

Mesures d'action positive dans la législation de l'Union européenne

Goran Selanec, S.J.D.



Ce séminaire est organisé dans le cadre du programme PROGRESS de l'Union Européenne (2007-2013).

Concept ambigu

- Sens plus large :
TOUTES les *mesures positives* prises pour *accroître la représentation* des femmes et des minorités dans les domaines de l'emploi, de l'éducation et de la culture dont elles sont traditionnellement exclues (Encyclopédie de philosophie de Stanford, SEP)
- Spectre normatif étendu
 - Mesures destinées à soutenir la lutte contre la discrimination
 - Obligation d'éradiquer les pratiques dissimulant une discrimination directe ou indirecte
 - Ex. : recrutement par bouche à oreille, prise de décision non transparente/discrétionnaire
 - Mesures destinées à *répondre* à des besoins/caractéristiques spécifiques liés au sexe
 - Obligations positives

Action positive - le concept

- Mesures qui (ouvertement ou indirectement) ***sont fondées sur une caractéristique suspecte servant de critère de prise de décision*** et qui visent à
 - éliminer des barrières discriminatoires concrètes à une réelle *égalité des chances*
 - et/ou*
 - améliorer la position défavorisée d'un groupe social particulier traditionnellement en butte à une discrimination systémique dans une société donnée (égalité réelle)

Émergence du concept

- 1964 : Loi américaine sur les droits civils - « action positive » : les tribunaux fédéraux peuvent imposer cette réparation en cas de violation de la loi
- 1965 : le Décret 11246 du Président Johnson impose aux entreprises exécutant des marchés fédéraux de prendre des « mesures positives » afin de garantir qu'elles ne pratiquent pas de discrimination
 - « Plans » dans lesquels les entreprises s'engagent à atteindre des objectifs de recrutement chiffrés
- 1972 : Décret révisé n° 4 du Secrétaire d'État américain au travail
 - Système généralisé d'« analyses des sous-utilisations », d'« objectifs » et de « calendriers » pour tous les acteurs traitant avec les autorités
 - Dès cette date, la question se pose de savoir si les « objectifs » sont synonymes de « quotas », ce qui implique l'application de préférences de race ou de sexe dans les processus de sélection (*Encyclopédie de philosophie de Stanford*)
 - L'action positive n'exige et ne permet même pas l'application de préférences
 - L'action positive autorise les préférences
- 1978 : affaire *Bakke* devant la Cour suprême des États-Unis
 - La légitimité de préférences raciales doit s'apprécier à l'aune de la vitesse à laquelle leur application conduit à une société qui ne tient pas compte des races (SEP)

Valeur de la représentation

- La représentation de membres de certains groupes sociaux est-elle :
 - une vertu par essence
 - valeur des groupes sociaux en tant que telle, appartenance à un groupe comme clé de répartition, tension entre personnalité individuelle et identité de groupe
 - un moyen fonctionnel
 - cheminement élaboré pour la réalisation d'un objectif normatif ultime
 - justice (réparatrice)
 - méritocratie
 - réelle égalité des chances
 - un révélateur
 - prise de décision démocratique
 - reflet de la diversité sociale, pluralisme, respect mutuel et coopération dans les mécanismes jouant un rôle dans la répartition de biens sociaux précieux
 - un jalon
 - signe de la neutralité et de l'objectivité des processus décisionnels

Contexte normatif conflictuel

- Conflit ouvert :
 - Notion aristotélicienne de l'égalité – égalité formelle
 - les caractéristiques suspectes sont soit pertinentes (la différence de traitement est équitable) soit non pertinentes (la différence de traitement est de nature discriminatoire)
 - Modèle de justice individuelle –
 - les caractéristiques suspectes (immuables) sont toujours injustes
 - les individus devraient être traités selon les caractères et les compétences qui leur sont personnels (souhaités par la société)
 - Equité procédurale
 - l'enfer est pavé de bonnes intentions :
 - utilisation sélective de critères « corrompus » qui finit par faire sombrer la prise de décision dans la corruption
 - favorise une « balkanisation » et des conflits reposant sur le groupe par rapport à des ressources limitées

Sources de l'ambiguïté dans la doctrine

- Prépondérance du concept « individualisé » de la discrimination
 - Droit individuel
 - Universalité réduite à une décontextualisation sociale
 - Cohérence aristotélicienne (identité)
 - » Droit à la prise en considération sur un pied d'égalité
 - Droit à l'égalité des chances
 - Méritocratie
 - « Droit du plus compétent à un poste vacant » (SEP)
 - Responsabilité individualisée pour la mise en œuvre
 - La personne bénéficiaire/cible/victime a le devoir légal d'intenter une procédure judiciaire pour faire valoir ses droits à l'égard d'un décideur
 - Charge de la preuve quant à l'intention

De l'interdiction de la discrimination à l'obligation d'action positive

Évolution indirecte

Griggs c. Duke Power Company, 401 U.S. 424 (1971)

- Invalidation de règles apparemment neutres qui perpétuaient les effets d'une discrimination antérieure de l'employeur, sans distinction de la finalité initiale ou de l'origine de ces règles
 - *« En adoptant le Titre VII (...), le Congrès poursuivait l'objectif de concrétiser l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi et de démanteler les obstacles qui, par le passé, avaient pour effet de favoriser un groupe identifiable de travailleurs blancs par rapport aux autres travailleurs. En vertu de la Loi, les pratiques, procédures ou épreuves d'apparence neutres, voire neutres dans leur intention, ne peuvent être maintenues si, dans les faits, elles signifient un immobilisme dans l'effet des anciennes pratiques discriminatoires en matière d'emploi. Le Congrès a au contraire voulu que disparaissent les barrières à l'emploi artificielles, arbitraires et inutiles lorsque ces barrières entraînent des exclusions injustes sur la base de critères raciaux ou d'autres critères inadmissibles. »*
- Pour que sa surveillance et son ajustement soient efficaces, une institution doit anticiper le mieux possible le nombre de membres de minorités et de femmes qu'elle choisira au fil du temps.
 - Ces prévisions constituent les « objectifs » de l'action positive
 - La non-réalisation des objectifs indique que l'institution doit revoir les mesures prises pour faire cesser les pratiques à l'origine d'exclusions

Action positive – la définition substantielle

- Mesures directement ou indirectement **fondées sur le sexe** visant à éliminer l'exclusion de membres du sexe (féminin)
 - identifient et éliminent des pratiques discriminatoires (accent mis dans une large mesure sur un impact disparate)
 - accroissent la représentation des membres du sexe sous-représenté
- Préférences fondées sur le sexe
 - directes et indirectes
 - évolution de l'action positive
- Non comprises dans le champ :
 - Mesures de soutien antidiscriminatoire
 - obligations positives

Types de préférences

- En pratique, on peut établir une distinction entre plusieurs types de préférences :
 - La **préférence absolue** réserve des avantages exclusivement aux membres du sexe sous-représenté.
 - La **préférence forte** reconnaît un avantage aux membres du sexe sous-représenté qui répondent à des critères d'éligibilité minimaux, pour un poste particulier.
 - La **préférence égale** accorde un avantage aux membres du sexe sous-représenté qui ont des qualifications égales pour un poste donné ou méritent à égalité un avantage particulier.
 - Les **préférences flexibles** permettent à un autre motif d'importance sociale (ex. chômage de longue durée, monoparentalité, raisons de santé, etc.) de prendre la priorité sur des avantages fondés sur le sexe. Les préférences fortes et les préférences égales peuvent être des préférences flexibles.
 - La **préférence faible** permet simplement au sexe d'être l'un parmi de nombreux critères de sélection, chacun d'eux ayant un poids plus ou moins égal.

Types de mesures d'action positive

- **Mesures de sensibilisation**
 - mesures fondées sur le sexe, encourageant les membres du sexe sous-représenté à postuler pour un emploi ou à participer à des programmes de formation
- **Redéfinition du mérite**
 - modification des qualifications de poste incluant des caractéristiques liées au sexe ou au genre spécifique
- **Préférences indirectes**
 - critères apparemment neutres conçus pour favoriser davantage les membres d'un sexe
- **Préférences directes**
 - préférences pouvant être écartées - objectifs « souples »
 - préférences « ponctuelles » ou impasse
 - préférences fermes – quotas
 - inconditionnels ou conditionnels

Motifs concrets sous-tendant les mesures d'action positive

- persistance obstinée d'indicateurs d'inégalité négative dans tous les domaines de la vie sociale
 - chômage plus élevé, écart des rémunérations, ségrégation horizontale et verticale du marché du travail, double fardeau, part insignifiante des pères dans les congés parentaux, sous-représentation dans la prise de décision
- succès discutable du modèle du recours individuel
 - complexité procédurale, inexpérience judiciaire, nature spécifique des garanties juridiques (différences conceptuelles), coût émotionnel élevé, recours non effectifs
- expériences européennes récentes et bonnes pratiques comparées

Objectifs normatifs des mesures d'action positive

- Les critères appelés « immuables » (sexe/race/orientation sexuelle) sont importants
 - conceptions sociales imbriquées dans les structures hiérarchiques de la répartition du pouvoir et marqueurs de valorisation sociale
- Notion d'égalité substantielle | réelle | en pratique
 - contrecarrer et circonscrire les pratiques discriminatoires masquées
 - réagir aux préjugés et aux stéréotypes et les briser
 - accroître la représentativité et rendre la prise de décision plus démocratique
 - accroître l'équité de genre dans les normes de traitement
- La norme de légitimité
 - efficacité normative et pratique des mesures d'action positive : la clé de leur légitimité

Action positive – le concept législatif

- Mesures/traitement spécial – préférences fondées sur le sexe
- Limitées dans la durée
- Visant à une « réelle égalité » – promouvoir l'égalité des chances
 - éliminer les barrières existantes
 - préjugés et stéréotypes
 - implications de discrimination structurelle/systémique
 - compenser la discrimination passée (au niveau du groupe)
- Inégalité de fait (existence de barrières) étroitement liée à la sous-représentation
- Certains Etats seulement insistent sur la condition « à mérite égal » dans leur définition législative
- Un nombre étonnamment élevé d'Etats n'insistent pas sur la condition de proportionnalité

Principales caractéristiques communes

- En principe, permissives mais non obligatoires
 - La probabilité de recours à des mesures d'action positive obligatoires (MAP) est plus forte dans le secteur public (emploi et participation à la vie politique)
 - Formes les plus fréquentes de MAP obligatoires
 - plans relatifs à l'égalité
 - préférences liées à des cibles
 - quotas
 - Vaste champ d'application (emploi, éducation, prestations sociales, logement, santé, culture, etc.)
 - l'action positive est le plus souvent utilisée dans le domaine de l'emploi
 - elle est quasi-totalement absente des « biens et services »
 - Un nombre significatif d'Etats perçoivent l'action positive comme un « aspect » du principe d'égalité de traitement, plutôt qu'une exception à ce principe

L'action positive dans l'emploi (quelques éléments généraux)

- En principe, elle est facultative
 - L'action positive « obligatoire » se retrouve plus fréquemment dans l'emploi dans le secteur public
 - souvent imposée par décret
- Large gamme de mesures d'action positive *rapportées*
 - la plupart **n'implique pas** de préférences fondées sur le sexe
 - **confusion nette dans la classification**
 - bien que *proactives*, ces mesures, dans leur grande majorité, n'entrent pas dans le champ
 - Prennent en compte les rôles de genre plutôt que de s'attaquer directement à l'exclusion

Emploi dans le secteur public

- Institutions gouvernementales/administratives (nationales et locales), institutions publiques, entreprises étatiques
- Trois groupes de MAP
 - Action positive « **souple** » (appui à la non discrimination)
 - Action positive faisant intervenir des **préférences** (action positive de sensibilisation, préférences directes « souples » dans l'emploi/la promotion)
 - Action positive faisant appel à des **quotas**

Action positive « souple » dans le secteur public

- Laisse un **large pouvoir discrétionnaire** à chaque institution ; **faibles sanctions** en cas de non respect
- Exemples rapportés :
 - plans d'égalité/action
 - analyse, statistiques, objectifs, mesures
 - principalement focalisés sur la (sous-)représentation
 - principe de la participation équilibrée
 - objectifs ambitieux (imposés par le gouvernement ou auto-imposés)
 - représentation équilibrée dans le recrutement et les nominations
 - obligation de promouvoir l'égalité des chances
 - autorisation explicite d'appliquer des préférences
 - encourager les femmes suffisamment qualifiées à postuler & nommer des femmes qualifiées

Action positive reposant sur les préférences dans le secteur public

- Leur force (flexible ou forte) dépend principalement de l'option de clause d'ouverture et de la sanction qui suit la mesure
 - pas de préférences absolues et fortes rapportées
 - les préférences égales et faibles prédominent
- Exemples rapportés :
 - obligation de justifier du choix d'un membre du sexe surreprésenté ayant les mêmes qualifications
 - préférences répondant à des cibles
 - en termes de nomination à des postes de direction
 - en termes de nomination dans des organes de décision (conseils, comités, etc.)
 - parité dans les nominations
 - préférences pour des membres du sexe sous-représenté en matière de participation à la formation
 - préférences de formation pour les employés qui ont pris un congé long pour élever leurs enfants ou s'acquitter d'obligations familiales

Quotas dans le secteur public

- La force des quotas dépend des sanctions qui les accompagnent et de l'option de « clause d'ouverture »
- Exemples concrets :
 - quotas pour les directoires/conseil de surveillance des entreprises contrôlées par l'Etat
 - quotas pour les organes de décision des administrations publiques
 - quota pour la composition des commissions d'embauche/promotion
 - cibles « équitables » (représentation équilibrée) rendues possibles par la parité pour les nominations

Emploi du secteur privé

- Les MAP obligatoires sont rares
- Les MAP obligatoires existantes sont plutôt de type « souple »
 - laissent une marge de décision considérable à chaque employeur
- six types de MAP
 - mesures privilégiant l'encouragement
 - mesures privilégiant l'auto-responsabilité
 - action positive auto-imposée
 - mesures privilégiant la pression par les employés
 - mesures de flexibilité imposées
 - préférences & quotas

Action positive privilégiant l'encouragement

- Exemple concrets rapportés :
 - Prix de l'égalité
 - Adhésion à des programmes d'engagement
 - encourage l'auto-engagement envers
 - un ensemble de mesures conçues par l'Etat ou par d'autres institutions publiques compétentes
 - suivi
 - absence de sanctions
 - ne mettent pas en œuvre des MAP fortes
 - Appui financier aux employeurs qui ont recours à l'action positive
 - Les efforts d'action positive constituent un critère pour l'obtention de subventions/marchés publics

Mesures privilégiant l'auto-responsabilité

- Exemples rapportés :
 - Conditions de prêt favorables pour les travailleurs indépendants féminins
 - Subventions aux entreprises employant 50 % et plus de femmes

Action positive auto-imposée

- Exemples rapportés :
 - Recommandations émanant d'associations professionnelles
 - équilibre dans les conseils, cibles
 - aucun dispositif de suivi, aucune sanction
 - Mesures de type non préférentiel : travail à temps partiel, horaires de travail flexibles/aménagements, programmes de formation, programmes de mentorat, encouragement à postuler à un emploi, emploi/appels de promotion neutres ou sensibles au genre
 - Mesures progressives : proposant des services de crèche, préférences liées à l'accès aux services de garde d'enfants

Action positive privilégiant la pression par les employés

- Tentative de faire participer les employés et leurs organisations
- Exemples rapportés :
 - obligation pour l'employeur de négocier à intervalles réguliers les efforts d'action positive avec les organisations représentatives pertinentes
 - droit des comités d'entreprise à être informés/consultés par l'employeur à propos des mesures d'action positive
 - droit de divulguer les salaires et autres conditions contractuelles

Flexibilité imposée

- Oblige les employeurs à adopter des mesures d'action positive, tout en leur laissant la liberté de concevoir les mesures qui leur paraissent appropriées
- Exemples rapportés :
 - Plans relatifs à l'égalité
 - solution adoptée par un nombre significatif d'Etats
 - analyse de la situation en cours, analyse des problèmes, définition des objectifs, conception des mesures, rapport
 - peuvent insister sur la participation des syndicats
 - Obligation de promouvoir l'égalité « de façon déterminée et systémique »
 - Obligation d'éliminer l'écart des rémunérations

Préférences & quotas dans le secteur privé

- Exemples rapportés :
 - programmes de formation en faveur du sexe sous-représenté
 - obligation d'éliminer la sous-représentation en particulier de groupe/département par « tous les moyens disponibles », notamment par les préférences
 - quotas pour les organes de décision de l'entreprise
 - quotas au sein des conseils d'administration

Cas particulier des quotas dans les conseils d'administration

- A ce jour, dans 9 Etats (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Grèce, Islande, Italie, (Pays-Bas), Norvège)
- Deux groupes d'Etats ayant adopté cette mesure
 - Etats ayant imposé des quotas dans les conseils d'administration du secteur public uniquement (Autriche)
 - Etats ayant imposé des quotas dans les conseils d'administration des entreprises du secteur public et du secteur privé (Belgique, France, Grèce, Islande, Italie, Pays-Bas, Norvège)
- Objectifs fermes
 - atteindre un certain % sur une certaine durée, avec la menace d'une sanction (substantielle)
 - en principe, l'objectif est d'une représentation égale à 1/3 ou 40 %
 - certains Etats ont été favorables à une approche graduelle (ex. France)
 - certains Etats ont utilisé la règle de la parité pour les nominations ou la possibilité de recourir à la clause d'ouverture
- S'est avéré très efficace en pratique

Cas particulier des quotas dans les directoires

- Similitudes avec les quotas de la représentation politique
 - organes disposant d'un pouvoir social considérable
 - la participation à un directoire n'est pas déterminée par des critères de sélection professionnelle purement objectifs
- Résultats de ces caractéristiques :
 - les différences de vues/expériences des hommes et des femmes en tant que groupes sociaux ont leur importance
 - comme moyen de contrôle (démocratique) social sur l'utilisation de leur pouvoir
 - comme assurance de l'efficacité commerciale
- L'égalité des sexes n'est pas la justification primaire
 - Une Directive pourrait préciser que ce type d'action positive est étroitement lié à l'objectif de l'élimination des discriminations sexuelles masquées ou structurelles

Quelques enseignements de l'action positive dans l'emploi

- L'objet principal est la répartition (numérique) des emplois
- La plupart des mesures sont conçues pour faciliter le fonctionnement du système existant de répartition des chances et non pour le contester
 - donner aux femmes les outils pour rivaliser à armes égales dans le cadre des critères existants
 - prendre en compte les rôles de genre traditionnels liés à l'éducation des enfants et aux responsabilités familiales
 - attitude de type « c'est l'employeur qui sait »
 - les quotas eux-mêmes reposent en partie sur l'hypothèse implicite que les femmes et les hommes sont d'une certaine manière « essentiellement » différents en termes de besoins et de perspectives, ce que les entreprises doivent reconnaître pour continuer à prospérer

Fondements constitutionnels

- TFUE Art. 157/(4)
 - Pour assurer **concrètement une pleine égalité** entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages **spécifiques** destinés à faciliter l'**exercice** d'une activité professionnelle par le **sexe sous-représenté** ou à **prévenir ou compenser des désavantages** dans la carrière professionnelle.
- Charte des Droits fondamentaux de l'UE Art. 23
 - L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.
 - Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.
- Directive 2000/78, Art. 7
 - Pour assurer concrètement la pleine égalité, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'Article 1er.
- Valeur fondamentale du principe de l'égalité de traitement
- Aff. s43/75 Defrenne [1976]
- Aff. 144/04 Mangold [2005]
 - ***Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire.*** Dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application de ce dernier, ... la Cour doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec un tel principe.
- Aff. 555/07 Küçükdeveci [2010]
 - À cet égard, il y a lieu de rappeler, d'une part, que... la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge ***est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement.*** Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale... d'assurer, dans le cadre de ses compétences, **la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci** en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe.

Le cadre jurisprudentiel de la CJUE

Aff. 450/93 Kalanke

- NE SONT PAS AUTORISEES :
 - les mesures garantissant une priorité « **absolue et inconditionnelle** » (*automatique*) lors d'une nomination ou promotion
 - les mesures visant à obtenir une représentation égale des hommes et des femmes (à **tous** les échelons et niveaux d'un service) et se substituant à l'égalité des chances, dont le résultat ne peut être obtenu que par la mise en œuvre de ladite égalité des chances
- Questions ouvertes :
 - qu'est-ce que l'égalité des chances ?
 - dans quelle mesure une préférence fondée sur le sexe doit-elle être « proportionnelle » ?

Aff. 409/95 Marschall

- le simple fait que des candidats masculins et féminins aient des qualifications égales ne signifie pas qu'ils ont des chances égales
 - cette réalité autorise l'adoption de mesures liées à l'accès à l'emploi/promotion offrant des avantages spécifiques aux *femmes* dans le but d'améliorer leur égalité des chances (*capacité à être en concurrence sur le marché du travail et à poursuivre une carrière à égalité avec les hommes*)
- mesures contenant une **clause d'ouverture** non absolue et conditionnelle
 - dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale aux candidats féminins, que leur candidature
 - 1) fera l'objet d'une appréciation objective tenant compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et
 - 2) écartera la priorité accordée aux candidats féminins lorsqu'un ou plusieurs de ces critères fera pencher la balance en faveur du candidat masculin
 - 3) de tels critères ne sont pas discriminatoires envers les candidats féminins

Un équilibre et non des formules

- Aff. 158/97 Badeck
 - des critères qui, bien que formulés en des termes neutres quant au sexe, favorisent en général les femmes sont autorisés, car ils visent manifestement à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités concrètes pouvant survenir dans la vie
 - sont interdits : l'ancienneté, l'âge, la date de la dernière promotion, le statut familial, les revenus du partenaire, le travail à temps partiel, les congés liés à l'éducation des enfants ou aux soins aux parents
 - sont autorisés : les capacités et expériences acquises par le travail familial
 - les préférences fondées sur le sexe, où les candidats ont des qualifications égales, et qui ne fixent pas de plafond absolu, mais définissent un plafond par rapport au nombre de personnes qui ont reçu une formation appropriée (fait réel pris comme critère quantitatif)
 - une telle sous-représentation est-elle une preuve claire d'une discrimination masquée ?
 - des quotas de résultats stricts en matière de formation professionnelle sont autorisés (si les hommes peuvent en bénéficier lorsqu'il n'y a pas suffisamment de candidats féminins et si le fournisseur n'a pas le monopole de ce type de formation)
 - des quotas réservant un certain nombre d'opportunités d'entretiens à des femmes qui ont montré qu'elles répondaient à toutes les conditions requises ou énoncées sont autorisés
 - le quota réservant « au moins la moitié » des sièges lors de la composition de commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et d'autres comités n'est pas une « disposition de valeur contraignante »

Qualifications – la question centrale ?

- Aff. 407/98 Abrahamsson
 - l'enjeu : un modèle de préférences fondées sur le sexe, pour les membres suffisamment qualifiés du sexe sous-représenté
 - la Cour n'a pas accepté ce modèle :
 - il ne ressort pas que **l'appréciation de la qualification** des candidats au regard des impératifs du poste vacant est fondée sur **des critères clairs et certains de nature à prévenir ou à compenser des désavantages** dans la carrière professionnelle
 - « la **portée** de cette condition » n'a pas pu être déterminée de façon précise
 - de sorte que la sélection d'un candidat, parmi ceux ayant les qualifications suffisantes, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe sous-représenté, et ce *même si* les mérites du candidat ainsi choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé
 - les candidatures ne sont pas soumises à une **appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel** de tous les candidats.
 - Questions ouvertes :
 - quelles sont les qualifications qui comptent ? est-ce que leur portée va au-delà de simples titres de compétence professionnelle ?
 - qui définit les qualifications ? la Cour aurait-elle uniquement examiné la cohérence ?
 - une clause d'ouverture aurait-elle sauvé le modèle ?

Flexibilité contextuelle

- Aff. 476/99 Lommers :
 - l'enjeu : quotas de services de garde d'enfants en faveur des femmes
 - la Cour a approuvé la mesure :
 - insisté sur la sous-représentation horizontale et verticale des femmes
 - insisté sur le fait réel que la probabilité est beaucoup plus forte que les femmes interrompent leur carrière pour élever les enfants
 - que leurs emplois ne leur ont pas été réservés
 - réservait la jouissance de certaines conditions sur le lieu de travail conçues pour faciliter la poursuite et la progression de leur carrière professionnelle
 - conçue pour éliminer les causes qui sont à l'origine des opportunités moindres dont jouissent les femmes dans l'accès à l'emploi et aux carrières
 - test de proportionnalité (**approprié** et nécessaire)
 - offre insuffisante (il existait même des listes d'attente de candidates)
 - les hommes ne sont pas absolument exclus
 - » services commerciaux disponibles
 - » cas urgents (clause d'ouverture)

L'échelle mobile de l'égalité des chances selon la CJUE

MAP formelles pour l'égalité des chances

- Amélioration des capacités concurrentielles formelles
- Appliquées avant un « seuil de de coupure »
- **Examen intermédiaire**
 - barrière raisonnablement acceptable
 - aucun préjugé ou motifs stéréotypiques bruts
 - efficacité raisonnable des MAP

MAP substantielles pour l'égalité des chances

- Redistribution du pouvoir et renforcement de la diversité
- Appliquées au niveau du « seuil de coupure »
- **Examen strict**
 - barrière clairement identifiée à l'égalité réelle
 - pertinence sociale du bien distribué
 - Sauvegardes individualisme/méritocratie
 - analyse détaillée et stricte des qualifications
 - équilibrage « social » complet
 - sur mesure
 - large efficacité des MAP
 - preuve de nécessité

–

L'action positive entre-t-elle dans le champ de compétences de l'Union

- Soutien marqué dans les Traités :
- L'Article 2 du TUE identifie l'égalité entre les hommes et les femmes comme l'une des valeurs sociales commune aux EM, d'importance fondamentale.
- L'Article 3(3) du TUE stipule que l'Union doit combattre l'exclusion sociale et la discrimination et promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans son marché interne.
- L'Article 8 du TFUE charge spécifiquement l'Union de conduire toutes ses activités de façon à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes.
- L'Article 48 du TFUE prévoit que l'Union cherche à combattre la discrimination fondée sur le sexe, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et activités.

Base juridique appropriée

- Plusieurs candidats évidents :
 - Article 157(3) TFUE
 - Article 19 TFUE
 - Article 352 TFUE
- L'Art 157(3) TFUE apporte le soutien le plus important
 - il confère explicitement à l'UE le pouvoir d'appliquer des mesures législatives pour garantir la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes *en matière d'emploi et de travail*
 - Un nombre significatif d'EM ne considère pas que l'appartenance à un conseil est un emploi
 - Arrêt *Danosa*
 - La question clé du champ d'application
 - Doctrine Marschall-Badeck-Abrahamsson
 - Le caractère « non objectif » spécifique de l'emploi dans un conseil d'administration

Proposition de Directive

- **Objet**
 - l'égalité de genre dans la prise de décision économique, dans toute l'Union
 - exploite pleinement le bassin existant de talents de candidats pour une représentation plus égale des genres au sein des conseils d'administration
- **Motifs**
 - faible représentation (7:1), inefficacité des mesures actuelles, sous-utilisation des compétences des femmes hautement qualifiées (60 % de diplômées de l'enseignement supérieur dans l'UE, plus de 7000 candidates hautement qualifiées pour siéger)
 - *Le nœud du problème* :
 - les multiples obstacles auxquels sont confrontées les femmes, en nombre sans cesse croissant, qui sont hautement qualifiées et disponibles pour siéger aux conseils d'administration
- **Subsidiarité & proportionnalité**
 - écart significatif entre les EM, absence de débat public et de volonté politique, absence de mise à égalité dans la concurrence, raisons d'échelle
 - seulement les sociétés cotées en bourse, seulement des sièges non exécutifs, nature temporaire, flexibilité, clause d'ouverture

MAP proposées

MAP quasi-substantielle pour l'égalité des chances

- *Préférence égale pour le sexe sous-représenté*
 - *Moins de 40 %*
 - *Analyse comparative des qualifications*
 - *adéquation, compétence et performances professionnelles*
 - *critères préétablis, clairs, formulés de façon neutre et sans ambiguïté*
 - *clause d'ouverture (tous les critères relatifs à la personne de chaque candidat)*

MAP formelles pour l'égalité des chances

- **Devoir de divulgation**
 - Critères préétablis
 - Evaluation comparative objective
 - Considération faisant pencher la balance
- **Redistribution de la charge de la preuve**
- **Devoir de reporting**

Merci pour votre attention