

ACTIONS POSITIVES ET QUOTAS DE GENRE EN DROIT EUROPÉEN

ERA - ACADEMIE DE DROIT EUROPÉEN

PARIS

5-6 OCTOBRE 2022



Organisé dans le cadre du programme « Droits, égalité et citoyenneté 2014-2020 » de la Commission Européenne.

Dr Panos Kapotas

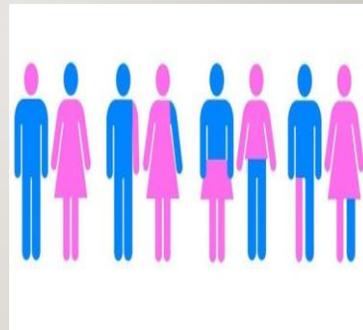
Conférencier en droit de l'égalité et droits de l'homme

École de droit de Portsmouth

1

Présentation générale

- Partie A**
 - Définitions
 - Contexte théorique
 - Typologie des actions positives
- Partie B**
 - Cadre juridique de l'UE
 - Jurisprudence de la CJUE
 - Directive concernant les femmes dans les conseils d'administration
- Partie C**
 - Données statistiques



2

ACTIONS POSITIVES EN DROIT EUROPÉEN : POINTS CLÉS



3

QU'EST-CE QU'UNE ACTION POSITIVE ? DÉFINITION PRATIQUE

Base juridique primaire - Art. 157(4) DUTFUE

- "...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."

Définition concrète

- L'action positive est un terme générique qui désigne des mesures proportionnées prises dans le but de parvenir à une égalité pleine et effective dans la pratique pour les membres de groupes qui sont socialement ou économiquement désavantagés, ou qui doivent faire face aux conséquences d'une discrimination ou d'un désavantage passé ou présent.

Éléments clés

- Les mesures qui impliquent une forme d'**avantage** ou de préférence...
- ...alloué aux membres d'un ou de plusieurs groupes **défavorisés**. La *sous-représentation* est souvent utilisée comme indicateur du désavantage.
- Lien conceptuel (et normatif) avec la **discrimination** (passée ou présente) qui a entraîné les **inégalités existantes**.
- Viser une **égalité pleine et effective dans la pratique** (art. 157(4) du TFUE)

4

THÉORIE DE L'ÉGALITÉ ET ACTION POSITIVE

Égalité formelle

- "Traiter les gens de la même façon"
- **NON** à toute forme d'action positive

L'égalité des chances

- "Niveler le terrain de jeu"
- **OUI uniquement** aux **formes douces** d'action positive

L'égalité réelle

- Égalité *de fait* - les résultats comptent
- **OUI** à l'action positive, soit sous condition (quotas de résultats flexibles), soit sans condition (quotas stricts).

5

CLARIFICATIONS TERMINOLOGIQUES

LÉGALEMENT CORRECT

Action positive / mesures positives

- Terme de préféré dans la législation et la littérature européennes sur l'égalité.
- Le terme "**mesures spécifiques**" est également couramment utilisé dans la législation européenne sur l'égalité.

Action positive

- Équivalent américain de l'"action positive" (bien qu'avec des connotations contextuelles différentes).
- Parfois utilisé dans un contexte européen pour décrire des mesures positives strictes.

LÉGALEMENT INCORRECT

Discrimination positive

- Ce terme est erroné dans la mesure où il décrit une mesure positive qui est en fait **illégale**.
- Action positive illégale = **discrimination**

Discrimination à rebours

- Mutatis mutandis ci-dessus.

6

CLARIFICATIONS TERMINOLOGIQUES

Action positive ≠ accommodements raisonnables

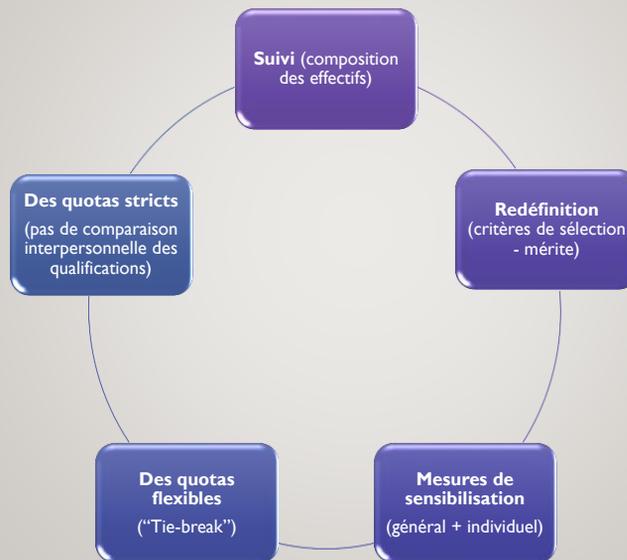
- Accommodements raisonnables : mesures que l'employeur (ou le prestataire de services), etc., doit prendre afin de garantir l'**égalité de traitement** des personnes **handicapées**.
- Expression de l'égalité réelle (la personne handicapée peut être traitée **plus favorablement**), mais **pas d'action positive** (pas besoin de démontrer la discrimination / le désavantage / la sous-représentation).

Action positive ≠ traitement spécial

- "Traitement spécial" = traitement accordé à des groupes spécifiques **indépendamment des comparaisons** (généralement en raison de la vulnérabilité ou de la précarité de l'individu / du groupe). Comparez le considérant 21 et le considérant 22 de la directive de refonte sur l'égalité de traitement.
- Par exemple, des règles de protection pour les femmes enceintes - **pas d'action positive** (mutatis mutandis ci-dessus + la grossesse comme condition biologique unique).

7

ACTION POSITIVE TYPOLOGIE



8

ACTION POSITIVE TYPOLOGIE

Soft

Identifier les groupes sous-représentés et **améliorer** leurs **chances** d'être compétitifs sur le marché du travail dans des conditions d'égalité.

Abstrait-général (**mécanismes de contrôle et définitions inclusives du mérite**) ou concret-individuel (**encouragement actif à postuler ; formation ciblée**).

Strict

Supprimer les inégalités existantes et **réduire la sous-représentation** visible en favorisant les membres des groupes sous-représentés.

Utiliser des **quotas** pour obtenir des résultats à court terme, qu'ils soient **flexibles** (dépagement entre des candidats également qualifiés) ou **non flexibles** (aucune comparaison interpersonnelle au mérite).

9

ACTION POSITIVE TYPOLOGIE DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DES GENRES

Accès au marché du travail

- Préférence en matière de nomination ou de promotion (par exemple, quotas de résultats flexibles).
- Programmes de sensibilisation (par exemple, publicité ciblée / formation).

Amélioration de l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée

- Allocations / prestations pour la garde d'enfants.
- Structures d'accueil pour les enfants.
- Travail flexible.

Représentation équilibrée dans la prise de décision

- Mesures législatives visant à atteindre une représentation équilibrée des sexes dans le secteur public (par exemple, les forces de police) ou le secteur privé (par exemple, le projet de directive "Women on Boards").
- Régimes volontaires (à l'initiative de l'employeur).
- Règles électorales (par exemple, quotas stricts ; quotas flexibles sur les listes électorales)

10

CADRE JURIDIQUE DE L'UE

Article 157, paragraphe 4, du TFUE

- "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.

Article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

- L'égalité entre les femmes et les hommes 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 à l'adoption de **mesures prévoyant des avantages spécifiques** en faveur du **sexe sous-représenté**.

Article 3 de la directive 2006/54/CE [refonte de l'égalité de traitement].

Article 6 de la directive 2004/113/CE [Biens et services].

11

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTIONS POSITIVES VUE D'ENSEMBLE

Égalité formelle (?)

- Affaire 312/86, **Commission/France** [1988].
- C-450/93 Eckhard **Kalanke** contre FreieHansestadt Bremen [1995].

L'égalité substantielle (?)

- C-409/95 Hellmut **Marschall** contre Land Nordrhein-Westfalen [1997].
- C-158/97 Georg **Badeck** et autres [2000].
- C-79/99 Julia **Schnorbus** contre Land Hessen [2000].

Limites normatives - quotas légitimes

- C-407/98 Katarina **Abrahamsson** et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist [2000].

Limites conceptuelles - action positive

- C-366/99 Joseph **Griesmar** contre Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation [2001].
- C-476/99 H. **Lommers** contre Minister van Landbouw, Natuurbeheeren Visserij [2002].
- C-319/03 Serge **Briheche** / Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice [2004].
- C-173/13 Maurice **Leone**, Blandine Leone c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales [2014].

12

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTIONS POSITIVES L'ÉGALITÉ FORMELLE ?

Commission c. France (1988)

- La loi française permettant aux conventions collectives d'inclure des dispositions "accordant des droits spéciaux aux femmes" a été jugée incompatible avec la Directive sur l'égalité de traitement en raison de sa *généralité* et de l'absence d'un *mécanisme approprié pour réexaminer périodiquement les droits spéciaux*.
- **Paragraphe 14** : « certains des droits particuliers maintenus en vigueur visent parfois la protection des femmes dans leur qualité de travailleurs âgés ou de parents, qualités que peuvent avoir tout à la fois les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ».

Kalanke (1995)

- Une loi régionale allemande prévoyant une clause de départage en faveur de candidats féminins également qualifiés dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées a été jugée comme allant au-delà de l'égalité des chances, en raison de la *préférence automatique accordée au candidat féminin, ce qui équivaut à une discrimination inverse injustifiable*.
- **Paragraphe 16** : « Une règle nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées, entraîne une discrimination fondée sur le sexe ».

13

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTIONS POSITIVES L'ÉGALITÉ RÉELLE ?

Marschall (1997)

- La loi régionale allemande prévoit un traitement préférentiel pour les candidates également qualifiées dans les carrières où les femmes sont sous-représentées, "à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur".
- CJUE : le régime était compatible avec le droit communautaire car la "clause de dérogation" garantissait que le processus de sélection permettait un examen ad hoc de la situation individuelle des candidats.

Badeck (1999)

- Les règles de la fonction publique allemande accordent la priorité aux femmes en matière de promotion, d'accès à la formation et de recrutement dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, lorsque la candidate est aussi qualifiée que son homologue masculin et seulement si aucun motif "ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure" ne fait pencher la balance en faveur du candidat masculin.
- CJUE : régime compatible avec l'ex-art. 141 (4) CE (maintenant art. 157 TFUE).

14

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTIONS POSITIVES

LES LIMITES DE L'ÉGALITÉ MATÉRIELLE

Abrahamsson (2000)

- La réglementation suédoise relative aux nominations aux postes d'enseignants dans les établissements d'enseignement supérieur prévoit la préférence accordée aux candidats *suffisamment qualifiés* du sexe sous-représenté (même s'ils sont *moins qualifiés*) sous réserve que la différence de qualifications ne soit "ne soit pas d'une importance telle que l'application de la règle serait contraire à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement."
- **Paragraphe 52 :** "[L]a réglementation en cause au principal accorde de manière **automatique** la priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté, dès que ceux-ci sont suffisamment qualifiés, à la seule condition que la différence entre [...] ne soit pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement."

15

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTIONS POSITIVES

POSITION ACTUELLE

Les quotas de genre dans le droit européen : Conditions de légitimité

Quota de résultats flexible

- Permettre de départager des candidats *également qualifiés*.

Clause de dérogation

- *Proviso* qui permet une comparaison interpersonnelle ad hoc des situations individuelles.

Clause de caducité

- Application limitée dans le temps / révision périodique.

16

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTION POSITIVE POSITION ACTUELLE

Limites conceptuelles : ce qui **est** et ce qui **n'est pas une** action positive

Griesmar (2001)

- Les femmes fonctionnaires ayant des enfants ont droit à une bonification de service ajoutée à leur pension pour chacun de leurs enfants (Code des pensions civiles et militaires de retraite français).
- CJUE : la légitimité du régime dépend de la question de savoir si le système est destiné à compenser les désavantages professionnels liés à l'**accouchement**, (condition exclusivement féminine) ou à l'**éducation des enfants**.

Lommers (2002)

- Places de crèche subventionnées réservées aux employées (régime du secteur public néerlandais) ; les employés masculins pouvaient bénéficier de ce régime dans des situations "d'urgence".
- CJUE : la différence de traitement fondée sur le sexe est légitime au regard de la directive sur l'égalité de traitement, dans la mesure où elle satisfait aux critères habituels de légalité.

Briheche (2004)

- La loi française a exempté certaines catégories de femmes, dont les "veuves non remariées", de la limite d'âge maximale de 45 ans pour l'accès aux emplois du secteur public.
- "[Le régime en question] accorde une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes [...] à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation." [paragraphe 27]

17

JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIÈRE D'ACTION POSITIVE POSITION ACTUELLE

Limites conceptuelles : ce qui **est** et ce qui **n'est pas une** action positive

Roca Álvarez (2010)

- La législation espagnole prévoit que les mères qui travaillent ont droit à un "congé d'allaitement", tandis que les pères qui travaillent n'ont droit à ce congé que si leur épouse est également salariée.
- Une telle mesure " ... est plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale..." [paragraphe 36], et ne constitue donc pas une mesure visant à " éliminer ou à réduire les inégalités existantes " ou à " chercher à réaliser une égalité substantielles plutôt que formelle ". [paragraphe 38].

Leone (2014)

- La réglementation française accorde un crédit de service concernant la pension aux fonctionnaires qui ont interrompu leur carrière pour un congé de maternité, de paternité ou parental ; un nombre beaucoup plus important de femmes fonctionnaires ont pu bénéficier de ce crédit de service.
- La mesure ne constitue pas " un remède aux problèmes que [les femmes] peuvent rencontrer au cours de leur carrière professionnelle et ne semble pas [...] compenser les inconvénients auxquels la carrière de ces travailleurs est exposée [...]

Maistrellis (2015)

- "[...] en vertu du droit national, les mères fonctionnaires ont toujours droit au congé parental, alors que les pères fonctionnaires n'y ont droit que si la mère de leur enfant travaille ou exerce une profession." [paragraphe 49]
- "[...] loin d'assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, est susceptible de perpétuer une répartition traditionnelle des rôles des hommes et

18

ÉVOLUTION DES POLITIQUES DE L'UE : PROJET DE DIRECTIVE SUR LES FEMMES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION

Chronologie du processus législatif

2012

- La Commission européenne présente une proposition de directive "Femmes dans les conseils d'administration".
- Objectifs contraignants pour une représentation équilibrée des sexes dans les conseils d'administration (non exécutif) des sociétés cotées en bourse.

2013

- Le Parlement Européen a adopté sa position (1ère lecture) à une majorité substantielle de tous les partis (novembre 2013).

2013-2022

- Impasse - aucun accord au Conseil pendant plus d'une décennie en raison des réserves de plusieurs États membres.

Juin 2022

- Accord provisoire au Conseil (7 juin 2022) sur le projet modifié.

19

ÉVOLUTION DES POLITIQUES DE L'UE : PROJET DE DIRECTIVE SUR LES FEMMES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION

Objectif et champ d'application

Objectif (article 1)

- ...parvenir à une représentation plus équilibrée des hommes et des femmes parmi les [...] administrateurs des sociétés cotées (article 1)

Champ d'application (article 3)

- Sociétés cotées en bourse → sociétés ayant leur siège social dans un État membre, et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé.
- les PME (c'est-à-dire les entreprises employant jusqu'à 249 salariés) sont exclues (article 3)

20

ÉVOLUTION DES POLITIQUES DE L'UE : PROJET DE DIRECTIVE SUR LES FEMMES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION

Principales dispositions

Objectifs contraignants en matière d'équilibre entre les sexes (article 4)

D'ici juin 2026, les membres du sexe sous-représenté devront détenir au moins :

- **soit 40%** des postes d'**administrateurs non exécutifs**
- ou **33%** des postes d'**administrateurs** (exécutifs ou non exécutifs)

Quota de rupture d'égalité (article 4 bis)

- Les entreprises qui n'atteignent pas les objectifs contraignants doivent (en vertu de la législation nationale) donner **la préférence à un membre du sexe sous-représenté également qualifié.**

Sanctions (article 6)

- Les États membres doivent prévoir des sanctions "effectives, proportionnées et dissuasives".
- Sanctions possibles - amendes ; nullité ou annulation de la sélection des administrateurs.

21

ÉVOLUTION DES POLITIQUES DE L'UE : PROJET DE DIRECTIVE SUR LES FEMMES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION

NB : Suspension des mesures positives

RECITAL 29a

[...] il importe de reconnaître la légitimité des différentes approches [...]. Dans certains États membres, des mesures prévoyant des moyens aussi efficaces pour assurer une représentation plus équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils des sociétés cotées ont déjà été prises ou seront peut-être encore prises, ou il peut exister des éléments donnant à penser que ces États membres ont accompli des progrès leur permettant de se rapprocher de la réalisation des objectifs fixés dans la présente directive, avant l'échéance fixée pour sa mise en œuvre. **Toutes les exigences relatives au processus de sélection des candidats et, le cas échéant, celles relatives à la fixation d'objectifs quantitatifs individuels, peuvent donc être suspendues par ces États membres.** [...] Lorsqu'un État membre a décidé d'appliquer cette suspension, les objectifs fixés par la présente directive devraient être considérés comme atteints.

22

L'ÉGALITÉ DES SEXES DANS L'UE : LE STATU QUO EN CHIFFRES



**AVONS-NOUS VRAIMENT BESOIN DE QUOTAS
PAR SEXE ?**

23

INDICE D'ÉGALITÉ DES SEXES

Index score for European Union for the 2021 edition

The data for 2021 Index is mostly from 2019. The UK is not included.

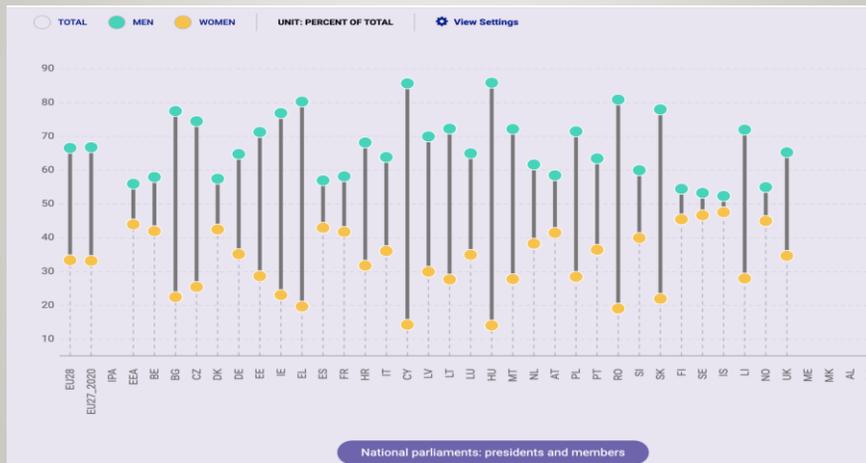


Source : EIGE (<https://eige.europa.eu/gender-equality-index>)

24

ÉQUILIBRE ENTRE LES SEXES DANS LES ORGANES DE DÉCISION

Parlements nationaux (UE27 - 2021)



Source : Base de données EIGE (https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_pol_parl_wmid_natparl)

25

ÉQUILIBRE ENTRE LES SEXES DANS LES ORGANES DE DÉCISION

Gouvernements nationaux (UE28 - 2021)

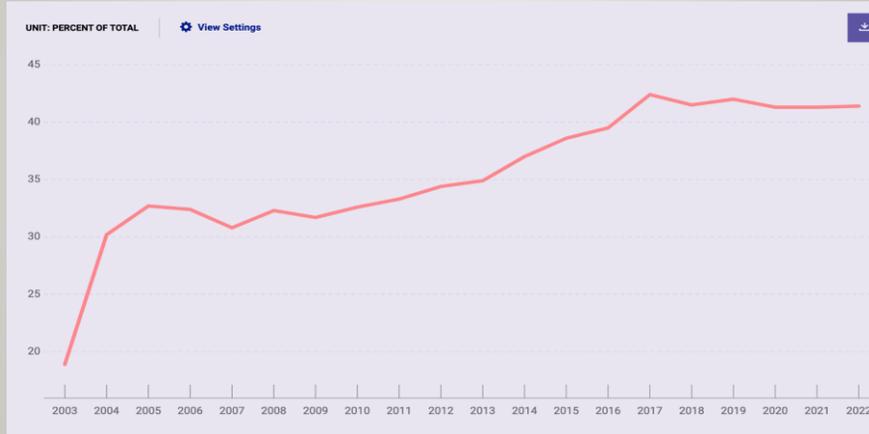


Source : Base de données EIGE (<https://eige.europa.eu/gender->

26

ÉQUILIBRE ENTRE LES SEXES DANS LES ORGANES DE DÉCISION

Cours suprêmes nationales (UE28 - 2003-2022)



Source : Base de données EIGE (https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_iud_natcrt_wmid_natcrt_supcrt/line)

27

ÉQUILIBRE ENTRE LES SEXES DANS LES ORGANES DE DÉCISION

Entreprises - les plus grandes sociétés cotées en bourse (UE28 - 2020)



Source : Base de données EIGE (https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_co)

28

NOUS VOUS REMERCIONS

PANOS.KAPOTAS@PORT.AC.UK



