

Législation CE relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans la pratique

Séminaire à l'intention des professions judiciaires – 19 octobre 2009

Action positive dans le droit CE

Lynn Roseberry

1. Introduction: qu'est ce qu'une action positive et quelles sont les dispositions pertinentes de la législation CE ?

Le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes s'entend au sens qu'il est interdit de traiter une personne mieux ou moins bien qu'une autre personne pour des raisons liées au sexe. Le sexe auquel appartient une personne ne doit pas constituer un élément déterminant en ce qui concerne le recrutement et les exigences requises.

Dans le contexte de la législation CE relative à l'égalité de traitement, une « action positive » est un ensemble de mesures qui prennent en compte de manière positive le sexe d'une personne dans le but de promouvoir l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes.

a. Article 2, paragraphe 4 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (directive 76/207/CE) de 1976 – La première disposition juridique autorisant une action positive :

« La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1. »

b. Article 141, paragraphe 4 CE (introduit dans le Traité d'Amsterdam signé par les chefs d'États et de gouvernements le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999) :

« 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 ».

c. Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive EC 76/207/CEE du Conseil:

L'article 2 de la directive d'origine relative à l'égalité de traitement est remplacé par une nouvelle disposition plus détaillée :

i. Article 2, paragraphe 8

« Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes. »

ii. Article 2, paragraphe 3

« Les États membres communiquent à la Commission, tous les quatre ans, le texte des dispositions législatives, réglementaires et administratives constituant des mesures adoptées en application de l'article 141, paragraphe 4, du traité, ainsi que les rapports sur ces mesures et leur mise en œuvre. »

d. Directive 2006/54 relative à 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 (refonte) du 5 juillet 2006, délai de mise en œuvre 15 août 2008

i. Article 3 – Mesures positives

« Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. »

ii. Article 31, paragraphe 3 (identique à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2002/73

2. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Lors de l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, il est important de noter la différence entre le libellé de l'article 141 CE et celui de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207. Les mesures positives autorisées au titre de l'article 2, paragraphe 4, sont décrites comme des « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances », en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances de femmes ». Les mesures positives autorisées au titre de l'article 141 sont décrites comme 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. »

Pour ces raisons, je présenterai la jurisprudence de la Cour en deux parties, d'une part les arrêts rendus avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, à savoir avant 1999, et ceux rendus après cette date.

a. Arrêts prononcés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam

Commission contre France, Affaire C- 312/86 [1986] Rec. 6315

Kalanke, Affaire C-450/93 [1995] Rec. I-3051

Marschall, Affaire C-409/95 [1997] Rec. I-6363

i. Commission contre France, affaire 312/86 [1986] Rec. 6315.

La France avait estimé pouvoir invoquer l'article 2, paragraphe 4, de la directive relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour justifier le maintien d'une disposition du code du travail qui autorisait les employeurs à accorder aux femmes des droits particuliers tels que ceux fixés dans les contrats de travail ou les conventions collectives antérieurs à l'entrée en vigueur de la législation nationale de mise en œuvre de la directive. Toutefois, les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés étaient invités à mettre, par la négociation collective, lesdites clauses en conformité avec les dispositions du code du travail.

Les droits particuliers reconnus aux travailleurs féminins figurant dans les conventions collectives avaient trait à l'allongement du congé de maternité, la réduction du temps de travail pour les femmes âgées de 59 ans, l'avancement de l'âge de la retraite, l'obtention de congés pour enfants malades, l'octroi de jours supplémentaires de congé annuel par enfant, l'octroi d'un jour de congé le jour de la rentrée scolaire, l'octroi d'heures de congé à l'occasion de la fête des mères, des pauses journalières pour les femmes travaillant sur matériel mécanographique ou occupées comme dactylographes ou standardistes, l'octroi de bonifications pour le calcul de la retraite à partir du deuxième enfant, le versement de primes aux mères de famille ayant à exposer des frais de crèche ou de garde.

Bien que la disposition en cause ait été discriminatoire selon les apparences, la France a estimé que les mesures autorisées par cette disposition étaient permises au titre de l'article 2, paragraphes 3 et 4, de la directive relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment celles concernant la grossesse et la maternité, et celles visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes.

La Cour a estimé:

[14] « ...Les droits particuliers maintenus en vigueur visent parfois la protection des femmes dans leur qualité de travailleurs âgés ou de parents, qualités pouvant avoir tout à la fois les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

Les dispositions litigieuses ne peuvent pas trouver de justification dans l'article 2, paragraphe 3.

[15] Quant à l'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4, elle a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale. Aucun élément du dossier ne permet néanmoins de conclure que le maintien général des droits particuliers des femmes dans les conventions collectives puisse correspondre à la situation envisagée par cette disposition. »

Ainsi que l'avocat général Sir Gordon Slynn l'a souligné: « il est inadmissible de prétendre, comme la France semble le faire, que, les femmes ayant en règle générale fait l'objet de discriminations, toutes les dispositions en faveur des femmes dans le domaine du travail sont en soi valides en tant qu'elles s'insèrent dans un processus visant à rétablir l'égalité. »

ii. Kalanke, affaire C-450/93 [1995] Rec. I-3051

Concerne l'application de l'article 4 de la loi du Land de Brême relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les services publics (LGG) qui dispose que les femmes soient prises en compte en priorité dans les secteurs où elles sont sous-représentées en cas de qualification égale entre candidats masculins et féminins à la même promotion.

Mme. Glissman a été promue, à la place de M. Kalanke, au poste de chef du service des espaces verts de la ville de Brême. Les deux candidats figuraient sur la liste restreinte des candidats retenus pour ce poste.

Point 22 –« Une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

Point 23 – Il convient d'ajouter en outre qu'un tel système, dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substitue à la promotion de l'égalité des chances, envisagée à l'article 2, paragraphe 4, le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir. »

iii. Marschall, affaire C-409/95 [1997] Rec I-6363

M. Marschall, enseignant, n'a pas obtenu la promotion qu'il escomptait car un autre candidat de sexe féminin, du même niveau de qualification que lui, lui a été préféré conformément à la législation nationale en vigueur. Il a estimé que c'est lui qui aurait dû être promu dans la mesure où il était plus âgé, avait plus d'ancienneté et était chef de famille, et que cela correspondait à la pratique traditionnelle en Allemagne avant l'entrée en vigueur des règles accordant une préférence aux femmes.

Point 24 –«... à la différence de la réglementation en cause dans l'arrêt Kalanke, la disposition litigieuse comporte une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur (« Öffnungsklausel », ci-après la « clause d'ouverture »).

Point 25 –...il importe d'examiner si une réglementation nationale, assortie d'une telle clause, vise à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

Point 27 – L'article 2, paragraphe 4, autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes.

Point 29 –... il apparaît que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement.

Point 30 – Pour ces raisons, le fait que deux candidats de sexe différent aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales.

Point 31 – Il en ressort que peut entrer dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, une règle selon laquelle, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient, sous réserve de la clause d'ouverture, d'un traitement préférentiel dans les secteurs où elles sont sous-représentées, dès lors qu'une telle règle peut contribuer à faire contrepoids aux effets préjudiciables qui résultent pour les candidats féminins des attitudes et comportements décrits ci-dessus et à réduire ainsi les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale.

Point 32 – Toutefois, il convient de rappeler que, l'article 2, paragraphe 4, constituant une dérogation à un droit individuel consacré par la directive, cette mesure nationale favorisant spécialement les candidats féminins ne saurait garantir la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une promotion sans dépasser les limites de l'exception prévue à cette disposition.

Point 33 – ...une réglementation nationale qui...comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas ces limites, si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité absolue accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin. Il convient toutefois de rappeler à cet égard que de tels critères ne sauraient être discriminatoires envers les candidats féminins. »

Analyse: affirmation nette de la Cour que l'existence d'une clause d'« ouverture » permet à un programme de promotion préférentiel d'entrer dans le champ d'application de la protection prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive. Cela constitue une « révision silencieuse » de l'arrêt Kalanke prononcé 2 ans plus tôt. Dans l'arrêt *Marschall*, la Cour reconnaît l'existence de préjugés et de stéréotypes dans la société et par conséquent la nécessité d'autoriser certaines formes de traitement préférentiel même en présence de candidats ayant la même qualification et postulant pour le même poste.

b. Arrêts prononcés après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam

Badeck, affaire C-158/97 [2000] Rec. I-1875

Abrahamsson, affaire C-407/98 [2000] Rec. I-5539

Lommers, affaire C-476/99 [2002] Rec. I-2891

Briheche, affaire C-391/03 [2004] Rec. I-8807 (seconde chambre)

i. Badeck, affaire C-158/97 [2000] Rec.I-1875, 28 mars 2000

La Cour constitutionnelle du Land de Hesse a posé des questions d'interprétation sur certaines dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement dans le contexte de la loi du Land de Hesse relative à l'égalité entre hommes et femmes (HGIG). Cette dernière contient des dispositions très poussées sous forme de quotas pour les entretiens d'embauche, d'obligation d'adopter des plans de promotion en combinaison avec l'obligation objective de donner en dernier ressort la préférence à un membre du sexe sous-représenté, et de quotas très stricts en ce qui concerne les postes de formation, de doctorat, de même que la représentation dans les comités.

Avis de la Cour : pas de violation des dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement hommes femmes.

Point 14 –« L'interprétation de l'article 141, paragraphe 4, qui concerne de telles mesures, ne présente ...une utilité pour la solution du litige au principal que pour le cas où la Cour considérerait que ledit article 2 s'oppose à une réglementation telle que celle de l'espèce au principal.»

- (1) – Est autorisée une disposition nationale qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose.

Point 29 –« Selon l'ordonnance de renvoi, le système mis en œuvre par le HGIG garantit que le sexe du candidat n'est jamais déterminant aux fins d'une procédure de sélection lorsque, dans une situation déterminée, cela n'est pas nécessaire. C'est en particulier le cas lorsque la valeur d'indice d'une situation défavorable aux femmes, qui découle de la circonstance qu'elles sont sous-représentées, est réfutée.

Point 38 – Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4 de la directive ne s'oppose pas (à une telle) réglementation..., à condition que ladite réglementation garantisse que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.»

- (2) Fixation d'objectifs contraignants du plan de promotion des femmes pour les postes temporaires du secteur scientifique et pour les auxiliaires scientifiques.

La Cour a donc estimé que la réglementation était conforme au droit communautaire

Point 42 –«le régime spécial...ne fixe pas de plafond absolu, mais le fait par référence au nombre de personnes ayant acquis une formation professionnelle adéquate, ce qui revient à utiliser comme paramètre quantitatif une donnée réelle pour instituer la préférence des femmes.»

- (3) Une disposition nationale concernant la fonction publique qui, pour les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées et pour lesquelles l'État ne détient pas de monopole de formation, accorde au moins la moitié des places de formation aux femmes.

En conformité avec la directive.

Point 51 – 53 –« Cette volonté ne conduit cependant pas pour autant à une rigidité absolue....Si... le nombre de candidatures féminines est insuffisant, il est possible que plus de la moitié de ces places soit occupée par des hommes. Ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation en vue d'obtenir une qualification dans la perspective d'un accès ultérieur à des professions qualifiées dans la fonction publique... Etant donné que le quota ne s'applique que pour les places de formation pour lesquelles l'État n'a pas de monopole et qu'il

s'agit dès lors des cas de formation pour lesquels des places sont également disponibles dans le secteur privé, aucun candidat masculin n'est définitivement exclu d'une formation... ..la disposition en cause se contente dès lors d'améliorer les chances des candidats féminins dans le secteur public.»

- (4) Règle nationale qui accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une garantie pour les femmes qualifiées d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées.

Point 60 « Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général...la disposition en cause au principal n'implique pas la poursuite d'un résultat définitif – recrutement ou promotion –mais offre des possibilités supplémentaires aux femmes qualifiées pour faciliter leur entrée dans le monde du travail et leur carrière.

Point 61 – Une telle disposition, bien qu'elle prévoie des règles pour le nombre d'entretiens d'embauche devant être accordés aux femmes, prévoit également que soit effectué un examen préliminaire des candidatures et que seuls soient appelés à y participer les candidats qualifiés remplissant toutes les conditions requises ou prévues.

Point 62 – Il s'agit, par conséquent, d'une disposition qui, en accordant, à qualifications égales, une garantie pour les femmes qualifiées d'être convoquées à des entretiens d'embauche, vise à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.»

- (5) Une disposition qui prévoit que lors de la nomination des membres des organes représentatifs et des organes d'administration et de surveillance, au moins la moitié des membres soient des femmes.

Point 65 –«...cette disposition n'a pas de valeur contraignante dans la mesure où elle reconnaît que de nombreuses instances sont créées par des dispositions législatives et que la mise en œuvre complète de l'exigence d'une participation égale des femmes dans ces instances nécessiterait, en tout état de cause, une modification de la loi pertinente. En outre, cette disposition ne s'applique pas aux fonctions exercées à la suite d'élections. Il faudrait également, dans cette hypothèse, modifier les dispositions législatives de base pertinentes. Enfin, cette disposition n'étant pas impérative, elle laisserait une certaine marge pour la prise en compte d'autres critères.»

Conclusion:

Cet arrêt confirme les arrêts *Marschall* et *Kalanke*: certaines conditions doivent être satisfaites avant que des candidates féminines dont les qualifications sont équivalentes à celles de leurs homologues masculins se voient accorder la priorité dans certains secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées. Il doit y avoir obligatoirement une « clause d'ouverture » et une évaluation objective des candidatures qui prend en compte la situation particulière d'ordre personnel de tous

les candidats, ce qui permet à un candidat masculin d'être sélectionné si des raisons particulières liées à sa personne justifient ce choix.

Toutefois, en ce qui concerne les dispositions qui ne visent pas spécifiquement les postes de travail ou de promotion, mais plutôt les étapes préliminaires dans ce type de procédures, comme par exemple les possibilités de formation, la Cour a adopté une approche plus libérale. La « clause d'ouverture » et l'évaluation objective ne sont plus obligatoires dans ces cas; la seule condition à respecter est que les quotas de femmes qui doivent être sélectionnées ne soient pas définis de manière absolue, de sorte que des hommes ayant des qualifications identiques seraient définitivement exclus.

ii. Abrahamsson, affaire C-407/98 [2000] Rec. I-5539

Dispositions législatives litigieuses: réglementation relative à des mesures positives applicables pour pourvoir des postes de professeurs et d'assistants de recherche. Règle entraînant le recrutement automatique d'un membre suffisamment qualifié d'un sexe sous-représenté, à moins qu'il en résulte un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement.

Les faits : le 3 juin 1996, l'université de Göteborg a annoncé la vacance d'une chaire de professeur, en indiquant de manière explicite que la désignation à ce poste devrait contribuer à promouvoir l'égalité des sexes dans la vie professionnelle et qu'une discrimination positive pourrait être appliquée conformément au règlement 1995 :936. Huit candidats se sont fait connaître, parmi lesquels Mme Abrahamsson, Mme Destouni, Mme Fogelqvist et M. Anderson. La commission de désignation a voté deux fois. Lors du premier vote, dans lequel seules les qualifications scientifiques des candidats avaient été prises en compte, M. Anderson était classé premier et Mme Destouni seconde. Lors d'un second vote, prenant en compte tant les mérites scientifiques que le règlement 1995:936, Mme Destouni arrivait en tête, M. Anderson en second et Mme Fogelqvist en troisième position. Après que Mme Destouni eut retiré sa candidature, le recteur a décidé de saisir à nouveau le jury. Le jury a déclaré avoir déjà pris en compte l'aspect de l'égalité et n'a pas modifié son classement. Le recteur de l'université de Göteborg a néanmoins décidé de désigner Mme Fogelqvist, en faisant référence au règlement 1995 : 936 et au plan d'égalité hommes-femmes de l'université. Il a indiqué que la différence entre les mérites respectifs de M. Anderson et de Mme Fogelqvist n'étaient pas si considérable que la discrimination positive en faveur de cette dernière constituerait un manquement à l'exigence d'objectivité lors d'un engagement. M. Anderson et Mme Abrahamsson ont fait appel auprès du tribunal administratif qui a saisi la CJCE à titre préjudiciel.

La Cour a dit pour droit : l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes s'oppose à une réglementation nationale selon laquelle un candidat à un emploi public appartenant au sexe sous-représenté et possédant des qualifications suffisantes pour cet emploi doit être choisi prioritairement à un candidat de sexe

opposé qui aurait par ailleurs été désigné, au cas où cette mesure est nécessaire pour qu'un candidat appartenant au sexe sous-représenté soit désigné et que la différence entre les mérites respectifs des candidats n'est pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement. Une réglementation nationale de ce type est également interdite lorsqu'elle s'applique uniquement soit aux procédures visant à pourvoir un nombre préalablement limité de postes, soit aux postes créés dans le cadre d'un programme spécifique d'une école supérieure particulière permettant l'application de mesures de discrimination positive.

Point 52 –« ...la 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 les mérites des 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.

Point 53 – ... la portée de cette condition ne peut pas être déterminé 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 choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé. De surcroît, les candidatures ne sont pas soumises à une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats. Il s'ensuit qu'une telle méthode de sélection n'est pas de nature à être légitimée par l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

Point 54 – Dans ces conditions, il convient de déterminer si une réglementation telle que celle en cause au principal est justifiée par l'article 141, paragraphe 4, CE.

Point 55...Il ne saurait être déduit de l'article 141, paragraphe 4, CE que cette disposition permet une méthode de sélection telle que celle en cause au principal, qui s'avère, en toute hypothèse, disproportionnée par rapport au but poursuivi. »

iii. Lommers, affaire C-476/99 [2002] Rec. I-2891

Un ministère néerlandais a décidé, aux fins de lutter contre une sous-représentation importante de femmes en son sein, de réserver aux seuls fonctionnaires féminins les places de garderie subventionnées en nombre limité qu'il met à disposition de son personnel, tandis que les fonctionnaires masculins ne peuvent y avoir accès que dans des cas d'urgence relevant de l'appréciation de l'employeur.

La CJCE a estimé que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une telle réglementation, que pour autant que l'exception ainsi prévue pour les fonctionnaires masculins soit notamment interprétée en ce sens qu'elle permet à ceux d'entre eux qui

assument seuls la garde de leurs enfants d'avoir accès à ce système de garderie aux mêmes conditions que les fonctionnaires féminins.

iv. Briheche, affaire C-391/03 [2004] Rec. I-8807 (second chamber)

Procédure entamée par Serge Briheche contre le ministère français de l'intérieur, le ministère de l'éducation nationale et le ministère de la justice en raison de leurs refus d'accepter la candidature qu'il avait déposée pour pouvoir participer à plusieurs concours pour le recrutement d'adjoints administratifs et de secrétaires, au motif qu'il ne remplissait pas les conditions pour se présenter à ces concours fixées par la législation française en ce qui concerne les limites d'âge. La loi N° 2001-397 a supprimé les limites d'âge pour pouvoir accéder à l'emploi dans la fonction publique pour certaines catégories de femmes, à savoir les femmes dans l'obligation de travailler mères de 3 enfants ou plus, les veuves non remariées, les femmes divorcées non remariées, les femmes séparées et les femmes célibataires ayant au moins un enfant à charge.

M.Briheche, âgé de 48 ans, veuf non remarié ayant un enfant à charge, a posé sa candidature à plusieurs concours organisés par l'administration française, y compris un concours organisé par le ministère de l'intérieur en 2002 pour recruter des adjoints administratifs d'administration centrale. Sa candidature à ce dernier concours a été rejetée par décision du 28 janvier 2002, au motif qu'il ne remplissait pas la condition d'âge, prévue à l'article 4, paragraphe 1, du décret applicable pour se présenter à un tel concours. Il a formé un recours contre cette décision dans lequel il a fait valoir que, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-397, la limite d'âge de 45 ans ne pouvait plus lui être opposée.

Point 22 – « Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, l'article 2, paragraphe 4, de la directive a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale (affaire C-409/95 Marschall – point 26).

Point 23 – Une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique doit être considérée comme compatible avec le droit communautaire, lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats (Badeck, point 23).

Point 24 – Ces conditions s'inspirent du fait que, en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacrée par la directive, il y a lieu de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but

recherché et que soient conciliés, dans la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi.

Point 25 –L'article 2, paragraphe 4, de la directive autorise, dès lors, des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes. Cette disposition vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141, paragraphe 4, CE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées (Kalanke, point 19 et Abrahamsson, point 48).

Point 26 – Le gouvernement français fait valoir que la réglementation nationale en cause au principal a été adoptée en vue de limiter les inégalités de fait constatées entre les hommes et les femmes, notamment à cause du fait que les femmes assument l'essentiel du travail domestique, surtout lorsque la famille comporte des enfants, et en vue de faciliter l'insertion des femmes au travail.

Point 27 –Une telle recommandation accorde, ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre, une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes, au nombre desquelles figurent les veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, en réservant à celles-ci le bénéfice de l'inopposabilité de limites d'âge pour l'accès aux emplois publics, à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation.

Point 28 –Il s'ensuit qu'une telle réglementation, en vertu de laquelle une limite d'âge pour l'accès aux emplois publics n'est pas opposable à certaines catégories de femmes alors qu'elle l'est aux hommes se trouvant dans la même situation que ces dernières, ne saurait être admise au titre de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

Point 29 – Dans ces conditions, il convient de déterminer si une réglementation telle que celle en cause au principal est néanmoins admise au titre de l'article 141, paragraphe 4, CE.

Point 30 –Cette dernière disposition autorise les États membres à maintenir ou à adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés notamment à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle, afin d'assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.

Point 31 –Indépendamment de la question de savoir si des actions positives qui ne sont pas de nature à être admises au titre de l'article 2, paragraphe 4, de la directive pourraient éventuellement l'être en vertu de l'article 141, paragraphe 4, CE, il suffit de constater que cette dernière disposition ne saurait permettre aux États membres d'adopter des conditions

d'accès aux emplois publics telles que celles en cause au principal, qui s'avèrent, en tout état de cause, disproportionnées par rapport au but poursuivi. »

Conclusions

1. Une action positive en faveur des femmes ayant pour objectif des « chances » égales ne peut pas poursuivre des « résultats » égaux. Ce serait contraire au principe d'égalité de traitement, dans la mesure où toute personne a le droit de ne pas être désavantagée en raison de son sexe.
2. La CJCE a considéré que le recrutement et la promotion entrent dans la catégorie des « résultats », ce qui interdit la possibilité d'accorder en matière de recrutement et de promotion la préférence au sexe sous-représenté, lorsque celle-ci est accordée de manière automatique et inconditionnelle, et que le candidat du sexe opposé n'a par conséquent pas la possibilité d'invoquer des arguments susceptibles de faire pencher la balance en sa faveur.
3. La formation professionnelle et la convocation à des entretiens d'emploi sont considérées comme des « chances » et, à ce titre, le traitement préférentiel accordé dans ces domaines au sexe sous-représenté est jugé avec moins de sévérité.
4. Approche de base:
 - a. Une action positive n'est justifiée que s'il est prouvé qu'il existe une inégalité de fait, à savoir qu'un sexe est sous-représenté.
 - b. L'action positive doit viser l'élimination de l'inégalité existante et porter sur les conditions qui fondent cette inégalité, voir Commission contre France, Briheche.
 - c. En matière de recrutement et de formation, aucune préférence automatique et inconditionnelle ne peut être accordée à un sexe sous-représenté. Abrahamsson, Marschall.
 - d. Une préférence peut être accordée au sexe sous-représenté en matière de recrutement et de formation, à condition qu'il existe une « clause d'ouverture », à savoir la possibilité d'invoquer des raisons d'ordre personnel susceptibles de faire pencher la balance en faveur d'une personne du sexe surreprésenté.
 - e. Une préférence automatique peut être accordée dans le contexte de l'attribution de postes de formation ou de la convocation à des entretiens d'embauche, lorsque les membres du sexe surreprésenté ne sont pas totalement exclus de la possibilité d'obtenir un poste de formation ou d'être convoqués à un entretien d'emploi lorsqu'ils ont des qualifications égales.