. spécialement M.-T. Lanquetin : "De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt *Kalanke*", Dr. soc. 1996, p. 498 et L. Charpentier, op. cit.

(24) Article 4 de la Convention n° 111 de l'OIT : "l'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte discriminatoire tel qu'il est défini par la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes : ces normes doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints".

(25) V. particulièrement le troisième considérant de la recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCE n° L 331, p. 34.

(26) V. spécialement L. Charpentier, op. cit., p. 283 et s., M.-T. Lanquetin, op. cit., p. 498 et P. Rambaud, op. cit., p. 113.

(27) L. Charpentier, op. cit., p. 284 et s.

(28) M.-F. Christophe-Tchalakoff : "Le principe d'égalité", AJDA 20 juin 1996 spécial, p. 175, selon laquelle "les discriminations positives permettent d'atteindre l'égalité par la différence".

(29) Sur cette notion, v. not. M.-T. Lanquetin : "De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins", Etudes offertes à H. Sinay, Peter Lang, 1994, p. 415.

(30) CJCE 11 novembre 1997, aff. C-409/95, *Marschall*, Rec. I-6363, DO 1998 p. 236

(31) CJCE 28 mars 2000, aff. C-158/97, *Badeck*, www.curia.eu.int

(32) Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 15 mai 1997.

(33) Communication sur l'interprétation de l'arrêt *Kalanke*, 27 mars 1996, RJS 7/96, p. 490. La Commission souligne que, par cette décision, la Cour n'avait condamné que les droits préférentiels automatiques et que, *a contrario*, ces droits seraient licites s'ils étaient assortis d'exceptions.

tat, alors que l'arrêt *Kalanke* condamnait ce type de mesures (34).

L'on a toutefois très justement salué "l'explication remarquable de cette discordance", qui résiderait dans la recherche par la Cour des racines des discriminations sexuelles dans les pratiques sociales (35). Pour la première fois, la Haute Juridiction dénonce "certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active", desquels il résulte que les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins (36). Elle mentionne également "la crainte que, en raison des tâches ménagères et familiales, [les femmes] organisent leur temps de travail de façon moins souple" (37). En s'intéressant ainsi à la sphère domestique, privée, pour traiter de son impact sur le choix des femmes, le juge communautaire semble enfin se détacher de la philosophie libérale, selon laquelle les préférences – ici, la division sexuelle du travail dans le foyer – font l'objet d'un libre choix, laissé à la discrétion du couple hors de toute surveillance publique (38).

Les critiques, néanmoins nombreuses, portent sur la "clause d'ouverture", qui, de l'aveu même du Land, permet à l'Administration de préférer le candidat masculin sur la base de critères, traditionnels ou non, de promotion (39). Il en résulterait la réintroduction d'une discrimination à l'égard des femmes (40). La Cour de justice, qui semble avoir compris le danger latent, a énoncé deux conditions à la validité de la disposition litigieuse. D'une part, les candidatures doivent faire l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne du candidat, et d'autre part, ces critères ne doivent pas être discriminatoires envers les candidats féminins (41). Cette seconde condition a suscité de vives critiques parce qu'elle aboutit en réalité à rendre quasi-automatique la préférence accordée aux femmes. Or, c'est précisément pour cette raison que la Cour a condamné le système de quotas mis en cause dans l'affaire *Kalanke*. L'on ne voit effectivement pas quels critères admis par le juge communautaire pourraient être invoqués par l'employeur pour justifier le

choix du candidat masculin, au détriment de son homologue féminin. Enfin, il est fort regrettable que la Cour, en rappelant que "l'article 2 § 4 [constitue] une dérogation à un droit individuel consacré par la directive" (42), maintienne une conception restrictive des actions positives en général. Une nouvelle affaire a récemment fait renaître l'espoir d'un changement conceptuel.

## 2. L'arrêt *Badeck* : une avancée remarquable en apparence

Cette décision fait suite à une procédure en contrôle de légalité actionnée par 46 députés allemands du Landtag de Hesse, dont M. *Badeck*, à propos de plusieurs dispositions de la loi hessoise relative à l'égalité entre hommes et femmes et à l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes dans la fonction publique. Les demandeurs, qui se fondent sur la solution *Kalanke*, estiment que cette législation est contraire au principe d'égalité de traitement car elle garantit la mise en place de situations définitives avantageuses pour une catégorie spécifique de personnes (43).

La Cour de justice est tout d'abord interrogée sur la validité, en matière d'accès aux postes de la fonction publique, de plans de promotion qui optent pour des quotas de résultat flexibles, c'est-à-dire variables en fonction des secteurs et des services. La loi prévoit toutefois que la priorité accordée aux candidats féminins sera écartée si "des motifs juridiquement supérieurs" le commandent. La réglementation en cause n'est donc ni inconditionnelle, ni absolue, ce qui permet à la Cour de la déclarer conforme à l'article 2 § 1 et 4 de la directive 76/207 (44).

Une deuxième question concerne le régime particulier du secteur scientifique, qui impose que le pourcentage minimal de personnel féminin corresponde au pourcentage représenté parmi les diplômés, les titulaires de doctorat et les étudiants de chaque discipline. Ce régime est également déclaré valide car il ne fixe pas de plafond absolu, mais utilise comme paramètre quantitatif une donnée réelle pour instituer la préférence pour les femmes (45).

(34) En ce sens, J. Jacquemain : "Egalité entre travailleurs féminins et masculins", JTDE 1998, p. 52, et P. Rambaud, op. cit., p. 115. D'autres estiment que "la Cour confirme la condamnation du caractère inconditionnel et absolu de la priorité accordée aux femmes, mais reconnaît la légalité des atteintes proportionnées au principe d'égalité de traitement". En ce sens, E. Saulnier : "L'égalité professionnelle femmes-hommes en France et en Europe : développements récents", P.A., 9 octobre 1998 n° 121, p. 12.

(35) V. J. Jacquemain, op. cit. p. 52 et 56.

(36) Arrêt *Marschall*, point 29.

(37) *Ibid.*

(38) V. I. Ostner et J. Lewis : "L'égalité des chances entre hommes et femmes et les politiques sociales européennes", in J. Leibfried et P. Pierson, *Politiques sociales européennes. Entre intégration et fragmentation*, L'Harmattan, coll. "Logiques politiques", 1998, p. 201.

(39) Arrêt *Marschall*, point 5.

(40) C'est également l'avis de l'avocat général. V. le point 36 des conclusions.

(41) Arrêt *Marschall*, point 33.

(42) *Ibid.*, point 32.

(43) Arrêt *Badeck* précité, point 11.

(44) *Ibid.*, point 36.

(45) *Ibid.*, point 42.

Une troisième disposition vise à leur réserver la moitié des places de formation pour les professions qualifiées dans lesquelles elles sont sous-représentées, et pour lesquelles l'Etat ne détient pas le monopole de formation. La Cour estime que ces mesures relèvent de l'article 2 § 4, alors même qu'elles garantissent un résultat en termes numériques. La Haute Juridiction justifie sa position par le fait que cette disposition s'inscrit dans le cadre d'un "concept restreint d'égalité des chances", puisque ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais uniquement des places de formation en vue d'accéder à des professions qualifiées dans la fonction publique (46).

La même idée se retrouve lorsque la Cour de justice admet la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition qui, à qualifications égales, garantit aux femmes d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs où elles sont sous-représentées. Cette mesure n'implique effectivement pas la poursuite d'un résultat définitif – auquel cas le juge communautaire n'aurait pas manqué de la déclarer

incompatible – mais offre des possibilités supplémentaires aux femmes qualifiées pour faciliter leur entrée dans le monde du travail ainsi que leur carrière (47).

Enfin, la juridiction de Luxembourg admet la validité de la disposition nationale, selon laquelle, lors de la composition des organes représentatifs des travailleurs et les organes d'administration et de surveillance, au moins la moitié des membres devraient être des femmes. Elle souligne que cette mesure n'est pas juridiquement contraignante et ne fait que préconiser l'*objectif* d'une participation au moins égale des femmes (48).

Si l'on excepte ce dernier point, la Cour de justice a scrupuleusement suivi les conclusions remarquables et très détaillées de M. Saggio (49). En faisant preuve d'une grande souplesse, elle semble avoir voulu répondre aux critiques doctrinales consécutives à l'arrêt *Marschall* et adopter une conception élargie des actions positives (50). Hélas !, la déception est une fois encore au rendez-vous. De nombreuses incertitudes subsistent, laissant la jurisprudence de la CJCE relative aux actions positives inachevée.

### III.

## Une jurisprudence inachevée

L'arrêt *Badeck* ne fait en réalité qu'ajouter aux doutes déjà formulés et suscite, tout d'abord, de nouvelles interrogations quant à la validité des actions positives (A). De plus, en maintenant, malgré les apparences, une conception dérogatoire de ces mesures, elle refuse de consacrer une nouvelle logique dite de "parité" (B).

### A. Des interrogations relatives à la validité des actions positives

La Cour de justice maintient un raisonnement fondamentalement inchangé, basé sur le caractère dérogatoire des actions positives au regard du principe d'égalité professionnelle (I). Cette démarche la conduit en outre à énoncer des conditions de validité de ces mesures qui ne sont guère satisfaisantes (II).

#### 1. Le maintien de la conception dérogatoire des actions positives

La Cour de Luxembourg ne rompt pas réellement avec sa jurisprudence antérieure. Au contraire, elle situe expressément l'arrêt *Badeck* dans le prolongement des arrêts *Kalanke* et *Marschall*, dont elle cite d'emblée les solutions dans ses observations limi-

naires (51). Le juge européen en déduit l'affirmation de principe suivante : "une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire lorsqu'elle n'accorde pas de manière absolue et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats" (52).

La Haute Juridiction reprend également la distinction qu'elle avait opérée dans l'arrêt *Kalanke* entre les actions positives qui visent réellement à éliminer les obstacles qui handicapent les femmes sur le marché du travail et celles qui garantissent un résultat. Elle rappelle que seules les premières d'entre elles sont conformes au principe d'égalité des chances énoncé à l'article 2 § 4 de la directive (53).

Surtout, la CJCE reste dans la même perspective que celle qu'elle a retenue dans ses deux décisions précédentes. Elle part en effet du principe que les actions positives constituent des exceptions à l'égalité

(46) *Ibid.*, point 52.

(47) *Ibid.*, point 60.

(48) *Ibid.*, point 66.

(49) Conclusions présentées le 10 juin 1999.

(50) En ce sens, K. Berthou : "Sur les discriminations positives", Dr. soc. 2000, p. 906.

(51) Arrêt *Badeck* précité, points 17 à 22.

(52) *Ibid.*, point 23.

(53) *Ibid.*, point 54.

de traitement. Mais, pour conclure tout de même à la conformité des dispositions en cause avec la directive 76/207, elle trouve des "clauses d'ouverture" qui permettent d'écarter le droit de préférence octroyé aux femmes et rendent dès lors ces mesures acceptables. Ainsi, la Cour se fonde sur le fait qu'un "motif juridiquement supérieur" puisse écarter la règle de promotion des femmes pour en déduire la validité de cette mesure au regard du principe d'égalité, la priorité n'étant ni absolue, ni inconditionnelle (54). De même, la circonstance que le régime spécial du secteur scientifique ne fixe pas un plafond absolu, mais le fait par référence au nombre de personnes ayant acquis une formation professionnelle adéquate, permet de le juger compatible avec l'article 2 § 4 de la directive (55).

La position frileuse de la CJCE est d'autant plus regrettable que l'avocat général a relevé dans ses conclusions (56) que le traité d'Amsterdam, et particulièrement l'article 141 § 4, permettent désormais d'adopter une nouvelle conception des actions positives et du principe d'égalité. Il met en doute le caractère exceptionnel de la norme sur laquelle se fonde l'action positive (l'article 141 § 4 du traité CE et l'article 2 § 4 de la directive 76/207) et se demande si une interprétation restrictive de l'article 2 § 4 "ne détonnerait pas dans l'évolution du droit communautaire en la matière" (57). Selon lui, des mesures nationales qui impliquent le recrutement ou la promotion effective des candidats de sexe féminin ne sauraient, en principe, être exclues par le droit communautaire.

Outre ces interrogations d'ordre conceptuel, des incertitudes persistent, concernant les conditions de validité des actions positives dégagées par la Cour de justice.

## 2. Des conditions de validité des actions positives insatisfaisantes

La Haute juridiction consacre, dans un premier temps, les critères de validité des actions positives qui ressortent de sa jurisprudence *Kalanke/Marschall*. Mais, dans l'affaire *Badeck*, elle est contrainte de rechercher de nouveaux critères, les premiers étant insuffisants pour conclure à la compatibilité des dispositions litigieuses avec le droit communautaire.

Pour admettre la licéité de la mesure imposant un pourcentage spécifique de présence féminine dans le secteur scientifique, le juge communautaire s'appuie sur le fait que le quota exigé fait référence au pourcentage de personnel féminin que représentent les

femmes parmi les diplômés et les étudiants de chaque discipline. L'avocat général avait relevé que, dans ce secteur, l'objectif de présence féminine pouvait être inférieur à 50 %, c'est-à-dire au plafond fixé pour les autres secteurs. M. Saggio en avait également déduit la compatibilité du régime spécial en cause avec l'article 2 § 4 de la directive (58). Or, des difficultés pratiques ne manqueront pas de se poser lors de l'application de ce critère. La réglementation hessoise ne donne en effet aucune précision sur le cadre du calcul de ce pourcentage de référence, alors même que celui-ci peut varier sensiblement selon que l'on prenne en compte les effectifs d'une ville, d'un Land ou de l'Etat allemand.

La mesure qui garantit aux femmes la moitié des places de formation pose également problème. La Cour de Luxembourg l'estime valide parce qu'elle ne s'applique que pour les places de formation pour lesquelles l'Etat n'a pas de monopole, et que de telles places sont également disponibles dans le secteur privé. Ceci lui permet de conclure qu'aucun candidat ne sera définitivement exclu d'une formation (59). Comment ne pas voir dans cette justification une violation du principe d'égalité dans l'accès aux services publics ? La Cour aurait très bien pu s'en tenir au fait que la disposition en cause se limite à éliminer les causes de moindre chances de travail et de carrière accordées aux femmes, sans garantir un résultat définitif (60).

Ces solutions, si elles vont bien dans le sens d'une égalité réelle, ne manqueront toutefois pas de susciter un important contentieux.

Une seule condition retenue par la Cour de justice ne peut être remise en cause : pour que la candidate puisse bénéficier d'une priorité, elle doit présenter des qualifications équivalentes à celles de son concurrent masculin. Le juge communautaire le rappelle constamment (61). C'est encore le cas dans un arrêt rendu le 6 juillet dernier (62). La réglementation nationale en cause permet de donner la priorité à un candidat appartenant au sexe sous-représenté (le sexe féminin en l'espèce) qui, bien que suffisamment qualifié, n'a pas une qualification égale à celle d'autres candidats du sexe opposé. La seule condition imposée est que la différence de qualification entre les candidats de chacun des sexes ne soit pas "d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement". La Cour considère que "la portée de cette condition ne peut pas être déterminée de façon précise, de sorte que la sélection d'un can-

(54) *Ibid.*, point 36.

(55) *Ibid.*, point 42.

(56) Conclusions présentées le 10 juin 1999 par M. Saggio.

(57) *Ibid.*, point 26.

(58) Conclusions préc., point 39.

(59) Arrêt *Badeck* précité, point 53.

(60) C'est l'opinion de l'avocat général, point 40 des conclusions.

(61) Arrêt *Badeck* précité, point 38.

(62) CJCE 6 juillet 2000, aff. C-407/98, *Abrahamsson*, site internet préc.

didat, parmi ceux ayant les qualifications requises, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe sous-représenté, et ce même si les mérites du candidat choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé" (63). La disposition en cause ne relève par conséquent ni de l'article 2 § 4 de la directive, ni de l'article 141 § 4 du traité, dont le juge communautaire fait ici une première application.

Le maintien de cette condition de validité, qui fournit au travailleur appartenant au sexe sous-représenté une garantie contre le risque de discrimination "à rebours", ne ternit en rien la volonté de la Cour d'admettre plus largement certaines actions positives. Cette volonté reste cependant bien timide, puisque la Haute Juridiction refuse de franchir l'étape supplémentaire, qui consisterait à intégrer une logique de "parité".

## B. Le refus d'une logique dite de parité

Le passage à une nouvelle logique semble pourtant nécessaire. Considérer toute action positive prévoyant la réalisation d'un résultat effectif, tel le recrutement, comme étant incompatible avec l'égalité des chances, réduirait en effet énormément la portée des actions, en les vidant de leur contenu et en les assimilant à celles, de nature auxiliaire, qui ne constituent pas toujours des correctifs aux inégalités sociales (64). Il est vrai que garantir l'accès à des places de formation ou à des entretiens d'embauche ne serait que peu efficace dans l'optique d'une égalité réelle, si les employeurs bénéficient d'une entière liberté pour recruter leurs salariés (65). C'est pourquoi certains revendiquent aujourd'hui le passage à une perspective nouvelle, celle de la parité (66). Le Conseil d'Etat (67) voit en elle la troisième phase de l'évolution du principe d'égalité, qui fait suite à la non-discrimination (première phase) puis à la discrimination positive (deuxième phase). C'est dans cette perspective que

s'inscrit la loi française sur la parité hommes-femmes en politique (68), qui a permis à la doctrine de se pencher sur ce nouveau concept (69).

La parité se distingue des actions positives par le fait que les quotas n'agissent plus au stade de la candidature, mais au niveau des *résultats*. D'autre part, il ne s'agit plus d'une mesure temporaire de rattrapage, mais d'une mesure *définitive* (70). Replacées dans le cadre de la jurisprudence communautaire relative à l'égalité professionnelle, ces mesures paritaires semblent précisément correspondre à celles qui étaient formellement prohibées par l'arrêt *Kalanke*. La Haute Juridiction y avait condamné les actions positives qui garantissent aux femmes un résultat, c'est-à-dire "une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et à tous les niveaux d'un service" (71). L'arrêt *Badeck* admet quant à lui, comme on l'a vu, la légalité de certaines dispositions visant à atteindre un résultat concret, mais considère encore et toujours que les mesures fixant un résultat définitif ne sont pas conformes au droit communautaire (72).

Cette position frileuse de la Cour est d'autant plus regrettable que la parité, notion très à la mode à l'heure actuelle, s'inscrit dans la nouvelle conception du principe d'égalité, qui réclame notamment le dépassement de la stricte comparaison hommes-femmes (73). En effet, la parité constitue "une étape supplémentaire par rapport aux quotas, qui fixent un pourcentage de représentation féminine se rapportant forcément au pourcentage de représentation masculine, [parce qu'elle] permettrait de dépasser le fait que le masculin continue à servir de référent" (74). En outre, la parité, qui peut être entendue comme un droit de l'Homme (au sens de droit de l'Humain), participe à la réalisation de l'égalité substantielle. Elle "n'est pas l'exception, mais l'application de l'égalité des sexes" (75). L'instauration de la parité en politique,

(63) *Ibid.*, point 53.

(64) *Ibid.*, point 28.

(65) En ce sens, voir déjà les conclusions rendues dans l'affaire *Kalanke* précitées, point 14.

(66) E. Vogel-Polski défend ainsi dès 1994 l'idée que "les outils juridiques visant à l'égalité des hommes et des femmes doivent être représentés en terme de parité" (citée par M. Sineau : "La parité à la française : un contre-modèle de l'égalité européenne", in Le Bras-Chopard A. et Moossuz-Lavau J. (dir.) : *Les femmes et la politique*, L'Harmattan, coll. "Logiques politiques", 1997).

(67) Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La Documentation française, coll. "Etudes et rapports", 1997, p. 107 et s.

(68) Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives.

(69) V. particulièrement Pouvoirs 1997, n° 82 et le rapport du Conseil d'Etat précité.

(70) En ce sens, L. Favoreu : "Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers", rapport du Conseil d'Etat précité, p. 395 et s.

(71) Arrêt *Badeck*, point 23.

(72) Arrêt *Badeck*, point 60.

(73) Il apparaît de plus en plus que le principe d'égalité ne permet pas uniquement aux femmes de "rattraper" les hommes, mais qu'il doit se détacher de la nécessité d'une comparaison entre hommes et femmes, en reconnaissant à ces dernières des droits, non parce qu'elles sont des femmes faibles et handicapées, mais parce qu'elles sont des êtres humains.

(74) F. Gaspard : "La parité, pourquoi pas ?", Pouvoirs 1997 n° 82, p. 115.

(75) B. Kriegel : "Parité et principe d'égalité", rapport du Conseil d'Etat précité, p. 375 et s.

notamment parce qu'elle pose le problème particulier du caractère universel du suffrage, a fait l'objet de vives critiques de la part de la "doctrine de la citoyenneté", qui fait de la volonté et de la liberté d'électeur le principal ressort de la décision politique. Les auteurs qui défendent une vision individualiste du droit du travail privilégient également la liberté et le droit individuel à l'égalité de traitement, et placent en second la dimension correctrice, compensatrice d'effets préjudiciables résultant de comportements de la société à l'égard des femmes (76).

La Cour de justice, malgré une position plus souple envers les actions positives, n'est semble-t-il, pas encore parvenue à abandonner toute référence à cet individualisme libéral, qui empêche la consécration expresse de l'égalité substantielle.

Le maintien par la Cour de justice d'une conception restrictive des actions positives nous paraît regrettable à plusieurs titres. Il est tout d'abord en contradiction avec les nombreuses prises de position des autres institutions communautaires. Nombreuses en effet sont les

recommandations de la Commission ainsi que les résolutions du Conseil qui invitent les Etats membres à adopter des actions spécifiques en faveur des femmes (77). La promotion de l'égalité des chances, qui suppose la mise en œuvre d'actions positives, fait notamment l'objet d'un programme d'action communautaire depuis déjà une vingtaine d'années. En outre, cette position frileuse de la Cour de justice vient fortement nuancer l'extension du principe d'égalité professionnelle réalisée notamment à travers l'élargissement de son champ d'application. L'égalité réelle, promue dans cette jurisprudence extensive, se trouve à nouveau rejetée au second plan. Il serait souhaitable que la Haute juridiction retrouve dans le domaine des droits fondamentaux, et de l'égalité professionnelle en particulier, l'audace dont elle a fait preuve dans le domaine économique et donne enfin tout son sens au caractère fondamental du principe de non-discrimination en raison du sexe.

**Mélanie Schmitt.**

-----  
(76) V. spéc. M.-T. Lanquetin, op. cit., p. 498.

-----  
(77) Pour une vue d'ensemble de ces recommandations et résolutions, v. S. Robin-Olivier, op. cit., p. 443 s.