



**SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES –
DISCRIMINATION SEXUELLE ET POLITIQUE
DE DIFFÉRENCIATION DANS L’UNION EUROPÉENNE**

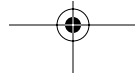


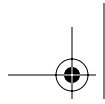
Nanette NEUWAHL*

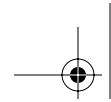
I. INTRODUCTION	595
II. LE CADRE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN	595
III. L’ÉGALITÉ DES SEXES DANS L’UNION EUROPÉENNE DES 15	603
A. L’égalité de rémunération	604
B. L’accès à l’emploi, les conditions de travail	606
C. L’égalité de traitement en matière de sécurité sociale	609
D. Accès et fourniture des biens et services	611
E. Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale	612
F. L’action positive	612
G. Vers l’égalité dans tous les domaines	617
IV. L’ÉGALITÉ DES SEXES DANS L’UE DES 27	620
A. L’état sur l’égalité des sexes dans les PECO : égalité formelle mais non matérielle	621
B. Un revirement ou un blocage de la législation européenne à l’avenir ?	622
C. Une différenciation de l’intégration ?	624
1. La coopération renforcée	625
2. Les conditions de la différenciation	628
3. La différenciation informelle	630
D. Feuille de route pour l’égalité entre femmes et hommes 2006-2010	631
V. ÉVALUATION ET CONCLUSIONS	633



* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.







I. INTRODUCTION

En dépit et à travers des difficultés et carences comme celles soulevées par les recherches de la Professeure Andrée Lajoie, le Canada est réputé un champion du monde en ce qui concerne l'égalité entre hommes et femmes. L'Europe pourra-t-elle suivre les exemples du Canada ? L'Union européenne n'a pas (ou pas encore) de constitution européenne, bien qu'une charte des droits fondamentaux ait été proclamée et qu'un traité établissant une constitution pour l'Europe ait été proposé, texte apportant des amendements aux traités constitutifs de l'Union. L'Union suivra-t-elle les expériences du Canada concernant la condition des femmes¹ ? Pour voir plus clair, il faut considérer et évaluer le cadre de la réglementation en Europe, son influence sur les politiques variées des États membres, ainsi que les perspectives offertes par l'évolution sociale, tout en prenant en compte aussi les élargissements de l'Union européenne de 2004 et 2007 qui ont admis 12 nouveaux États membres².

II. LE CADRE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN

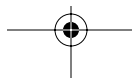
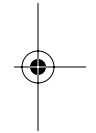
En Europe, l'inégalité entre les hommes et les femmes apparaît comme un phénomène persistant. La lacune consiste en l'absence de reconnaissance, sous la forme d'un droit fondamental, de l'égalité de traitement en droit européen.

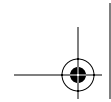
Bien que la plupart des constitutions exigent l'égalité des sexes³, aucune constitution ne contient clairement une obligation de corri-

¹ La suggestion est faite par Catherine BARNARD, « L'Égalité des sexes dans l'Union européenne », dans Philip ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 219, à la page 241.

² En date du 1^{er} janvier 2007, l'Union européenne comprend les États membres suivants : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la République tchèque.

³ L'Allemagne, art 3(2) ; l'Autriche, art. 10(2) ; la Belgique, art. 10(3) et (10bis) ; la Finlande, section 6-4 ; la France ; art. 3-5, 4-3 ; la Grèce art. 4(2) ; l'Italie, projet de loi constitutionnelle N 1583/2002 ; le Portugal, art. 9-h ; la Suède, section 2(3).





ger les inégalités existantes. Parfois même des dispositions « sexistes » ont pu subsister, comme dans les constitutions danoise et irlandaise⁴. Ainsi, la Constitution danoise prévoit que « tout homme en état de porter les armes est tenu de contribuer à la défense de la patrie »⁵. De même, la Constitution irlandaise vise à protéger les citoyens contre l'exercice de professions qui ne conviennent ni à leur sexe, ni à leur âge, ni à leur force⁶. La loi militaire allemande prévoit que les femmes ne peuvent être astreintes à la défense de leur pays et discrimine ainsi à l'endroit des hommes. Comme nous le verrons plus bas, il a été demandé à la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) de Luxembourg de se prononcer sur la compatibilité de cette loi avec le droit de l'Union européenne, et la Cour a failli prendre une position claire en la matière. Des différences persistent entre les pays européens en ce qui concerne la condition des femmes et les stratégies pour l'améliorer⁷. Les systèmes français, anglais et allemand, par exemple, sont moins ouverts envers la reconnaissance de droits du sexe sous-représenté que les Pays-Bas et, de l'autre côté du spectre, la Suède⁸. Le droit de l'Union européenne est influencé en partie par les ordres juridiques nationaux et ne peut donc être compris sans référence au droit national. Sur ce point, il n'y a pas de différence par rapport à la situation



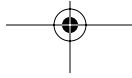
⁴ Pour le texte en français des dispositions de plusieurs constitutions européennes : <www.europarl.eu.int/compar/libe/elsj/charter/art23/default_fr.htm#6>.

⁵ Art. 81 de la Constitution danoise.

⁶ Art. 45 (4) 2^o de la constitution irlandaise dispose : « The State shall endeavour to ensure that the strength and health of workers, men and women, and the tender age of children shall not be abused and that citizens shall not be forced by economic necessity to enter vocations unsuited to their sex, age or strength. »

⁷ Par exemple, C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1, p. 278, 282, 283, 286-9, et l'étude de Shelley BURKE et Marie-Rose NYANDWI, sur le site <travail.hrdrhe.gc.ca> (avec bibliographie extensive).

⁸ Voir Daniela CARUSO, *Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives*, New York, New York University School of Law, Jean Monnet Working Paper 10/02; aussi dans (2003) 44 *Harvard International Law Review* 331.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

existante il y a 50 ans, lorsque la Communauté économique européenne fut fondée.

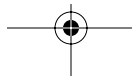
Il convient de noter que la Convention européenne des droits de l'homme, qui lie tous les États membres de la Communauté européenne, n'impose pas l'obligation de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, bien que son article 14 sur l'interdiction de discrimination stipule que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe [...] » La Convention interdit ainsi que les individus fassent l'objet d'une discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention⁹.

La Communauté européenne, qui fête son cinquantième anniversaire cette année, se vante d'être un précurseur avec l'article 119 (devenu ensuite l'article 141) du Traité de Rome¹⁰. Toutefois, cette disposition n'a pas de caractère général et elle repose largement sur des considérations économiques. La Communauté des Six de l'origine était surtout préoccupée du fait que des politiques différentes des États membres pourraient mener à des distorsions du marché commun. Elle s'occupait alors moins de l'acceptabilité ou non du processus d'intégration pour le citoyen et encore moins de l'égalité des chances pour des raisons humanitaires. Néanmoins, l'article contient, dans son premier paragraphe, une obligation de résultat en ce qui concerne l'égalité de rémunération.

Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travail-

⁹ L'article 14, CEDH n'a pas d'existence indépendante: CEDH, *Airey*, 30; *Dugeon* 67, *X. et Y c. Pays-Bas*, 32, *Rasmussen*, 29; *Abdulaziz, Cabales et Nalkandali*, 71; *Gaygusuz*, 36; *Van Raalte*, 33. En comparaison, l'article 3 de la Convention sur l'élimination de discrimination à l'égard des femmes prévoit que les pouvoirs publics dans les parties contractantes arrêteront « toutes les mesures requises, y compris d'ordre législatif, afin de veiller au plein épanouissement et progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits humains et des libertés fondamentales sur un pied d'égalité avec les hommes ».

¹⁰ Voir les versions consolidées du Traité de l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal Officiel* n° C 321 du 29 décembre 2006.





leurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.¹¹

La Cour de justice des Communautés européennes a, dans sa jurisprudence, accordé un effet direct à cet article, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué devant les tribunaux nationaux¹². Cela pèse en ce qui concerne les aspects de la non-discrimination juridiquement applicables. Dans la majeure partie, l'égalité de traitement doit être mise en œuvre par la législation.

Aujourd'hui, après avoir été modifié, le même article contient dans son paragraphe 3 une obligation de diligence en ce qui concerne l'introduction par la Communauté européenne de législation pour l'égalité en matière d'emploi et de travail :

Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

L'introduction par le Traité d'Amsterdam (de 1997) de ce paragraphe a constitué une grande amélioration : le thème de l'égalité est alors sorti du champ de l'égalité des rémunérations et a reçu une application plus générale en matière d'emploi et de travail. L'aspect prohibitif (« intégration négative ») est complété par un volet des-

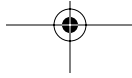
¹¹ Le paragraphe 2 prévoit :

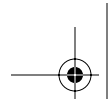
« Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

- a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;
- b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail ».

¹² C.J.C.E., arrêt du 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne c. Sabena*, Rec. 1976, p. 455. Consciente du possible impact de cette jurisprudence, la Cour limite l'effet rétroactif de cette jurisprudence.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

tiné à promouvoir l'égalité, ce qui fait apparaître, d'autre part, que le droit à l'égalité est un droit politique et non un droit de la personne.

Le paragraphe 4 de l'article 141 règle ainsi les actions positives :

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.

Des actions positives ne sont pas requises, mais elles ne sont pas prohibées non plus¹³. Une lecture de l'article 137, paragraphe 1, fait ressortir clairement que, dans ce domaine, la Communauté européenne partage des compétences avec ses États membres :

[...] la Communauté soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants : i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail [...].

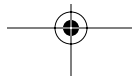
On notera bien ce partage de pouvoir qui, d'ailleurs, n'est pas disputé.

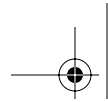
En outre, la Communauté dispose d'une base juridique supplémentaire, assez peu utilisée, dans l'article 235 (nouveau 308) CE :

Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

La Directive 79/9 sur l'égalité dans les régimes légaux de sécurité sociale a été basée sur l'article 235.

¹³ Sur la difficulté d'appliquer cette règle en droit commun communautaire, voir D. CARUSO, *op. cit.*, note 8.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

L'article 13, paragraphe 1 du Traité de Rome prévoit simplement le principe général que :

Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

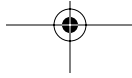
Cet article offre une énorme potentialité d'action lorsque la volonté politique existe. Mais il sera clair que la volonté politique de 25 États membres (et bientôt 27) est plus précaire que celle des six originaires¹⁴.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam (1999), une lecture conjointe des articles 2, 3 et 13 du Traité de Rome définit l'égalité des femmes et des hommes comme un objectif de la Communauté. Cette lecture contraint l'Union européenne à réaliser l'égalité dans tous les domaines d'application du traité, et pas seulement dans les domaines du travail et de l'emploi, le champ de législation se développant lentement. Comme nous le verrons, des directives communautaires portent sur des matières comme l'égalité de rémunération, l'égalité de traitement au travail, l'égalité de traitement relative à la sécurité sociale, l'égalité de traitement relative aux régimes professionnels de sécurité sociale, l'égalité de traitement pour les travailleurs indépendant(e)s, le congé parental, l'aménagement du temps de travail, la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, l'accord-cadre sur le travail à temps partiel et l'accès aux biens et services.

Dans un souci de transparence, en 2006, une directive dite de « refonte » (2006/54/EC) a été adoptée¹⁵, visant à rassembler en un

¹⁴ Néanmoins, il est concevable que cet article soit utilisé, par exemple, pour régler la question des listes électorales pour le Parlement européen.

¹⁵ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

seul texte les dispositions de plusieurs directives relatives à l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, incorporant aussi des éléments découlant de la jurisprudence de la Cour européenne de justice¹⁶. La directive de refonte incorpore les principales dispositions de plusieurs directives traitées ci-après¹⁷, qui seront abrogées avec effet au 15 août 2009¹⁸, sans préjudice toutefois des obligations des États membres de les transposer dans les délais prescrits¹⁹.

La Commission européenne dans son Rapport annuel sur l'égalité des chances de 2001 avait déclaré son intention d'initier une directive relative à la discrimination fondée sur le sexe basée sur l'article 13 CE²⁰. Mais ladite proposition n'a pas été faite.

Le cadre juridique du Traité de Rome n'a pas non plus été affecté par le Traité de Nice, entré en vigueur en février 2003. Toutefois, des dispositions importantes ont été introduites dans la Charte de Nice adoptée en même temps par les institutions politiques.



l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte). *Journal Officiel* n° L 204 du 27 juillet 2006, 23-36.

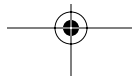
¹⁶ Préambule, premier paragraphe 1 de la directive.

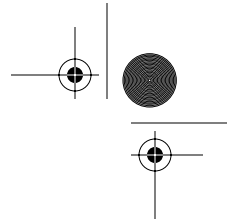
¹⁷ C'est-à-dire, de la directive relative à l'égalité des rémunérations (75/117/CEE), de la directive relative à l'égalité de traitement au travail (76/207/CEE), telle que modifiée par la directive 2002/73/CE), de la directive relative aux régimes professionnels de sécurité sociale (86/378/CEE, telle que modifiée par la directive 96/97/CE) et de la directive relative à la charge de la preuve (97/80/CE).

¹⁸ Art. 34 de la directive.

¹⁹ L'obligation de transposer la directive de refonte au plus tard le 15 août 2008 est limitée aux dispositions qui constituent une modification de fond par rapport aux directives précédentes susmentionnées (article 33 de la directive). Cette clause va exiger une comparaison entre la directive de refonte et les autres directives communautaires pertinentes ainsi que les dispositions déjà transposées en droit national. Un tableau de correspondance entre les différents articles des directives visées est annexé à la directive de refonte.

²⁰ <http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2002/keaj02001_fr.html>.





La Charte de l'Union européenne des droits fondamentaux²¹, dite « de Nice », contient un article 23 sur l'égalité entre hommes et femmes qui a été fortement influencé par les initiatives de l'Association des femmes de l'Europe méridionale et le Lobby européen des femmes, et qui va au-delà de ce qui a été prévu dans le Traité de Rome²² :

L'égalité entre hommes et femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe d'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

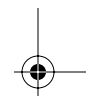
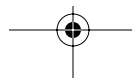
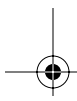
L'expression importante est « dans tous les domaines ». Le texte initial se limitait à des questions sociales, emploi, travail et rémunération, termes qui figurent encore à la fin de l'alinéa pour souligner leur importance ; ces dispositions n'ont plus un caractère limitatif, à la différence de l'article 141 de Traité CE qui se trouve dans un chapitre intitulé « Dispositions sociales ». C'est la première fois dans un texte international de caractère juridique que l'égalité est affirmée « dans tous les domaines ». Et c'est une primeur aussi pour l'Union européenne. La Charte ressemble, sous cet aspect, à la Charte canadienne.

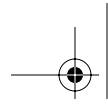
Toutefois, la disposition européenne n'a pas de valeur juridiquement contraignante. La suite donnée à la Convention sur l'avenir de l'Europe, qui doit faire des recommandations sur une future constitution européenne, peut changer cela²³.

²¹ Voir entre autres : Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, témoignage et commentaires*, Paris Éditions du Seuil, 2001. Emmanuelle BRIBOSIA et Olivier DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », (2001) 120 *Journal des tribunaux*, 281. Voir aussi la bibliographie dans Nanette NEUWAHL (dir.), *La Charte de Nice comme instrument juridique et de gouvernance*, Montréal, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 2003.

²² Voir Micheline GALABERT, « L'impact de la société civile – à l'exemple de l'Association des femmes de l'Europe méridionale », dans N. NEUWAHL (dir.), *op. cit.*, note 22.

²³ Voir Eve LANDAU, « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », dans Nanette NEUWAHL et Stefan HAACK (dir.), *Unresolved Issues of the*





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

Il faut mentionner aussi l'article 33 de la Charte intitulé : « Vie familiale et vie professionnelle ». Cet article prévoit :

1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.
2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

L'inclusion dans la Constitution pour l'Europe d'un droit fondamental n'est pas accueillie favorablement par tout le monde²⁴, car on pourrait penser que les cours pourraient mettre en œuvre ce droit et que, de ce fait, il n'y aurait alors moins besoin d'action positive. Comme nous le verrons, la réalité est encore loin de là.

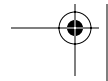
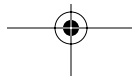
III. L'ÉGALITÉ DES SEXES DANS L'UNION EUROPÉENNE DES 15

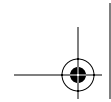
Pour faire état de l'influence de la Communauté européenne sur la promotion de l'égalité des sexes dans ses différents aspects, il faut considérer la législation communautaire et la jurisprudence des cours européennes, notamment, la Cour de justice des Communautés européennes. En 1998, Thierry Debard²⁵ estime sur cette base que les dispositions du Traité de Rome ont entraîné un ensemble de normes d'une efficacité indéniable, mais encore incomplet. Neuf ans plus tard, certains pas en avant ont été faits. Outre la législation établie, il faut ensuite examiner les aspirations plus ou moins articulées des parties concernées.

Constitution for Europe: Rethinking the Crisis, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 333-356.

²⁴ Christopher MCRUDDEN, *Gender Equality in the Constitutional Treaty: Drafting Suggestions*, Présentation à la Conférence du Programme Jean Monnet « Gender Equality and Europe's Future », Bruxelles, le 4 mars 2003.

²⁵ Thierry DEBARD, *Égalité hommes-femmes: Droit et jurisprudence dans l'Union européenne*, coll. « Études Européennes », Montréal, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal 1998.





A. L'égalité de rémunération

À la suite des dispositions explicites du Traité de Rome, l'égalité de rémunération se trouve relativement bien protégée et d'assez nombreuses décisions de la Cour de justice sont intervenues en la matière.

La Directive de 1975 sur l'égalité salariale²⁶ s'applique à la discrimination ouverte, mais aussi à la discrimination cachée. Ainsi, une convention collective qui donne aux travailleurs à plein temps un droit d'indemnité lors de la cession du travail recèle une discrimination indirecte si les travailleurs à temps partiel sont pour la plupart des femmes. L'employeur doit alors démontrer que ce traitement différencié repose sur des facteurs objectifs²⁷. Aussi, la Cour de justice a censuré une prime spéciale de fin d'année prévue par une convention collective qui ne pouvait bénéficier aux emplois à temps partiel inférieurs à une certaine durée et rémunérés en deçà d'une base mensuelle de référence. Or, cette exclusion touchait davantage les femmes, majoritairement titulaires de ce type d'emplois. Il y avait donc une discrimination indirecte fondée sur le sexe²⁸.

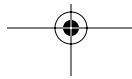
Un traitement différencié peut être permis, mais il doit être justifié par des raisons objectives²⁹, comme la Cour démontre dans une affaire concernant des allocations pour congé de maternité. L'entreprise Renault était mise en cause par des employés mascu-

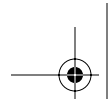
²⁶ Directive 75/117/C.E.E. du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *Journal Officiel* n° L 45 du 19 février 1975, 29-20.

²⁷ C.J.C.E., arrêt du 27 juin 1990, aff. C-33/89 *Kowalska*, Rec. 1990, p. I-2591.

²⁸ C.J.C.E., arrêt du 9 septembre 1999, aff. C-281/97, *Krüger*, Rec. 1999, p. I-5127.

²⁹ L'égalité de rémunération s'applique au travail identique. La Cour de justice a précisé qu'il n'y a pas travail identique lorsqu'une activité apparemment identique est exercée pendant une longue période par des travailleurs ayant des habilitations différentes pour exercer leur profession. Des disparités salariales sont alors possibles. C.J.C.E., arrêt du 11 mai 1999, aff. C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat*, Rec. 1999, p. I-2865.





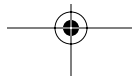
SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

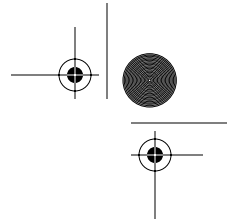
lins contestant la compatibilité avec le droit communautaire d'un article de l'accord collectif relatif à la couverture sociale des salariés prévoyant le versement d'une somme de 7 500 F à chaque femme lors du départ en congé de maternité. Dans cette affaire, Renault a fait valoir avec succès les désavantages professionnels auxquels sont confrontées les employées en raison de leur éloignement du travail durant le congé de maternité tels, par exemple, le fait qu'elles ne peuvent se voir proposer une promotion ou une formation, ni prétendre aux hausses de salaires liées à la performance personnelle. Dès lors que l'allocation vise à compenser des désavantages pénalisant les travailleurs auxquels elle est versée, elle est compatible avec le droit communautaire³⁰.

Tout comme les femmes, les hommes invoquent souvent le principe d'égalité, et ce, avec un résultat imprévisible pour la protection sociale nationale. Ceci est démontré clairement dans le contexte des pensions de retraite. Dans l'affaire *Griesmar*, par exemple, la Cour a retenu qu'une bonification d'ancienneté pour fonctionnaires retraités accordée aux seules femmes est contraire au principe d'égalité des rémunérations si cette bonification, octroyée en fonction du nombre d'enfants élevés, ne peut pas bénéficier aux pères qui ont assuré l'éducation de leurs enfants. Huit mois plus tard, en France, le Conseil d'État a appliqué cet arrêt³¹ et il a ordonné la revalorisation rétroactive de la pension dont bénéficiait M. Griesmar, avec des intérêts de retard sur les sommes dues. Les conséquences financières de cette décision sont importantes et le Gouvernement français se vit placé devant l'alternative de modifier le Code des pensions afin d'étendre la bonification aux hommes ou de la supprimer.

³⁰ C.J.C.E., arrêt du 16 septembre 1999, aff. C-218/98, *Abdoulaye*, Rec. 1999, p. I-5723.

³¹ C.J.C.E., arrêt du 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Griesmar*, Rec. 2001, p. I-9383; *Décision du Conseil d'État*: aff. n° 141112, arrêt du 29 juillet 2002, M. Griesmar.





B. L'accès à l'emploi, les conditions de travail

L'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail s'appuie sur la Directive 76/207 du 9 février 1976³² qui, elle aussi, a donné lieu à une abondante jurisprudence.

Cette directive a apporté notamment les améliorations suivantes au niveau européen :

1. Une clarification du champ d'application de la non-discrimination. Le principe d'égalité implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe directement ou indirectement par référence, notamment à l'état matrimonial ou familial. Les États membres peuvent exclure du champ d'application de la directive les activités professionnelles pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice. La directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme (grossesse, maternité) ni aux mesures visant à remédier aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés par la directive.
2. L'application du principe implique l'absence de discrimination dans les conditions d'accès y compris les critères de sélection aux emplois ou postes de travail et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle.
3. Le principe s'applique à l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation, de perfectionnement et de recyclage professionnels.
4. L'application du principe en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que les mêmes conditions soient assurées aux hommes et aux femmes.

³² Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. *Journal Officiel*, n° L 39 du 14 février 1976, 40-42.



SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

5. Les États membres sont tenus de prendre les mesures nécessaires afin que :
 - a. les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe soient supprimées ou révisées si elles ont été inspirées par un souci de protection qui n'est plus fondé aujourd'hui ;
 - b. les dispositions contraires figurant dans les conventions collectives, les contrats individuels de travail, les règlements intérieurs des entreprises ainsi que dans les statuts des professions indépendantes puissent être déclarées nulles ou amendées.
6. Les partenaires sociaux sont invités à réviser les dispositions conventionnelles de même nature.
7. Toute personne lésée par la non-application du principe doit pouvoir faire valoir ses droits par voie juridictionnelle.

La Cour de justice des Communautés européennes a pu se prononcer sur plusieurs aspects de cette directive. Ainsi, elle a prononcé pour droit que le refus d'embaucher une femme enceinte, pour un tel motif, constitue une violation de la directive³³, tout comme le licenciement fondé sur la grossesse³⁴. Par contre, l'état de santé déficient, après le congé de maternité, même s'il trouve son origine dans la grossesse, ne semble pas tomber dans le champ de la disposition éliminant la discrimination relative à l'emploi³⁵. Selon la Cour, l'égalité de traitement s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à cette conversion transsexuelle³⁶.

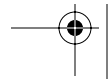
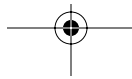
Le principe de non-discrimination en matière d'emploi a une portée générale et s'applique aussi aux rapports d'emploi dans le secteur public. Des exceptions sont pourtant possibles en faveur des activités professionnelles pour lesquelles, en raison de leur

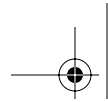
³³ C.J.C.E., arrêt du 8 novembre 1990, aff. C-177/88, *Dekker*, Rec. 1990, p. I-3941.

³⁴ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1994, aff. C-32/93, *e Webb c. EMO Air Cargo*, Rec. 1994, p. I-3567.

³⁵ C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1993, aff. C-179/88, *HKFD*, Rec. 1993, p. I-3979.

³⁶ C.J.C.E., arrêt du 30 avril 1996, aff. C-13/94, *Cornwall County Council*, Rec. 1996, p. I-2143.





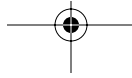
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

nature ou de leurs conditions d'exercice, le sexe constitue un élément déterminant. Ce peut être le cas d'emplois de surveillants de prison ou d'activités de police exercés dans des circonstances de troubles intérieurs graves. Cependant, les dérogations doivent être proportionnées aux objectifs poursuivis. La Cour examine donc les circonstances de l'espèce. Par exemple, saisie de la contestation du refus d'engager une femme comme cuisinière dans les *Royal Marines* britanniques, la Cour de justice, dans une jurisprudence non restée sans critique, considère que ce refus n'est pas contraire au droit communautaire. Les *Royal Marines* diffèrent des autres unités des forces armées britanniques. Il s'agit d'une force dont les effectifs sont réduits et dont les personnels ont vocation à servir en première ligne, y compris les cuisiniers. Ces conditions spécifiques d'intervention des unités d'assaut justifient que leur composition reste masculine³⁷.

Dans l'arrêt *Dory* la Cour de justice considère que l'égalité de traitement ne s'applique pas à la conscription. Ainsi, la Cour évite de s'exprimer sur l'admissibilité de la conscription pour hommes seulement. Selon Trybus³⁸, il aurait été beaucoup plus logique pour la Cour d'exclure carrément tout traitement discriminatoire non-justifiable dans le domaine de l'accès à l'emploi. Mais l'affaire montre la réticence de la Cour de justice quant à se prononcer dans des affaires qui peuvent avoir des effets perturbants pour le système social. Dans le cas d'espèce était impliqué le système social allemand qui, paradoxalement, dépend en grande partie, depuis des décennies, des services presque gratuits des objecteurs de conscience. La réticence de la Cour aurait dû être d'autant plus grande que l'Europe était en train de se prononcer sur sa constitution, son identité et son avenir !

³⁷ C.J.C.E., arrêt du 26 octobre 1999, aff. C-273/97, *Sirdar* Rec. 1999, p. I-7403.

³⁸ C.J.C.E., arrêt du 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory*, Rec. 2003, p. I-2479. Voir Martin TRYBUS, « Sisters in Arms : Female Soldiers and Sex Equality in the Armed Forces », (2003) 9 *European Law Journal*, 631-665.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

C. L'égalité de traitement en matière de sécurité sociale

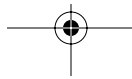
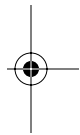
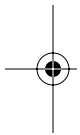
L'égalité de traitement en matière de sécurité sociale est réglée par une série de directives qui elles aussi ont donné lieu à de la jurisprudence. À noter une directive du 19 décembre 1978 sur la sécurité sociale, une directive du 24 juillet 1986 concernant les régimes conventionnels³⁹ et une directive de 11 décembre 1986 concernant les activités indépendantes⁴⁰.

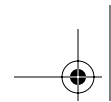
Il convient de noter que le régime communautaire ainsi établi ne fait pas obstacle à ce que les femmes soient envoyées à la retraite avant les hommes, car l'article 7, paragraphe 1 a) de la Directive 79/7 établit « une dérogation au traitement égal en permettant aux États membres de maintenir les avantages qu'ils reconnaissent aux femmes en matière d'âge de départ à la retraite, apparemment afin de ne pas perturber l'équilibre des systèmes sociaux [...] »⁴¹.

³⁹ Directive 86/378/C.E.E. du Conseil, du 24 juillet 1986, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. *Journal Officiel* n° L 225 du 12 août 1986, 40-42.

⁴⁰ Directive 86/613/C.E.E. du Conseil, du 11 décembre 1986, sur l'application de principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité. *Journal Officiel* n° L 359 du 19 décembre 1986, p. 56-58.

⁴¹ Directive 79/7/C.E.E. du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. *Journal Officiel* n° L 6 du 10 janvier 1979, 24-25. Son article 7, paragraphe 1 prévoit : « La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application : a) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations ; b) les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants ; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants ; c) l'octroi de droits à des prestations de vieillesse ou d'invalidité au titre des droits dérivés de l'épouse ; d) l'octroi de majorations de prestations à long terme d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail ou de maladie professionnelle pour l'épouse à charge ; e) les conséquences résultant de l'exercice, avant l'adoption de la présente directive, d'un droit d'option à l'effet de ne pas acquérir de droits ou de ne pas contracter d'obligations dans le cadre d'un régime légal ».





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Dans cette connexion aussi, la jurisprudence de la Cour de justice a donné lieu à des résultats inattendus. Dans l'affaire *Barber*, la Cour de justice a dit pour droit que l'article 119 CE s'oppose à ce qu'un homme licencié pour cause économique ne puisse prétendre à une pension avec licenciement différé, alors qu'au même âge une femme dans les mêmes conditions aurait droit à une pension immédiate, du fait de l'alignement sur une différence dans l'âge significatif pour le régime légal de retraite⁴². Dès lors, il est contraire au droit communautaire qu'un homme licencié à l'âge de 60 ans ne reçoive pas de pension immédiate quand les femmes du même âge y auraient droit. Ici aussi, la jurisprudence du Kirchberg vient compliquer le débat sur l'avenir du système social en Europe.

Dans l'affaire *Neath c. Steeper*⁴³, la Cour a été confrontée à une méthode de calcul d'une somme forfaitaire payable à la retraite qui favorisait les femmes. Bien que sur les faits ce calcul n'était pas contraire au droit communautaire, l'avocat-général Tesauro et la Commission européenne étaient clairement avers d'un calcul des risques tenant compte du fait que les femmes vivent plus longtemps⁴⁴ :

[...] toute différence de traitement basée sur le sexe ne serait admissible que si elle était objectivement justifiée. Or, les données statistiques fondées sur l'espérance de vie des deux sexes ne constitueraient pas une justification objective, car elles correspondent à des moyennes établies sur la base de l'ensemble de la population masculine et féminine, tandis que le droit à l'égalité de traitement en matière de rémunération est un droit reconnu aux salariés à titre individuel et non en raison de leur appartenance à une catégorie.

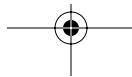
Daniela Caruso a fait observer que cela équivaut à défendre le principe que les femmes subventionnent les hommes⁴⁵. Les insti-

⁴² C.J.C.E., arrêt du 17 mai 1990, aff. C-262/89, *Barber*, Rec. I-1990, p. 1889.

⁴³ C.J.C.E., arrêt du 22 décembre 1993, aff. C-152/91, *Neath c. Steeper*, Rec. I-1993, p. 6935.

⁴⁴ Point 27 de l'arrêt, p. 6961.

⁴⁵ Pour un commentaire D. CARUSO, *op. cit.*, note 8.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

tutions ne sont donc pas « neutres » en ce qui concerne les questions de sexe.

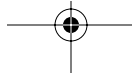
La Cour ne s'aventure pas non plus dans une interprétation progressiste du concept de famille. Une limite principale du principe communautaire de l'égalité de traitement est qu'il ne s'applique pas à des partenaires du même sexe. Dans l'affaire *Grant*, une employée britannique s'était vu refuser une réduction sur le prix des transports au bénéfice de sa compagne⁴⁶. Selon la Cour de justice, le refus d'un employeur d'octroyer un avantage en faveur de la personne de même sexe, avec laquelle le travailleur entretient une relation stable, ne constitue pas une discrimination interdite par le droit communautaire, alors même qu'un tel avantage est accordé en faveur du conjoint ou du concubin de sexe opposé d'un travailleur. Le droit communautaire reste donc muet sur les discriminations motivées par les tendances sexuelles des individus. Dès lors, il appartient aux législations nationales de déterminer si la communauté de vie entre personnes de même sexe est assimilée à la vie commune entre hétérosexuels, au mariage ou non.

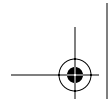
D. Accès et fourniture des biens et services

Le 13 décembre 2004, le Conseil a adopté la Directive 2004/113/ mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services⁴⁷. Cette directive, fondée sur l'article 13 du Traité de la Communauté européenne, cherche à garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, dans la fourniture des services d'assurance et autres services financiers connexes en matière de primes et de prestations. La Directive fixe prospectivement des exigences minimales d'égalité de traitement s'appliquant aux assurances et aux retraites qui sont privées, volontaires et non liées à la relation de travail.

⁴⁶ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1998, aff. C-249/96, *Grant*, Rec. 1998, p. I-621.

⁴⁷ *Journal Officiel*, n° L 373 du 21 décembre 2004, 37-43.





Les États membres devraient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la Directive au plus tard le 21 décembre 2007⁴⁸.

E. Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale

La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est consacrée par la Charte dans son article 33, parmi les droits sociaux. Une première initiative communautaire en la matière a été la recommandation 92/241/CEE du Conseil du 31 mars 1992, concernant la garde des enfants⁴⁹. La Directive 96/34/CE du 3 juin 1996⁵⁰ contient des prescriptions minimales concernant le congé parental, codifiées en forme d'accord-cadre adopté auparavant par les organisations interprofessionnelles européennes (UNICE, CEEP, CES)⁵¹. La Directive 97/81 du 15 décembre 1997 met en œuvre un accord-cadre excluant toute forme de discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel⁵².

F. L'action positive

Le système de protection communautaire de l'égalité dans le domaine de l'emploi a un caractère largement opératoire, mais, en dépit de ça et à travers lui, il apparaît insuffisant en ce qui concerne la revendication féminine à l'égalité des chances. Ici, il n'existe pas de droit général de créance opposable aux autorités politiques. Il faudrait des actions telles que les quotas de femmes et des primes/sanctions financières pour l'embauche des femmes, pour établir

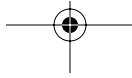
⁴⁸ Article 17, paragraphe 1 de la directive.

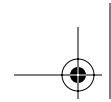
⁴⁹ *Journal Officiel*, n° L 123 du 8 mai 1992, 16-8.

⁵⁰ *Journal Officiel*, n° L 145 du 19 juin 1996, 4-9.

⁵¹ Il est à noter que peu d'hommes prennent un congé parental ou travaillent à temps partiel : 7,4 % contre 32,6 % pour les femmes. Voir p. 7 de la Communication de la Commission européenne sur la feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 1^{er} mars 2006, <http://ec.europa.eu/employment_social/news/2006/mar/com06092_roadmap_fr.pdf>.

⁵² *Journal Officiel*, n° L 14 du 20 janvier 1998, 9-14.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

l'égalité réelle à la place de l'égalité formelle et la stimulation de la participation des femmes dans la vie politique et du travail.

Il a parfois été reproché à la Cour de justice d'être peu sensible à l'exposition du problème : un manque de raisonnement peut créer parfois une ambiguïté indésirable de la jurisprudence. Dans l'affaire 318/86⁵³, la Cour a jugé condamnable qu'un État membre – la France – accorde une priorité, dans l'accès à la fonction publique, aux candidates féminines dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées (personnel de direction, technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, ainsi que la police nationale française). Cet arrêt de la Cour a beaucoup été critiqué⁵⁴, la Commission européenne a même adopté une communication⁵⁵ interprétant la jurisprudence dans le sens où elle prohibe seulement que les États membres donnent une priorité absolue et inconditionnelle à des femmes. L'admissibilité d'action positive est maintenant contenue dans le paragraphe 4 de l'article 141⁵⁶.

Derrière cette ambiguïté se cache en effet une certaine ambivalence envers les actions positives qui risquent d'être moins appréciées par les candidats masculins. Dans son arrêt *Marschall*⁵⁷ du 11 novembre 1997, la Cour de justice a déclaré que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la

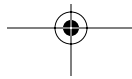
⁵³ C.J.C.E., arrêt du 30 juin 1988, aff. 318/86, *Commission c. France*, Rec. 1988, p. 3559.

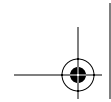
⁵⁴ Voir Jean-Claude BONICHOT, (1988) *Revue française de droit administratif*, 979-85; PETITI, *Gazette du Palais* 1989, III Doct. p. 2-5.

⁵⁵ Bull. CE 1996.3, p. 2.

⁵⁶ Avant ça, la Cour de justice, dans l'affaire *Kalanke*, a aussi dénoncé le fait d'accorder automatiquement aux femmes une priorité absolue et inconditionnelle sans pour autant condamner la mise en œuvre d'actions positives en général. Cet arrêt a fait l'objet d'une communication interprétative de la Commission adoptée le 27 mars 1996. C.J.C.E., arrêt du 17 octobre 1995, aff. C-450/93, *Kalanke*, Rec.1995, p. I-305.

⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1997, aff. C-409/95, *Marschall*, Rec. 1997, p. I-6363.





vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, qu'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.

Dans cette affaire, la Cour a rassuré les États membres en précisant qu'une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'acceptable 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 accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.

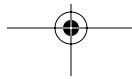
Cette interprétation de l'admissibilité des actions positives est toujours valide comme une interprétation de l'article 141, paragraphe 4 CE. En fin de compte, une femme ne peut être privilégiée quand un candidat masculin est objectivement préférable. En fait, plusieurs États membres de l'Union encouragent les entreprises à embaucher plus de femmes⁵⁸.

La Cour de justice a ensuite eu à juger de la conformité au droit communautaire de plusieurs types de dispositions nationales instaurant une sorte de « discrimination positive » en faveur des femmes. Dans l'affaire *Badeck*⁵⁹, elle a jugé que le principe d'égalité ne s'oppose pas à :

- des mesures de promotion professionnelle qui, à qualifications égales entre travailleurs de sexe différent, donnent une priorité aux femmes candidates dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées ;

⁵⁸ BURKE et NYAMDWI étudient les cas des Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède. Voir le site <travail.hrde-drhc.gc.ca/psait_spila/pet_wep/eecb1_emeca1/index.cf>.

⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 28 mars 2000, aff. C-158/97, *Badeck.*, Rec. 2000, p. I-1875, points 38, 44, 55, 63, 66 et disp.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

- des mesures prévoyant un pourcentage minimal de personnel féminin en rapport avec le pourcentage de diplômées parmi elles, pour l'accès à des postes temporaires du secteur scientifique et à des postes d'auxiliaires scientifiques ;
- des mesures réservant aux femmes au moins la moitié des places de formation si ces mesures ont pour but d'éliminer la sous-représentation des femmes dans des professions qualifiées ;
- des mesures garantissant aux femmes la convocation à des entretiens d'embauche dans des secteurs où elles sont sous-représentées – à condition qu'elles remplissent les critères requis en termes de qualification ;
- des mesures organisant une représentation paritaire dans les organes représentatifs des travailleurs ainsi que dans les instances d'administration et de contrôle.

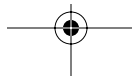
À noter que la préférence de femmes sous le deuxième tiret mentionné est en jeu seulement à qualifications égales :

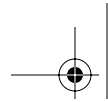
ce n'est qu'au cas où la qualification ne permet pas de départager une candidate d'un candidat qu'il convient d'opter en faveur de la candidate dès lors que cela s'avère nécessaire pour respecter les objectifs du plan de promotion en cause et qu'aucun motif juridiquement supérieur ne s'y oppose.⁶⁰

Caruso explique l'étendue de l'admissibilité d'action positive : elle n'inclut pas l'action affirmative⁶¹. L'action positive cherche à « dégager le champ » pour tous. Elle favorise des catégories discriminées d'individus en leur permettant d'entrer en compétition, mais elle ne leur garantit pas la victoire. Elle consiste en un nombre de techniques importantes comme des chances à la formation et à l'éducation, qui impliquent de la redistribution ou de la diversion de ressources d'un groupe à l'autre. Mais ces techniques sont impulsées seulement pour permettre un franc jeu. L'action positive acceptée par la Cour de justice, en d'autres mots, est inspirée par l'objectif de l'égalité matérielle, qui demande que des situations dissimilaires ne peuvent être traitées de manière égale. Mais la

⁶⁰ Point 33 de l'arrêt précité.

⁶¹ Voir l'œuvre précité de Caruso, *op. cit.*, note 8, p. 9.





situation de personnes qui ne se trouvent pas dans les catégories protégées ne se complique jamais.

Dans l'affaire *Abrahamsson*⁶², la Cour s'est opposée à une réglementation suédoise selon laquelle un candidat à un emploi public du sexe sous-représenté possédant des « qualifications suffisantes » pour cet emploi doit être choisi prioritairement à un candidat de sexe opposé. Cette réglementation contenait une règle correctrice : elle ne s'appliquait pas si la différence entre les mérites respectifs des candidats n'était pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement. Les questions avaient été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Madame Abrahamsson et Monsieur Anderson à Madame Fogelqvist au sujet de la nomination de cette dernière comme professeure en sciences de l'hydrosphère à l'Université de Göteborg. Dans la mise en œuvre du programme suédois d'action affirmative, de hauts critères académiques avaient été appliqués. Selon la Cour suédoise, l'Université avait objectivement considéré la qualité des candidats et la nécessité de promouvoir l'égalité des sexes dans l'enseignement universitaire⁶³. Pourtant, la Cour européenne n'a pas accepté le raisonnement, entre autres parce que dans la réglementation suédoise il n'y avait pas de clause protectrice pour les candidats masculins et elle était disproportionnée. Ce cas est donc une autre illustration que, pour la Cour de justice, la préférence pour des candidats féminins ne fonctionne pas normalement dans des conditions de qualifications suffisantes, mais seulement dans le cas de qualifications égales.

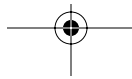
The female candidate must be as good as her male competitor. At that point only, rather than tossing a coin, University deans can use gender as a basis for their final decision.⁶⁴

La Cour n'a pas encore eu à se prononcer explicitement sur les actions positives à l'égard des femmes qui vont à l'encontre d'autres

⁶² C.J.C.E., arrêt du 6 juillet 2000, aff. C-407/98, *Abrahamsson*, Rec. 2000, p. I-5539.

⁶³ *Id.*, point 25 de l'arrêt.

⁶⁴ D. CARUSO, *op. cit.*, note 8, p. 10.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

groupes. Elle n'a pas eu non plus⁶⁵ à se prononcer sur les actions positives en matière d'enseignement.

Il s'ensuit qu'en Europe l'égalité des chances est une aspiration politique légitime pour les femmes, mais ce n'est pas un droit acquis. Ici aussi, les politiques des États membres varient⁶⁶.

G. Vers l'égalité dans tous les domaines

Hélas, pour trop de femmes, le désavantage ne concerne pas simplement leur situation d'emploi. L'émancipation réelle comporte des aspects relatifs à la sphère privée autant que publique. Tant qu'une femme sur cinq sera victime de violence domestique ou tant qu'en pratique les femmes supportent toujours 80 % des tâches et des soins aux enfants, l'égalité des hommes et des femmes dans la société est illusoire. Pour cette raison, le Lobby européen des femmes (LEF) a proposé un prototype de directive communautaire sur la mise en œuvre de l'égalité entre femmes et hommes en dehors de l'emploi⁶⁷.

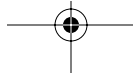
Le LEF insiste pour que cet instrument couvre tous les domaines, notamment : la participation paritaire à la prise de décision ; l'accès aux biens et aux services ; la fiscalité ; le droit à la conciliation de la vie familiale et professionnelle ; la protection sociale, la sécurité sociale, les avantages sociaux et les soins de santé non liés à l'emploi et la lutte contre l'exclusion sociale ; l'éducation ; les violences familiales et sociétales envers les femmes ; la santé ; le traitement de l'image des femmes et des hommes dans la publicité et les médias ; le nom de famille.

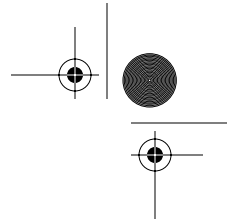
Nous avons vu que le droit européen contient aujourd'hui les moyens de remédier bon nombre de ces matières en présence de volonté. La Commission européenne est bien consciente de ces problématiques, mais une proposition de directive comme celle

⁶⁵ Marc BELL, « Managing Diversity : Non-Discrimination and the European Union », (2002) 15 *EUSA Review* 7, 8.

⁶⁶ Pour plus de détails, voir l'œuvre précitée de BURKE et NYAMDWI sur le site <travail.hrhc-drhc.gc.ca/psait_spila/pet_wep/eecb1_emeca1/index.cf>.

⁶⁷ Pour une synthèse, voir <<http://www.womenlobby.org>>.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

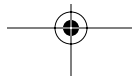
suggérée par le LEF, bien que « promise » par la Commission dans un rapport annuel de 2001, n'a pas encore été initiée⁶⁸. L'unanimité requise et le scepticisme de certains sur la nécessité d'action au niveau communautaire s'ajoutent à un manque de vision sur la direction à suivre, ce qui rend la prise de décision difficile.

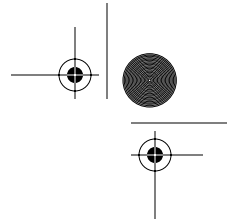
Cependant, les discours politique et juridique ont bien changé depuis les débuts de la Communauté européenne. Depuis que le Traité de Maastricht de 1992 introduisait un élément d'intégration politique dans une Communauté auparavant essentiellement économique, le Conseil européen a confirmé sa volonté de voir réaliser des progrès dans la promotion de l'égalité des chances par l'adoption d'une série de résolutions et de recommandations concernant aussi l'intégration de l'égalité des chances dans les fonds structurels et la participation équilibrée des hommes et des femmes dans la prise de décision (Conseil européen de Dublin, 13-14 décembre 1996). Le Parlement européen a apporté un fort soutien à cette problématique, en particulier depuis la création, en 1984, d'une Commission parlementaire des droits des femmes. Considérant que l'application des lois ne peut à elle seule suffire à promouvoir l'égalité des chances dans les faits, la Commission s'est efforcée, à travers des programmes d'action pluriannuels successifs conçus et mis en œuvre en partenariat avec les États membres, de promouvoir des actions concrètes visant à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes. Curieusement, l'égalité de traitement n'a été explicitement introduite comme objectif de la Communauté que par le Traité d'Amsterdam de 1999 (article 3(2)). Avec ce changement, la politisation du principe de l'égalité est complète.

La Commission européenne, avec l'aide d'un groupe d'experts européens, a aussi établi un site web⁶⁹ qui montre que les aspirations politiques au niveau européen d'aujourd'hui vont bien au-delà de l'égalité des rémunérations qui était la seule préoccupation aux débuts : au sein de matières dressées par le prototype de direc-

⁶⁸ Gracia Vara ARRIBAS et Laura CAARASCO, « Gender Equality and the EU, an Assessment of the Current Issues », *EIPA Scope* 2003/1, 22-30, 23.

⁶⁹ Voir <http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights/experts_fr.html>.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

tive mentionné ci-dessus on trouve, entre autres, une reconnaissance grandissante du rôle de la femme dans le contexte du développement international. Ceci démontre que l'Union européenne en tant que système politique, culturel et identitaire est en train de mûrir.

Dans le cadre de son programme d'action communautaire à moyen terme (1996-2000), l'Union européenne a lancé l'idée de « mainstreaming » (approche intégrée de l'égalité ou politique « transversale »), aux fins d'intégrer l'égalité des chances dans la définition et dans la mise en œuvre des politiques pertinentes, aux niveaux communautaire, national et régional⁷⁰. La politique d'approche intégrée de l'égalité n'est pas un remède⁷¹, mais une contribution à une solution, car elle aide à savoir où sont les problèmes. Elle fait ressortir que ceux-ci sont bien situés dans toutes les politiques, y compris celles relatives à l'éducation et l'accès à l'information, comme la collection de statistiques convenables, la distribution de l'information, les structures pour leur évaluation et le suivi des changements proposés.

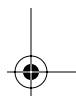
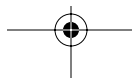
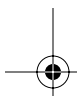
Une approche intégrale est certainement désirable vu la fragilité de la politique d'égalité, mais elle ne garantit pas l'unanimité de positions nécessaires pour trouver une réponse aux multiples discriminations – dont les femmes en représentent une⁷². L'approche intégrée n'est donc pas si intégrée que ça. L'Union européenne n'a pas encore développé une vision d'ensemble ou une politique compréhensive de non-discrimination⁷³. C'est aussi une raison pour laquelle des études internationales sont d'une immense valeur.

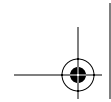
⁷⁰ Fiona BEVERIDGE, Sue NOTT and Kylie STEPHEN (eds), *Making Women Count: Integrating Gender into Law and Policy-Making*, Aldershot, Ashgate, 2000. Sonia MAZEY, *Gender Mainstreaming in the EU: Principles and Practice*, Kogan Page, London, 2001. ODD ANDERS WITH, « An Insider's View. Making Mainstreaming a Natural Part of an Administration's Policies: Setting Realistic Targets », 2003/1 *EIPAScope*, 31-3.

⁷¹ Sonia MAZEY, « The Development of EU Gender Policies: Toward the Recognition of Difference », (2002) 15 *EUSA Review* 1, 3.

⁷² *Idem.*

⁷³ M. BELL, *loc. cit.*, note 65, 8. Theresa WOBBE, « Institutionalisierung von Gleichberechtigungsnormen im supranationalen Kontext: Die EU-Geschlechterpolitik », (2001) 41 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und*





IV. L'ÉGALITÉ DES SEXES DANS L'UE DES 27

Amanda Sloat⁷⁴ a étudié la mise en œuvre de l'*acquis communautaire* de l'égalité de traitement par les pays de l'Europe centrale. Bien que le saut vers l'Europe des 25 a pris effet le 1^{er} mai 2004, le Conseil européen de Copenhague exigeait d'eux la mise en œuvre au complet de l'acquis avant leur adhésion. La recherche couvre les 8 « PECO » qui ont adhéré en 2004, les trois pays baltiques (Estonie, Lettonie, Lituanie), l'Europe centrale (Hongrie, Pologne, République tchèque, Slovaquie) et la Slovénie, ainsi que les deux PECO de l'Europe orientale (Bulgarie et Roumanie), qui ont adhéré avec effet le 1^{er} janvier 2007⁷⁵. Pour pouvoir mesurer l'impact de l'adhésion sur l'égalité de traitement, la situation législative et administrative au moment du collapse du communisme, 1989 a été comparé à 2004 en ce qui concerne la mise en œuvre des principales directives qui constituent l'acquis de l'égalité de traitement. Selon l'auteure, il résulte que la position de la femme dans les nouveaux États membres est améliorée en droit, mais moins en fait. Les résultats de sa recherche ont été confirmés par des rapports ultérieurs⁷⁶, en particulier les rapports réguliers du Bulletin questions juridiques d'égalité du réseau d'experts juridiques sur l'application du droit communautaire en matière d'emploi, d'affaires sociales et d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes⁷⁷.

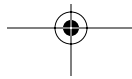
Sozialpsychologie, 332-355. Voir Theresa WOBBE, «From Protecting to Promoting: Evolving EU Sex Equality Norms in an Organisational Field», (2003) 9 *European Law Journal* 88.

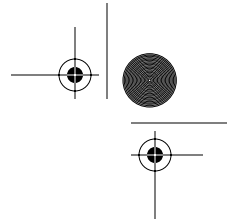
⁷⁴ Amanda SLOAT, «Legislating for Equality: The Implementation of the EU Equality Acquis in Central and Eastern Europe», *New York University School of Law, Jean Monnet Working Paper* 08/04.

⁷⁵ Ne sont donc pas étudiés Chypre et Malte.

⁷⁶ E.g., Open Society Institute, *Equal Opportunities for Women and Men. Monitoring Law and Practice in New Member States and Accession Countries of the European Union*, mai 2005.

⁷⁷ Voir <http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/docs/2006/bulletin06_3_fr.pdf> et <http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/legislation/bulletin_fr.html>.





A. L'état sur l'égalité des sexes dans les PECO : égalité formelle mais non matérielle

La recherche démontre que les législations socialistes de plusieurs PECO ont protégé la femme en vertu de leur « condition biologique » et pour ce motif, après les réformes de 1989, les privilèges des femmes ont été une source de discrimination. L'employeur privé trouvait l'emploi de femmes relativement coûteux, avec le résultat que les femmes ont connu un chômage majeur, ont éprouvé de la difficulté à trouver un emploi et ont souffert de la discrimination en termes de promotion et rémunération. Le plus souvent elles n'ont pas insisté dans la défense de leurs droits par peur de perdre leur emploi. La réforme post-1989 ainsi que l'harmonisation imposée par l'adhésion à l'Union européenne ont apporté des solutions à ces problèmes en renforçant le principe de l'égalité ainsi que la sécurité juridique⁷⁸.

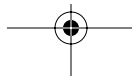
En général, les PECO ont bien mis en œuvre l'acquis communautaire en introduisant la législation nationale exigée. Parmi les améliorations les plus importantes (si effectivement appliquées par les autorités publiques), il faut compter que les droits sont prévus expressément par la législation et non seulement par les constitutions, que les hommes ont dorénavant droit au congé de paternité, et qu'en vertu du droit communautaire le fardeau de la preuve en cas de discrimination pèse sur l'employeur. Aussi, un système volontaire d'assurance retraite a été créé⁷⁹.

Néanmoins, les femmes se trouvent toujours dans une position désavantagée, en partie à cause de leur ignorance de la situation légale, la faiblesse du contrôle public et la rareté des recours en justice⁸⁰, ce qui fait que les femmes sont toujours le sexe sous-représenté et qu'elles sont désavantagées et souvent discriminées en milieu de travail.

⁷⁸ A. SLOAT, *loc. cit.*, note 74, 77.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ A. SLOAT, *loc. cit.*, note 74, 78, et références citées.





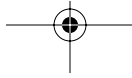
B. Un revirement ou un blocage de la législation européenne à l'avenir ?

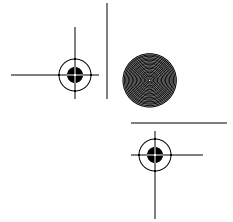
Les choix législatifs imposés par une entité extérieure du pays se révèlent moins attractifs que ceux « fait maison », spécialement s'ils résultent d'un processus démocratique impliquant le peuple concerné. Après leur adhésion, le poids combiné des PECO leur donne une possibilité d'influencer le contenu et l'étendue des obligations en vertu du droit communautaire. Aurait-on à craindre un revirement des politiques ou un blocage du progrès à l'avenir ? Cette possibilité a été soulevée, de façon générale, par Moravcik et Vachudova⁸¹.

Ces auteurs ont suggéré qu'après l'élargissement de l'Union avec les pays de l'Europe centrale et de l'est, le processus d'intégration ne pourrait que se ralentir considérablement, notamment parce que les pays concernés ont beaucoup sacrifié dans les négociations avec la Commission européenne. Selon eux, la Commission a mené les négociations d'adhésion sur la base du principe que l'adhésion serait beaucoup plus avantageuse pour les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) que pour les « États membres existants ». Ce raisonnement lui a permis d'imposer des conditions unilatérales, c'est-à-dire pratiquement sans aucune réelle négociation ou contrepartie. Les PECO ont ainsi été obligés d'adopter l'acquis communautaire – législation et jurisprudence communautaire – dans son ensemble, presque sans aucune exception ni période transitoire, tandis que les États membres anciens jouissaient de plusieurs périodes de transition en ce qui concerne les concessions de leur part (notamment en matière de libre circulation). L'acquis des directives en matière d'égalité de traitement a donc, lui aussi, été adopté.

Parce qu'il se peut que les conditions imposées par la Commission européenne surpassent la capacité d'absorption des pays can-

⁸¹ Andrew MORAVCSIK et Milada Anna VACHUDOVA, « Bargaining among Unequals. Enlargement and the Future of European Integration », (2002) 15/4 *EUSA Review*, 1-4. Des mêmes auteurs, « National Interest, State Power and EU Enlargement », (2003) 17 *East European Politics and Society*, 42.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

didats, aussi bien sur le plan économique que sur le plan politique, ces auteurs pensent que les nouveaux pays membres peuvent former une alliance avec pour but de renverser certaines décisions présentement défavorables pour eux.

Au niveau économique, ce raisonnement s'impose d'autant plus que ces pays se sont engagés en principe à rejoindre l'Union économique et monétaire et qu'ils doivent donc suivre un régime budgétaire qui leur impose de restreindre les dépenses publiques. Ils doivent s'abstenir de variations dans le taux d'échange pour remédier à des problèmes structurels ou conjoncturels.

Si en principe ce raisonnement est bien fondé, est-ce qu'on doit craindre un revirement des politiques d'égalité de l'Union ou un blocage en ce qui concerne l'égalité entre hommes et femmes ?

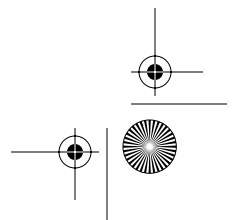
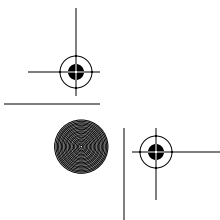
En réponse partielle, on peut observer que des difficultés économiques ou politiques au niveau national ne se traduisent pas nécessairement dans un renversement des politiques existantes au niveau de la Communauté, d'autant plus que cela serait mal reçu chez une portion importante de la population, les femmes⁸². De ce point de vue, on conçoit mal un revirement de la politique. On pourrait concevoir plus facilement une stagnation, ou un progrès moins poussé à travers l'harmonisation minimaliste.

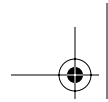
Mais d'autres options sont disponibles.

Par exemple, une action communautaire peut bien venir renforcer l'action d'États membres individuellement. Ainsi, rien ne fait obstacle à ce que des fonds soient rendus disponibles pour renforcer la position de la femme dans le cadre des politiques régionales ou autres, et soutenues par les fonds communautaires.

En plus, il y a, depuis le Traité de Nice, la possibilité d'introduction des coopérations renforcées. Nous traiterons de cette dernière

⁸² Il convient d'observer qu'un traitement différencié des sexes (qui n'est pas fondé sur des considérations objectives ou qui est basé purement sur des raisons économiques) est directement contraire au Traité CE, en particulier son article 141. Toute différenciation est en outre inadmissible si contraire aux principes généraux de droit, y compris ceux contenus dans les conventions multilatérales qui inspirent le droit communautaire.





option en premier car il s'agit d'un développement récent du cadre décisionnel conçu précisément pour faire progresser l'intégration après l'élargissement.

C. Une différenciation de l'intégration ?

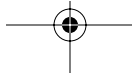
Le raisonnement exposé par Andrew Moravcsik et Milada Anna Vachudova pourrait inspirer à l'avenir dans certains domaines, des propositions d'instauration d'une « coopération renforcée »⁸³. La coopération renforcée est une procédure introduite par le Traité d'Amsterdam et ensuite améliorée par le Traité de Nice, qui permet d'utiliser les institutions de l'Union pour régler certaines matières pour un nombre limité d'États membres.

Si la capacité des PECO de soutenir davantage de progrès est épuisée, ces pays devront évidemment prioriser. Vu le coût global et soutenu de toutes les politiques introduites récemment dans les PECO au nom de l'acquis, les « coopérations renforcées » pourraient s'avérer indispensables pour faire avancer certains dossiers. Cela est d'autant plus vrai qu'une politique européenne plus poussée pourra se développer même sans le consentement explicite de tous les États.

À première vue, la prohibition de la discrimination entre les sexes dans certains États membres, mais faisant défaut dans d'autres, n'a pas de sens en tant que politique de la Communauté. Le fait d'avoir des différences entre les États membres peut s'expliquer, mais l'existence d'une politique communautaire explicite mais non harmonisée est moins directement compréhensible. Cela est certainement le cas quant à la discrimination ouverte entre les sexes.

En ce qui concerne la discrimination indirecte, qui peut être justifiable, la situation devient plus acceptable. Tel est le cas, par exemple, pour le traitement différencié des postes temporaires par rapport au travail permanent, ou encore pour le droit à la concilia-

⁸³ Nico GROENENDIJK, « Enhanced Cooperation: The Way Out or a Non-Starter ? », dans Nanette NEUWAHL et Stefan HAACK (dir.), *Unresolved Issues of the European Constitution: Rethinking the Crisis*, Montréal, 2007, p. 263-290.



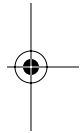


SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

tion entre travail et famille. Sans constituer une discrimination ouverte, une absence de droits affectera le plus souvent les femmes plutôt que les hommes. Le Traité CE contient les moyens pour rectifier de telles situations et pour aider à éliminer une telle discrimination. C'est dans de tels domaines législatifs qu'une stagnation des développements pourrait s'avérer si la possibilité de la coopération renforcée n'est pas prise en considération.

Ci-après, on examinera d'abord le principe et ensuite le cadre juridique des coopérations renforcées qui demandent entre autres qu'elles ne portent pas atteinte ni à l'acquis communautaire, ni aux droits fondamentaux qui font partie des principes généraux de droit et dont l'observation doit être garantie dans le respect du traité.

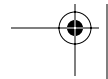
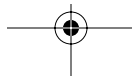
Deuxièmement, une différenciation informelle pourrait émerger des politiques des fonds structurels. Ceux-ci permettent le cofinancement de politiques régionales basées sur la discrimination positive : puisque les projets émanent des entités locales, les politiques locales importent et une harmonisation ne s'impose pas nécessairement. Ces aspects seront également analysés.



1. La coopération renforcée

La coopération renforcée est l'utilisation des institutions de l'UE par un nombre limité des États membres, avec la pleine information et la consultation de ceux qui ne participent pas. Même si l'histoire de l'intégration a connu plusieurs exemples de participation partielle (la politique sociale⁸⁴ du Traité de Maastricht, l'Union économique et monétaire, l'Espace de liberté, sécurité et justice), des dispositions générales sur la différenciation ont été introduites seulement avec le Traité d'Amsterdam. Les procédures ont ensuite été améliorées et surnommées « coopération renforcée ». Aujourd'hui, on trouve des dispositions générales sur la coopération renforcée

⁸⁴ Cette situation a été corrigée en juin 1997, lorsque le gouvernement travailliste britannique s'est engagé à adhérer aux dispositions sociales du Traité d'Amsterdam et d'accepter les directives adoptées sur la base du Protocole n° 14 du Traité de Maastricht et l'accord social y annexé.





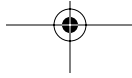
dans quatre endroits différents des Traités⁸⁵, bien que la partie centrale, qui contient la procédure normale, est contenue dans le Titre VII du TUE qui est consacré entièrement à ce sujet.

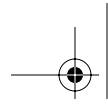
Ce n'était pas sans raison que les rédacteurs des traités ont œuvré pour l'amélioration des procédures. Quand le Traité de Nice devait préparer l'Union pour le « *big bang* » de l'élargissement, l'amélioration des procédures et de l'accès à cette facilité était un pas logique. Les coopérations renforcées étaient considérées comme un mécanisme du progrès dans tous les cas où les conditions minimales pour une action collective n'étaient pas atteintes, mais où le processus de décision au niveau de l'Union avait des avantages en comparaison avec l'action d'un ou plusieurs États en dehors du cadre de l'Union. Les dispositions ne sont peut-être pas encore optimales mais, spécialement en vue du processus de décision compliqué depuis le 1^{er} mai 2004, elles constituent une addition bienvenue à l'arsenal de stratégies de prise de décisions de l'Union en temps de blocage ou en temps de besoin.

La rédaction de l'article 43A UE⁸⁶ démontre clairement que la participation de tous les États membres à la coopération renforcée est préférable, il s'agit d'un remède de dernier ressort, accessible que lorsqu'il apparaît que les objectifs ne peuvent pas être atteints dans un temps raisonnable en appliquant les procédures normales du Traité. Dans le cadre du Traité CE, les articles 11 et 11a EC prévoient la procédure générale à suivre dans des matières comme la discrimination sexuelle, qui sont gouvernées par ce traité. Elle requiert une initiative de la Commission, une majorité dans le Conseil des ministres de l'Union et, dans certains cas, l'approbation du Parlement européen. Le Conseil européen, organe politique supé-

⁸⁵ Art. 11 et 11A CE (Premier pilier), art. 27A, 27 B, 27 C, 27 D, 27E (Deuxième pilier), art. 40, 40A et 40B (Troisième pilier) et, généralement, les art. 43, 43A, 43B, 44, 44A, 45 UE.

⁸⁶ Art. 43A UE, inséré par le Traité de Nice prévoit que : « Les coopérations renforcées ne peuvent être engagées qu'en dernier ressort, lorsqu'il a été établi au sein du Conseil que les objectifs qui leur sont assignés ne peuvent être atteints, dans un délai raisonnable, en appliquant les dispositions pertinentes des traités ».





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

rieur de l'Union, peut être impliqué à la requête du Conseil des ministres (affaires sociales).

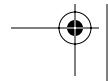
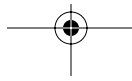
Rideau suggère que l'évaluation des coopérations renforcées requière un test multiple dans lequel la condition de la subsidiarité de l'article 5 EC doit, elle aussi, être remplie : d'abord il faut établir que l'action par la Communauté est préférable à l'action par les États membres (individuellement ou collectivement), ensuite, il faut établir que l'action impliquant tous les États membres ne peut être atteinte en une période raisonnable⁸⁷.

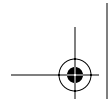
L'utilisation du cadre de l'Union implique que le Conseil des ministres et le Parlement européen participent pleinement et au complet dans les délibérations, mais dans le premier organe, seuls les représentants des États membres qui participent à la coopération renforcée prendront les décisions pour la mettre en œuvre. La caractéristique principale de cette forme de prise de décision est l'adaptation des votes au sein du Conseil, aux fins de refléter la proportion que tous les États membres participants devraient avoir dans les procédures de décision normale. Pour le reste, les institutions joueront le même rôle que celui joué normalement dans le développement des politiques de l'Union. Ainsi sont garantis l'équilibre institutionnel, l'implication de toutes les parties intéressées et le contrôle démocratique. Cela étant dit, les décisions lieront seulement les membres participant qui, sauf disposition contraire, supportent les coûts résultant de la mise en œuvre de la coopération renforcée⁸⁸.

La question de savoir si la coopération renforcée peut concerner une action unique, telle l'adoption d'une directive, n'est pas claire. Il en est de même concernant son utilisation dans une forme plus structurée, pour organiser prospectivement la prise de décision récurrente dans un domaine particulier. Il n'y a pas d'indications dans les Traités d'Amsterdam ou de Nice sur cette question et il n'y a pas de raison appelant la préférence d'une conception plutôt que d'une autre.

⁸⁷ Joël RIDEAU, *Union européenne, Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, (2003) *L.G.D.J.*, p. 100-102.

⁸⁸ Voir art. 44A EU.





Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de demande formelle des États membres à la Commission pour l'initiation d'une procédure de coopération renforcée, mais la possibilité a été envisagée à diverses reprises. Le mécanisme a déjà été utilisé par la présidence de l'Union comme un « bâton » pour inciter des États réticents à agir. Ainsi, la « menace » d'utiliser la coopération renforcée a aidé à mettre fin à une situation d'échec à au moins trois occasions différentes pendant l'année 2001 : dans le cas de l'adoption du règlement sur la société européenne⁸⁹, la directive sur les comités d'entreprise⁹⁰ et l'action jointe sur le mandat d'arrêt européen⁹¹.

2. Les conditions de la différenciation

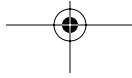
Le cadre juridique de la coopération renforcée contient un certain nombre de conditions qui doivent être examinées de plus près. Parmi les « 10 commandements » de l'article 43 UE, quelques-uns semblent exclure l'application de la procédure au domaine pris en considération.

L'article 43, paragraphe (d) exige que la coopération renforcée reste dans le cadre des limites des pouvoirs de l'Union ou de la Communauté ; le paragraphe (e) demande que la coopération ne porte pas atteinte au marché intérieur tel que défini dans l'article 14(2) CE, ni à la cohésion économique et sociale établie conforme au Titre XVII de ce Traité. En vertu du paragraphe (f), la concurrence entre États ne peut pas être faussée.

⁸⁹ Eric PHILLIPPART, « Optimising the Mechanism for “Enhanced Cooperation” within the EU: Recommendations for the Constitutional Treaty », *CEPS Policy Brief* n° 33, May 2003.

⁹⁰ *Ibid.* Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs. *Journal Officiel*, n° L 254 du 30 septembre 1994, 64–72.

⁹¹ Jörg MONAR et Nanette NEUWAHL, « The EU's Response to International Terrorism after 11 September 2001 », dans S. BRUNING (dir.), *Rethinking Globalisation: Critical Perspectives*, Winnipeg, 2002, 33-42.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

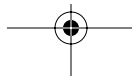
Si ces conditions et les autres exigences pertinentes sont remplies, il n'existe pas de raison s'opposant à ce que la coopération renforcée soit utilisée ou bien en tant qu'incitation à agir pour tous les États membres ou bien, dans l'absence d'un consensus, comme force d'attraction pour un nombre croissant de participants.

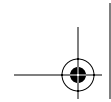
La compétence de la CE : En vertu de l'article 43(d) UE, il faut que le domaine de la coopération renforcée soit dans la compétence (non exclusive) de la CE. La compétence de la Communauté pour régler la condition de la femme n'est pas disputée. Mais, comme expliqué auparavant, encore faut-il que la condition de la subsidiarité soit remplie. Par exemple, dans la directive concernant l'accord-cadre sur le congé parental qui prévoit des normes minimales, la Communauté considère que les objectifs de la directive ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire. Aussi, la directive se limite au minimum requis pour atteindre ces objectifs et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin⁹². L'exercice d'une compétence pour unifier l'action positive pourrait être bien plus controversé⁹³.

La coopération n'affecte ni le marché intérieur ni la cohésion sociale : L'article 43 UE exige dans son paragraphe (e) que le marché intérieur, tel que défini dans l'article 14(2) CE, ne sera pas affecté, ni la cohésion économique et sociale établie conformément au Titre XVII de ce Traité. On peut avancer la thèse selon laquelle les mesures considérées n'ont pas d'effet sur le marché unique et qu'elles n'interfèrent pas avec l'attribution des compétences en vertu de l'article 14(2). La condition de ne pas affecter la cohésion sociale semble en pratique être peu problématique dans le domaine concerné. Ainsi, le Conseil estime, par exemple, que les conditions minimales sur le congé parental peuvent contribuer à la

⁹² Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES. *Journal Officiel*, n° L 145 du 19 juin 1996, 4-9. Préambule, paragraphe 12.

⁹³ Voir Daniel Thym, « The Political Character of Supranational Differentiation », (2006) 31 *European Law Review* 781.





convergence économique et sociale⁹⁴. La participation partielle ne fait pas entièrement obstacle à l'atteinte de cet objectif.

La distorsion de la concurrence : À première vue, tout arrangement imposant des obligations pour certains États membres seulement, à l'exclusion des autres ainsi que de leurs ressortissants, faussera la concurrence entre ces économies. Mais il est vrai tout de même que la coopération renforcée ne mène pas à une situation aggravée par rapport à celle existante. Ainsi apparaît-il que la distorsion de la concurrence n'est pas causée par la coopération plus poussée entre un nombre limité d'États.

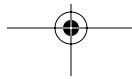
En conclusion, la coopération différenciée ne pourra pas être exclue dans le domaine de la lutte contre la discrimination.

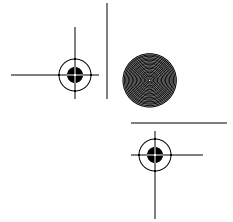
3. La différenciation informelle

La différenciation ne doit pas toujours être décidée par voie explicite. Elle peut aussi être d'origine informelle. Tout comme la coordination entre les États membres peut provoquer une harmonisation spontanée, elle peut aussi mener à une différenciation de nature plus ou moins spontanée.

Plus particulièrement, une différenciation peut trouver son origine dans l'orientation et l'emploi des fonds structurels. Les fonds structurels sont le Fonds social européen (FSE), le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), le Fonds européen de développement régional (FEDER) et l'Instrument financier d'orientation de la pêche (IFOP). Leur mission est de réduire les écarts entre les niveaux de vie des peuples et des régions de l'Union européenne. Le FSE est le principal instrument financier de la stratégie européenne pour la création d'emplois et de la formation des travailleurs en phase avec les exigences du marché de l'em-

⁹⁴ Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES. *Journal Officiel*, n° L 145 du 19 juin 1996, 4-9. Préambule, paragraphe 9.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

ploi⁹⁵. Le Fonds régional est consacré à des projets relatés à des régions à développement retardé, ou en difficultés structurelles.

L'intégration de l'égalité des chances dans les fonds structurels date du Conseil européen de Dublin (13-14 décembre 1996). Puisque les fonds opèrent à travers un système de cofinancement, les politiques nationales différentes ainsi que l'initiative des parties privées influent sur la diversification. Ainsi, les fonds structurels amplifient les actions au niveau national ou régional et aident le progrès.

D. Feuille de route pour l'égalité entre femmes et hommes 2006-2010

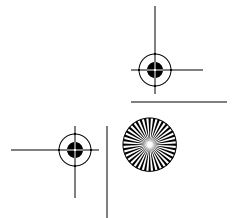
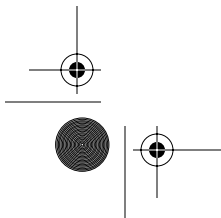
La Commission dans sa « Feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010 »⁹⁶ prévoit la révision de la législation en vigueur en matière d'égalité afin de s'assurer que toute la législation est actualisée et en mesure d'offrir le meilleur cadre possible pour garantir l'égalité des chances pour les femmes et les hommes dans l'ensemble de l'UE.

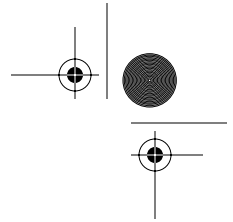
Comme on peut l'observer à l'occasion de l'élaboration de la directive de 2006⁹⁷, la Commission européenne est prête à mesurer

⁹⁵ Le Conseil européen de Luxembourg, 1997, a défini comme suit les quatre piliers de la stratégie européenne pour l'emploi : l'employabilité des demandeurs d'emploi ; l'esprit d'entreprise ; l'adaptabilité des entreprises et des salariés aux mutations économiques et technologiques ; l'égalité des chances.

⁹⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : *Une feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010*, Bruxelles, le 1^{er} mars 2006, COM (2006) 92 final. Voir le site web, *supra*, note 52.

⁹⁷ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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), *Journal Officiel*, n° L 204 du 27 juillet 2006, 23-36. Voir *supra*, section II.





l'impact de ses directives sur les nouveaux États membres⁹⁸, ce qui témoigne de son attention particulière pour la cohérence de sa politique sociale. On peut en outre constater que les problèmes ne sont pas toujours des problèmes de divergence de législation.

La Commission dans sa feuille de route pour 2006-2010 prévoit également de contribuer à la création d'une nouvelle agence européenne pour l'égalité entre les femmes et les hommes, d'accroître la sensibilisation à l'inégalité entre les sexes, de garantir la prise en compte de la spécificité des sexes dans toutes les politiques et de réclamer de meilleures statistiques.

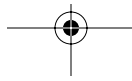
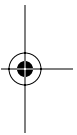
Ainsi, la Commission se propose, entre autres, d'apporter une solution au problème des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, à contribuer à une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, à éliminer la violence et le trafic d'êtres humains, à encourager l'intégration de la dimension de genre dans l'élaboration des budgets et à promouvoir l'égalité entre les sexes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'UE.

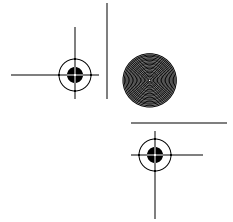
Les développements institutionnels proposés dans la Feuille de route pour 2006-2010 sont d'une importance non négligeable.

L'Agence pour l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sera chargée de collecter des données sur la problématique de l'égalité homme/femme, ce qui aidera les États membres et l'Union à mettre en place des politiques adéquates. L'agence devra commencer à fonctionner en 2007, année proclamée « année européenne de l'égalité des chances », et sera située dans la capitale lituanienne Vilnius. Elle emploiera une cinquantaine de personnes, avec un budget de 55 millions d'euros pour les sept premières années.

En outre, un nouveau réseau d'organismes nationaux s'occupant de questions d'égalité entre les genres sera créé conformé-

⁹⁸ Voir Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper : Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation. Extended Impact Assessment. SEC (2004) 482, Bruxelles, le 21 avril 2004, p. 21-22.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

ment aux dispositions de la Directive 2002/73 sur l'égalité des sexes dans l'UE. Ce réseau encouragera, analysera, surveillera et combattra toute forme de discrimination fondée sur le sexe dans les États membres, en apportant de l'aide aux victimes de discrimination et en les soutenant dans leur procédure de recours en justice.

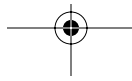
Il est à noter que la Commission se propose certaines cibles bien précises⁹⁹ et prévoit une liste détaillée (non exhaustive) d'indices développés en coopération avec les États membres et Eurostat, en conformité avec les exigences de la plateforme d'action dite de Pékin, qu'elle utilisera pour mesurer le progrès sur la feuille de route jusqu'à 2010¹⁰⁰.

V. ÉVALUATION ET CONCLUSIONS

Au sein de l'Union européenne, le « centre », c'est-à-dire la Communauté européenne, a clairement influencé et continue à influencer le progrès dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, bien que plus dans certains domaines que dans d'autres et pas toujours en sens unique. Des avancées sensibles ont été atteintes notamment en ce qui concerne l'égalité des rémunérations, bien que des exceptions persistent toujours et ont

⁹⁹ Conformément aux objectifs d'emploi de Lisbonne, le taux d'emploi des femmes doit atteindre 60 % d'ici 2010. Actuellement, il est de 55,7 %. Le taux de chômage des femmes est de 9,7 %, contre 7,8 % pour les hommes (p. 4 de la Communication). Conformément aux objectifs de Barcelone, les structures de garde d'enfants doivent être fournies, d'ici à 2010, pour au moins 90 % d'enfants âgés de 3 ans et plus, jusqu'à l'âge de la scolarité obligatoire, et pour au moins 33 % d'enfants de moins de 3 ans (p. 7 de la Communication). Bien qu'il n'y a pas de cibles précises pour la réduction de l'écart entre les rémunérations et l'indépendance économique, il est noté avec préoccupation qu'aujourd'hui dans toutes les professions et groupes les femmes gagnent en moyenne 15 % de moins que les hommes. Aussi, en moyenne, les femmes forment 30 % des entrepreneurs dans l'UE (p. 4 de la Communication).

¹⁰⁰ Annexe I à la Communication, p. 15-18 (disponible en langue anglaise seulement). Au sujet des pièges de l'évaluation du progrès, voir R. Amy ELMAN, « Our European Enigma : Assessing Progress », (2002) 15/3 *EUSA Review* 4.





même été intégrées dans la législation communautaire. Des discriminations apparentes sont en fait admissibles quand elles sont justifiables par référence à des facteurs objectifs, n'incluant pas des considérations économiques. La législation communautaire a aussi apporté une harmonisation des systèmes sociaux nationaux introduisant plus d'égalité de traitement du point de vue social.

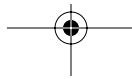
La Communauté européenne est moins avancée en ce qui concerne la conciliation du travail et la famille, qui est toujours un problème actuel pour beaucoup de femmes. Le domaine n'étant pas harmonisé, il y a des différences entre les législations nationales. Il faut noter que la famille est toujours la pierre angulaire de la conception de chaque société européenne. Est-ce qu'on peut en conclure que, bien que les politiques sociales se concentrent sur cette entité, les êtres humains individuels comptent moins¹⁰¹ ?

L'égalité des chances et la participation sont des domaines relativement nouveaux sur l'échelle de l'Union. Les actions positives tant nécessaires ne sont pas acceptées par tous, ce qui emporte des inégalités entre les États membres et des inégalités entre citoyens européens.

On peut vouloir suggérer que le point central de la citoyenneté européenne n'est pas une protection sociale égale dans toute la Communauté, mais plutôt la liberté de circulation qui assure que les électeurs et électrices peuvent « voter avec leurs pieds ». Mais cela présuppose une base de liberté déjà qui n'existe pas pour toutes les femmes. Y a-t-il vraiment tant de choix quand on est confronté(e) aux soins d'une famille ? Pour beaucoup de raisons, les femmes sont souvent encore moins éduquées et moins informées ; la participation des femmes est inférieure à celle des hommes dans la vie politique et la pauvreté est encore plus répandue chez les femmes, spécialement dans des groupes minoritaires.

Les revendications des hommes et femmes semblent exercer une pression vers le bas sur les systèmes sociaux. La jurisprudence de la Cour de justice complique déjà les discussions sur la réforme

¹⁰¹ Voir aussi, C. MCGLYNN, « Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law », (2000) 6 *European Law Journal* 29.





SOMETHING IN THE WAY SHE MOVES

du système social européen, qui semble encore être devenue plus urgente en connexion avec l'élargissement de l'UE, même si, à la longue, un marché plus grand devrait comporter un bien-être plus grand pour tous – et toutes. L'élargissement ne laisse pas, à brève échéance, espérer un grand pas en avant du point de vue social mais, si besoin en est, le Traité de Rome laisse entrevoir des solutions différenciées dans ce domaine.

