

L'action positive dans le droit de l'UE

Gwénaële Calvès
Professeur de droit public à l'Université de Cergy-
Pontoise

SOMMAIRE

- I- La définition de l'action positive dans le droit de l'UE
- II- Les conditions de conformité d'une action positive au droit de l'UE

La définition de l'action positive (1)

Une simple faculté ouverte aux États-membres

- Article 157[4] TFUE [ancien art. 141[4] TCE], « 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 ».
- Dir. 2006/54/CE du Parlement et du Conseil (« directive Refonte ») : « Les États membres *peuvent* maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141[4] du Traité pour assurer une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle ». Cette formulation modifie légèrement l'état du droit antérieur (dir. 76/207/CEE), mais l'action positive reste analysée comme une *dérogation*.

La définition de l'action positive (2)

Une dérogation au principe de l'égalité de traitement

Une mesure d'action positive est analysée par la Cour comme une « exception » dont « le but précis et limité [est] d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la vie sociale » (*Commission c. France*, C-312/86 du 25 octobre 1988, pt 15).

« Elle autorise les mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi [...] qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité à concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes » (*Kalanke*, C-450/93 du 17 octobre 1995, pt 19).

La définition de l'action positive (3)

Cette définition emporte deux conséquences :

- le contrôle ne se déclenche que dans les cas où le principe d'égalité de traitement est lui-même applicable, i.e. lorsque les hommes et des femmes sont placés dans une situation comparable (*Abdoulaye C-218/98* du 16 septembre 1999).
- le contrôle applicable est un contrôle de proportionnalité : « en vertu d'une jurisprudence constante, il y a lieu, en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi » (*Lommers, C-476/99* du 19 mars 2002, pt 39).

Les conditions de conformité d'une action positive au droit de l'UE

Trois séries de conditions doivent être satisfaites. Elles sont relatives :

- à la situation initiale qu'il s'agit de corriger
- à l'objectif poursuivi
- à l'adéquation entre les moyens retenus et l'objectif poursuivi

Les conditions relatives à la situation initiale

- Un déséquilibre avéré : l'auteur de la mesure doit prouver que les femmes sont sous-représentées dans un secteur ou à un grade particuliers
- Un déséquilibre «résultant, pour les femmes dans la vie active, d'attitudes, de comportements et de structures de la société » (*Kalanke*, C-450/93 du 17 octobre 1995, pt 20), ou de « certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active » (*Marschall*, C-409/95 du 11 novembre 1997, p. 29).

Les conditions relatives à l'objectif poursuivi

- La mesure doit « viser *effectivement* à éliminer ou réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale » (*Marschall*, C-409/95 du 11 novembre 1997, pt 26)
- « les mesures nationales couvertes par [l'article 157 [4], TFUE] doivent, en tout état de cause, contribuer à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes » (*Commission c. Italie*, C-46/07 du 13 novembre 2008, pt 57)

Les conditions relatives à l'adéquation moyens/fin

1- La préférence ne peut être accordée qu'à qualifications égales ou sensiblement égales

2- La préférence ne doit pas être excessive

Le juge doit veiller à ce que « les mesures adoptées répartissent de manière proportionnée les bénéfices de l'action positive en termes de promotion de l'égalité des femmes et les coûts imposés aux autres personnes. Ces exigences apparaissent nécessaires afin d'éviter que des considérations liées à l'égalité substantielle entre les groupes ne prévalent sur l'égalité entre les personnes » (concl. Maduro sur l'arrêt *Briheche*, C-319/03 du 30 septembre 2004, pt 41)

Exemple : *Lommers*, C-476/99 du 19 mars 2002.

Les conditions relatives à l'adéquation moyens/fin

3- La préférence doit être flexible

Badeck, C-158/97 du 28 mars 2000, pt 23 :

« Une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins [...] doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

- lorsqu'elle n'accorde pas de manière inconditionnelle et automatique 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 ».

Exemples de priorité absolue et inconditionnelle : *Griesmar* (C-366-99 du 29 novembre 2001) ou *Briheche* (C-319/03 du 30 septembre 2004)

Les conditions relatives à l'adéquation moyens/fin

4- La préférence doit être mise en œuvre de manière transparente

L'application des critères de recrutement qui «visent manifestement 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 compenser, conformément à l'article 141 [4] TCE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représentés [...] doit s'opérer de manière transparente et pouvoir être contrôlée afin d'exclure toute appréciation arbitraire de la qualification des candidats» (*Abrahamson*, C-407/98 du 6 juillet 2000, pts 48 et 49)

Trois remarques en guise de conclusion...

- sur les angles morts du contrôle par la CJ des mesures d'action positive
- sur le relais de la jurisprudence de la CJ par le juge de Strasbourg
- sur l'extension du contrôle à d'autres types d'actions positives