

Droit communautaire sur les justifications de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle

Tamara K. Hervey, Université de Nottingham, RU
Tamara.Hervey@nottingham.ac.uk

Index

| | | |
|-------|--|-----|
| A | Introduction | 103 |
| B | Discrimination directe fondée sur le sexe | 106 |
| | Standard de justification | 106 |
| | Motifs substantiels | 107 |
| | 1. Authenticité artistique et nécessité culturelle | 107 |
| | 2. Décence et protection de la vie privée | 108 |
| | 3. Sûreté ou sécurité | 109 |
| | 4. Grossesse et maternité/paternité | 110 |
| | 5. Action positive | 119 |
| C | Discrimination indirecte fondée sur le sexe | 123 |
| | Standard de justification | 123 |
| | Motifs substantiels | 126 |
| | 1. Justifications liées à l'emploi | 126 |
| | 2. Justifications liées à l'entreprise | 129 |
| | 3. Justifications liées à l'intérêt public | 133 |
| D | Discrimination judiciaire non justifiable | 141 |
| E | Conclusions | 141 |
| Notes | | 142 |

Droit communautaire sur les justifications de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle

Tamara K. Hervey, Université de Nottingham, RU

A Introduction

La justification de la discrimination fondée sur le sexe devient de plus en plus importante car le 'principe général' de non-discrimination à raison du sexe (parmi d'autres motifs) devient la norme acceptée dans les sociétés occidentales, y compris au sein de la Communauté européenne. Dans certaines circonstances, des décisions, pratiques ou politiques qui sont discriminatoires sur la base du sexe, directement ou indirectement, sont néanmoins considérées comme acceptables, pour des raisons diverses. Dans ces circonstances, un écart par rapport au principe de non-discrimination est légitime en droit.

Les principes généraux font souvent l'objet d'exceptions. Toutefois si l'on veut respecter la valeur du principe général, de telles exceptions doivent être appliquées de façon à éviter d'ébranler le principe de base et on doit en limiter l'interprétation dans la mesure du possible et de façon à être compatible avec leurs objectifs. De ce fait, l'évaluation des justifications de la discrimination fondée sur le sexe en droit communautaire doit émaner d'une bonne compréhension du principe de base et permettre d'apprécier les justifications en se demandant dans quelle mesure elles assurent un équilibre adéquat entre le principe de base de la non-discrimination à raison du sexe et d'autres intérêts.

Jusqu'ici l'analyse n'est pas discutable. Mais elle pose un problème; car il n'existe pas de convention ni d'accord communs sur le principe de base de la non-discrimination à raison du sexe. Plus exactement, la discrimination fondée sur le sexe a fait l'objet d'un grand nombre de définitions ou d'approches, notamment en ce qui concerne son objet ou sa fonction clé, à la fois dans des écrits théoriques et en droit communautaire.¹ Naturellement, l'adoption d'une approche particulière de la fonction du principe de non-discrimination à raison du sexe aura des implications directes sur l'évaluation des justifications présentées.

Cette étude n'a pas pour objet de fournir une théorie définitive ou une définition de la discrimination fondée sur le sexe, ni encore une présentation exhaustive de telles théories ou définitions.² Toutefois aux fins de l'évaluation des justifications légitimes de la discrimination fondée sur le sexe en droit communautaire, une présentation claire de l'objet ou de la fonction du principe de non-discrimination est nécessaire. L'analyse des justifications de la discrimination fondée sur le sexe ci-après repose sur l'optique que la fonction de la législation sur la discrimination fondée sur le sexe, certainement dans le contexte de la vie professionnelle, est de garantir 'l'égalité des chances' pour les femmes et les hommes dans ce domaine.

Le fait d'utiliser l'expression 'égalité des chances' soulève naturellement plus de questions que cela n'en résout. Toutefois, comme point de départ pour cette analyse, elle est censée dénoter une notion de non-discrimination à raison du sexe au-delà de celle d'égalité formelle. L'égalité formelle (ou encore le même traitement pour tout le monde) est un point de départ utile dans une démocratie libérale, car elle résonne de notions libérales de justice. Toutefois son rôle de mécanisme pour remédier aux inégalités de fait entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle est limité. Allant au-delà de l'égalité formelle, 'l'égalité des chances' reconnaît les désavantages historiques et structurels auxquels les femmes sont confrontées dans le domaine de l'emploi, et cherche à évoluer vers des 'points de départ égaux' pour les hommes et les femmes au travail. Elle va à l'encontre de l'hypothèse que 'le salarié normal' est un homme et que les schémas masculins traditionnels relatifs au travail (emploi à plein temps, pour la vie) sont la norme. Bien qu'elle rejette les différences construites sur le plan social entre les hommes et les femmes, si elles sont utilisées pour supprimer le choix des femmes, elle reconnaît et s'efforce de compenser les différences réelles qui existent entre les hommes et les femmes, notamment celles relatives à la maternité. L'interdiction légale de la discrimination fondée sur le sexe est par conséquent considérée comme un facteur pour réajuster les positions relatives de l'homme et de la femme sur le lieu de travail, et dans ses contextes sociétaux plus généraux.³

On ne sait pas exactement si la promotion de 'l'égalité des chances' est la fonction sous-jacente de la législation communautaire.⁴ L'Article 119 CEE (à présent Article 141 du Traité CE) était inclus à l'origine dans le Traité de Rome principalement à des fins économiques. La France craignait que sa législation sur l'égalité des rémunérations n'entraîne un désavantage sur le plan de la concurrence au sein de la CEE pour les entreprises françaises. Par conséquent la disposition sur l'égalité des rémunérations a été ajoutée au Traité afin d'empêcher le 'dumping social'.⁵ Mais depuis lors, les institutions législatives et la Cour de Justice Européenne (ci-après désignée 'la Cour') ont reconnu le principe de l'égalité de traitement fondée sur le sexe comme un droit fondamental qui a une fonction sociale en plus de sa fonction économique.⁶ Par exemple, dans *P/S*,⁷ dans le contexte de l'application de la Directive sur l'Égalité de Traitement à la discrimination contre une personne transsexuelle sur la base d'un changement de sexe, la Cour a déclaré que 'la Directive est simplement l'expression, dans le domaine pertinent, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire'.⁸ La Cour a poursuivi 'tolérer une telle discrimination équivaldrait, en ce qui concerne une telle personne, à un non-respect de la dignité et de la liberté auxquelles elle a droit, et que la Cour a le devoir de sauvegarder'.⁹ Plus récemment, dans l'affaire *Schröder*,¹⁰ la Cour a réaffirmé¹¹ que le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe est un droit fondamental de la personne humaine, et a souligné que,

'vu cette jurisprudence, on doit conclure que l'objectif économique poursuivi par l'Article 119 du Traité, à savoir l'élimination de la dénaturation de la concurrence entre des entreprises établies dans différents Etats Membres, est secondaire par rapport à l'objectif social recherché par la même disposition, ce qui constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine'.¹²

La construction de l'égalité des sexes en tant que droit fondamental en droit communautaire a des implications pour sa justification.¹³ Naturellement, les droits

fondamentaux ne sont pas absolus et des considérations de politique publique pourraient justifier leur violation à *première vue*. Mais les droits fondamentaux ne doivent pas être justifiés à la légère. On s'attendrait en fait à ce qu'ils fassent l'objet de ce que les autres systèmes juridiques désignent sous le terme de test d'examen rigoureux', ce qui se traduit probablement en une version plus forte du principe de proportionnalité en droit communautaire.

Il est par conséquent significatif que la construction des 'droits fondamentaux' de l'égalité des sexes en droit communautaire est loin d'être établie. La construction opérée par la Cour dans le domaine de l'égalité de traitement a fait l'objet de critiques constantes car elle n'a pas tenu les promesses faites dans les déclarations de l'arrêt *Defrenne*, et elle s'est orientée vers des approches d'égalité formelle, notamment lorsque les forces du marché sont en jeu.¹⁴ Ceci est illustré, par exemple, par l'arrêt dans l'affaire *Grant / South-West Trains*,¹⁵ concernant le refus d'un employeur d'accorder une réduction de tarifs à la partenaire féminine d'une salariée lesbienne, alors qu'une telle réduction était accordée au partenaire masculin d'une salariée hétérosexuelle. L'Avocat général, suite aux déclarations de la Cour dans l'affaire *P/S*, a recommandé à la Cour d'appliquer l'Article 119 du Traité CE. La Cour a refusé et a adopté une approche d'égalité formelle, en déclarant que dans le cas de Mlle Grant, l'élément de comparaison approprié serait un homme homosexuel, qui aurait été traité de la même façon, et que par conséquent il n'y avait pas discrimination.

Une explication possible de la différence d'approche entre les affaires *Grant* et *P* est qu'elles survenaient dans le contexte de dispositions différentes du droit communautaire. Le droit communautaire sur l'égalité des sexes dans la vie professionnelle comprend plusieurs mesures séparées, qui couvrent chacune l'égalité de traitement fondée sur le sexe dans un contexte différent.¹⁶ L'Article 141 du Traité CE porte sur l'égalité des rémunérations pour un même travail et un travail de même valeur.¹⁷ L'égalité de traitement dans le contexte de l'emploi est couverte dans la Directive 76/207/CEE (la 'Directive sur l'égalité de traitement' (ci-après désignée 'DET')).¹⁸ Cette Directive est en cours de révision et la proposition d'amendement a été faite au moment de la rédaction devant un conseil de conciliation.¹⁹ Le traitement égal pour les professions libérales et les personnes exerçant une activité indépendante est traité dans la Directive 86/613/CE.²⁰ Un certain nombre d'autres mesures pertinentes du droit communautaire sur l'emploi ont des éléments communs avec les mesures d'égalité de traitement dans des domaines particuliers, dont des mesures sur la grossesse et la maternité,²¹ les travailleurs atypiques,²² le congé parental.²³ Enfin, les implications des 'Directives basées sur l'Article 13 du Traité CE' sur l'égalité des races²⁴ et l'égalité dans le domaine de l'emploi pour les autres raisons indiquées dans l'Article 13 du Traité CE²⁵ doivent être précisées.

En ce qui nous concerne, ce qui est le plus intéressant sur la 'construction' du droit communautaire sur l'égalité des sexes est qu'il semblerait que différents standards de justification s'appliquent dans différentes circonstances.²⁶ Si la non-discrimination était simplement traitée comme un 'droit fondamental' en droit communautaire, on pourrait escompter que les standards de justification demeurent constants, quel que soit le motif de la justification. Il semblerait d'après la jurisprudence de la Cour que ce ne soit pas le cas, et que les standards de justification diffèrent en fonction du contexte de leur application. Ce point sera abordé en détail plus loin. Il semble y avoir un certain nombre de 'standards de

justification' différents en droit communautaire, allant de la version la plus forte à la plus faible du test de proportionnalité.

Il convient de faire, dans cette introduction, une dernière remarque sur le terme 'justification'. En droit communautaire, la 'discrimination indirecte',²⁷ doit être justifiée par des raisons de politiques légitimes et proportionnées avancées par l'employeur, ou, dans le cas de la législation nationale, par le gouvernement de l'Etat membre concerné. Il s'agit là d'une 'catégorie ouverte'. D'autre part, l'opinion orthodoxe du droit communautaire est que la 'discrimination directe'²⁸ peut être 'justifiée' uniquement par une dérogation législative expresse: une catégorie fermée.²⁹ Certains sont d'avis que de telles dérogations expresses, plutôt que de *justifier* la discrimination, mettent l'activité complètement en dehors de la catégorie 'discrimination'. A mon avis, l'évaluation des 'justifications de discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle' devrait inclure une appréciation de toutes les exceptions au principe de non-discrimination dans ce contexte.³⁰ Ceci permet de comparer les standards de justification globalement. Théoriquement, l'approche adoptée importe peu: l'inégalité de traitement est légitime que l'exception soit interprétée comme rendant l'acte non-discriminatoire ou comme justifiant la discrimination.³¹

B Discrimination directe fondée sur le sexe

Standard de justification

Le standard de justification de la discrimination directe fondée sur le sexe est dérivé de l'application par la Cour de la disposition d'exclusion stipulée dans la Directive 76/207/CEE (DET), Article 2 (2). Il convient de noter que cette dérogation et les autres Articles 2 (3) et (4) s'appliquent uniquement au sens de la DET, c'est-à-dire à l'égalité du traitement en matière d'accès à l'emploi, de formation et de conditions de travail. Ils ne s'appliquent pas à l'égalité des rémunérations (couverte dans l'Article 141 CE) et on n'affirme pas non plus qu'ils s'appliquent au harcèlement sexuel.

L'Article 2 (2) DET stipule que

'La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les Etats membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.'

L'exception est limitée, et soumise à une version relativement forte du principe de proportionnalité.³² Un Etat membre qui souhaite l'utiliser doit démontrer que, pour la profession concernée, le sexe est une 'condition déterminante'; c'est-à-dire qu'une politique non discriminatoire dans la profession concernée rendrait très difficile, voire impossible, l'exercice des activités nécessitées par cette profession. Toutefois, le sexe peut être une condition déterminante non seulement en raison de la *nature* du travail, mais aussi des *conditions* de son exercice, ce qui permet une plus grande latitude pour l'interprétation et l'application de l'exception.

L'application de l'Article 2 (2) DET est illustrée par l'approche de la Cour envers la discrimination à l'égard des femmes employées dans la police nationale et les forces armées.³³ Premièrement, il est important de noter que la Cour n'a pas déclaré d'*exclusion générale* de la police et des forces armées du champ

d'application du droit communautaire sur l'égalité de traitement. En interprétant l'Article 2 (2) DET, la Cour a souligné que, en tant qu'exception, on doit l'interpréter de façon stricte et limitée à des circonstances exceptionnelles *spécifiques*.

L'Article 2(2) DET doit être lu parallèlement à l'Article 9 (2) DET qui impose une exigence de transparence aux Etats membres qui invoquent l'exception prévue dans l'Article 2 (2). Les Etats membres doivent informer la Commission si 'compte tenu de l'évolution sociale, il est justifié de maintenir les exclusions en question'. La Cour a adopté une interprétation stricte de cette exigence de transparence en soutenant qu'une déclaration générale de la part d'un Etat membre, énonçant qu'une dérogation serait souhaitable, était insuffisante pour satisfaire à ses conditions.³⁴

La nouvelle DET proposée modifiera l'Article 2 (2) pour stipuler que,

'les Etats membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi..., qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison d'une activité professionnelle particulière ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée'.³⁵

La dernière clause de cette disposition a été ajoutée à la proposition de la Commission³⁶ par le Parlement européen.³⁷ Le Parlement européen semble vouloir souligner et renforcer le caractère fondamental du principe d'égalité entre les femmes et les hommes. La nouvelle formulation suggère une version plus forte de la proportionnalité, qui serait compatible avec cet objectif.³⁸

Motifs substantiels

Après avoir considéré le standard de justification de la discrimination indirecte fondée sur le sexe exigé par le droit communautaire, abordons à présent les motifs substantiels spécifiques de justification.

1. Authenticité artistique et nécessité culturelle

Il est clair que l'Article 2(2) DET couvrirait certaines activités professionnelles dans le domaine des arts, par ex. représentations théâtrales, ou modèle pour un peintre ou un sculpteur, où la fonction à remplir ne pourrait pas l'être de façon authentique par une personne de l'autre sexe. La nature même de l'activité professionnelle concernée justifie la discrimination, si l'on veut valoriser et préserver les qualités intrinsèques de l'œuvre d'art. Ce motif de justification ne semble pas être contesté: qui souhaiterait incarner un Othello de sexe féminin³⁹ ou une Eve de sexe masculin dans une sculpture ou un tableau?

La nécessité culturelle pourrait également justifier l'emploi d'une personne d'un sexe déterminé, notamment le recrutement d'un homme pour travailler dans un pays dans lequel il serait difficile pour une femme de faire ce travail, pour des raisons religieuses et/ou culturelles, parce que les femmes sont exclues du domaine public ou des activités commerciales dans cette communauté. Cela semble relever clairement de l'Article 2(2) DET, par référence aux conditions dans lesquelles l'activité professionnelle est exercée.

2. Décence et protection de la vie privée

Les intérêts et prétentions de personnes autres que le(la) salarié(e) victime de la discrimination pourrait fournir une justification de la discrimination directe fondée sur le sexe en droit communautaire. Par exemple, il est normal que les personnes qui exercent la profession de douanier(ière) ou de gardien(ne) de prison, lorsque leurs fonctions incluent la fouille d'un membre du public ou d'un(e) prisonnier(ière), soient du même sexe que la personne avec qui elles ont des contacts physiques directs. La question de protection de la vie privée semblerait être entrée en jeu dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Sirdar*, discutée ci-dessous, concernant la nature du travail effectué par les Royal Marines britanniques, une petite force armée de première ligne, qui opère dans des conditions difficiles et insalubres.

La Cour a rejeté une exclusion légale générale du principe de non-discrimination pour cause de protection de la vie privée dans *Commission / Royaume-Uni*.⁴⁰ Dans ce cas, la Cour a déclaré que, bien que certains types d'emplois chez des particuliers puissent être restreints, en toute légitimité, à des personnes d'un sexe déterminé, cela n'était pas le cas pour tous les types d'emplois exclus de l'application de l'UK Discrimination Act 1975' (Loi britannique sur la discrimination fondée sur le sexe de 1975). En effet, la Cour a jugé que l'exclusion était disproportionnée.

L'application par la Cour du principe de proportionnalité à la justification fondée sur la décence et la protection de la vie privée n'a pas toujours été solide. La Cour a accepté la protection de la vie privée comme motif justifiant la ségrégation des sexes dans différents emplois du service pénitencier français.⁴¹ Un tel emploi était celui de directeur(trice) de prison pour des personnes du même sexe. En décidant que la discrimination directe était justifiée, la Cour a examiné la fonction de gardien(ne) de prison depuis laquelle les personnes sont promues au poste de directeur(trice) de prison. La Cour a affirmé que la nature et le contexte spécifiques de la fonction de gardien(ne) de prison justifie le fait de réserver les emplois dans les prisons pour hommes aux hommes et ceux dans les prisons pour femmes aux femmes, avec pour motif la protection des intérêts de décence et de protection de la vie privée des prisonniers(ières) avec qui le(la) gardien(ne) doit travailler. Bien que les activités de *directeur(trice)* ne soient pas nécessairement d'une nature telle que le sexe soit une condition déterminante pour leur nomination, les raisons pour lesquelles les directeurs(directrices) sont choisi(e)s parmi le groupe de gardien(ne)s, notamment parce que le(la) directeur(trice) devrait avoir l'expérience d'un emploi de gardien(ne), justifiait cette politique.

A première vue, cette décision semble bien fondée. Il est certainement acceptable de stipuler que les directeurs(trices) doivent avoir l'expérience d'un(e) gardien(ne), et la nature spécifique du poste de gardien(ne) et des fonctions assumées dans le cadre de cet emploi justifient la restriction du poste de gardien(ne) aux personnes du même sexe que les prisonniers(ières). Néanmoins, la Cour n'a pas tenu compte du cas d'une gardienne qui, ayant acquis son expérience dans une prison pour femmes, souhaite demander une *promotion* à un poste pour lequel un sexe déterminé n'est pas une condition déterminante, c'est-à-dire le poste de directeur(trice) dans une prison pour hommes. Dans ce cas, l'exclusion des femmes ne serait pas justifiée.

3. *Sûreté ou sécurité*

a. sécurité du public

Une justification fondée sur la sécurité publique a été soulevée dans *Johnson / RUC*.⁴² La Cour devait décider si la politique de ce qui était alors la Royal Ulster Constabulary (Police de l'Ulster) selon laquelle les membres féminins du RUC n'étaient pas armés, était compatible avec la directive DET. En raison de cette police, Mme Johnson a perdu son emploi, alors qu'un homme dans sa situation ne l'aurait pas perdu. Le Cour a affirmé que,

'on ne peut pas exclure la possibilité que, dans une situation caractérisée par des troubles graves, le port d'armes à feu par des femmes policiers pourrait leur faire courir un risque supplémentaire de se faire assassiner et pourrait par conséquent être contraire aux exigences de sécurité du public. Dans de telles circonstances, les conditions d'exercice de certaines activités policières pourraient être telles que le sexe de la personne commettant un délit constitue une condition déterminante pour leur exercice. Si c'est le cas, un Etat membre pourrait alors limiter de telles tâches ... aux hommes.'⁴³

L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Johnson* pourrait être considéré comme plus problématique. La Cour a accepté, sans explication, l'affirmation que les femmes policiers du RUC étaient plus susceptibles d'être assassinées. Mais il n'existe aucune raison biologique empêchant les femmes d'utiliser des armes aussi efficacement que les hommes. Si elles reçoivent une formation adéquate, il semble n'y avoir aucune raison que des femmes soient plus vulnérables que les hommes lorsqu'elles sont confrontées à une situation de troubles internes. Le fait que le public perçoive les femmes comme 'le sexe faible' constitue-t-il un risque *notamment* plus grand pour les femmes, de façon à satisfaire à la version plus forte du test de proportionnalité nécessaire pour justifier la discrimination directe dans l'emploi ?

Les arrêts plus récents dans les affaires *Sirdar* et *Kreil* vont dans le sens de l'arrêt *Johnson*. Dans l'affaire *Kreil*, la Cour a dû considérer la politique de l'armée allemande selon laquelle des femmes ne pouvaient pas être embauchées pour des postes qui impliquaient l'usage d'une arme. Mme Kreil, avec une formation électronique, a postulé pour des fonctions de maintenance électroniques d'armes dans le service volontaire de l'armée. Elle a été refusée et a contesté ce refus comme étant contraire au droit communautaire. La Cour a affirmé qu'une telle réglementation générale ne pouvait pas être justifiée que ce soit par la nature spécifique des fonctions en question, ou par les conditions particulières de leur exercice. De plus, les femmes qui étaient désignées à des postes dans l'armée allemande recevaient une formation de base pour l'usage d'armes. Par conséquent l'exclusion des femmes de tous les postes impliquant l'usage d'armes étaient disproportionnée. En revanche, dans l'affaire *Sirdar*, la Cour a déclaré que le principe de proportionnalité pouvait être satisfait. Les Royal Marines britanniques excluent les femmes du service parce que chaque Marine, quelle que soit sa spécialisation, doit être capable de combattre dans une unité commando : c'est l'impératif 'd'interopérabilité'. Mme Sirdar, chef d'armée qui allait être licenciée, a reçu une offre de transfert aux Royal Marines. Mais l'offre avait été faite en se fondant sur l'hypothèse erronée que Mme Sirdar était un homme, et a ensuite été retirée. Mme Sirdar a contesté cette décision comme étant contraire au droit

communautaire. La Cour a soutenu que compte tenu de la fonction des commandos de première ligne, l'exclusion des femmes pouvait être justifiée et a expliqué sa décision ainsi :

'l'organisation des Royal Marines diffère fondamentalement de celle des autres unités dans les forces armées britanniques, dont ils sont 'le fer de lance'. Il s'agit d'une petite force destinée à être la première ligne d'attaque. Il a été établi que, au sein de ce corps d'armée, les chefs doivent également jouer le rôle de commandos de première ligne, que tous ses membres sont recrutés et formés dans ce but, et qu'il n'y a pas d'exception à cette règle au moment du recrutement'.

Une interprétation de cette jurisprudence est que le service dans les Royal Marines pourrait être un 'cas spécial', comparé au service dans l'armée en général, tout comme le service dans le RUC était un cas spécial, comparé au service dans la police en général. Si ceci est correct, les objections soulevées ci-dessous concernant l'affaire *Johnson* s'appliquent également à l'affaire *Sirdar*.⁴⁴ Il pourrait toutefois avoir un élément concernant les *conditions* dans lesquelles le travail des Royal Marines est exercé (les conditions d'attaque en première ligne – une petite force, qui opère dans des conditions difficiles et insalubres) qui justifie l'exception non pas du point de vue de la sécurité publique, mais de la protection de la vie privée personnelle. Dans ce cas, l'affaire *Sirdar* est une application adéquate de l'exception prévue dans l'Article 2(2) DET.

En revanche, dans l'affaire *Commission / République Française (Discrimination fondée sur le sexe dans la fonction publique)*, la Cour a estimé que le principe de proportionnalité n'avait pas été satisfait dans le cas d'un système de quota pour le recrutement des hommes et des femmes dans la police française. La Cour a statué que le quota pour les différents grades de policiers n'était pas suffisamment lié aux activités spécifiques des emplois concernés, comme exigé dans l'Article 2(2) DET. Une justification liée à 'la sécurité publique' en général ne peut pas s'appliquer à tous les postes dans la police d'un Etat membre.⁴⁵

b. sécurité des femmes

Par le passé, dans un certain nombre d'Etats membres, le motif de sécurité des femmes avait été utilisé pour justifier la discrimination directe à l'égard des femmes, notamment dans l'exclusion des femmes des emplois trop périlleux, ou qui ne sont pas appropriés pour les femmes, par exemple l'exploitation minière souterraine ou les équipes de nuit. Ces mesures sont reflétées dans un certain nombre d'obligations exigées par le droit du travail international.⁴⁶ Certaines de ces mesures sont encore en vigueur. Mais la tendance générale dans l'UE semble supprimer progressivement une telle législation protectrice, en ne conservant que les mesures qui protègent les femmes concernant leur aptitude à la grossesse.⁴⁷ En s'attachant à la cohérence de telles mesures avec les obligations nationales en droit communautaire, la Cour a dû se préoccuper des relations entre le droit communautaire, le droit international et les droits fondamentaux.⁴⁸

4. Grossesse et maternité/paternité

L'Article 2 (3) DET stipule que 'la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité'. Tout comme pour l'Article 2 (2) DET, la Cour a considéré cette disposition comme un motif limité de différence de traitement des

femmes, en déclarant par exemple qu'elle est uniquement destinée à exempter les mesures relatives à la protection de l'état biologique des femmes, et ne peut pas être utilisée pour avantager les hommes, même lorsqu'ils jouent le rôle d'une femme pour élever les enfants.⁴⁹ Les détails de l'application de cette disposition, une application du principe général de subsidiarité,⁵⁰ et, plus récemment, sa relation avec la disposition de la directive sur la grossesse et la maternité (ci-après désignée 'DGM'),⁵¹ posent des problèmes importants pour le droit communautaire.

La DGM prévoit un certain nombre de protections spéciales pour les travailleuses enceintes⁵² et celles qui ont accouché récemment, et de ce fait, techniquement parlant, élabore un certain nombre de politiques d'emploi justifiables qui font une discrimination envers les hommes. La DGM exige que les employeurs évaluent les risques de l'exposition des travailleuses enceintes ou allaitantes aux agents, procédés ou conditions de travail dangereux, et si nécessaire prennent des dispositions adéquates y compris un changement d'emploi pour les travailleuses concernées.⁵³ Les droits liés au contrat de travail doivent être garantis pour les femmes dans cette situation.⁵⁴ Les salariées ont le droit à 14 semaines de congé de maternité minimum avant et/ou après l'accouchement.⁵⁵ Pendant cette période, elles ont droit à une protection de leurs droits liés au contrat de travail et à une rémunération et/ou au bénéfice d'une 'prestation adéquate', qui ne doit pas être inférieure à l'indemnité de maladie exigée par la loi.⁵⁶ Elles ne peuvent pas être licenciées pendant la période du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité.⁵⁷ Par conséquent il est clair d'après l'Article 2(3) DET et la DGM que la grossesse et la maternité sont acceptées comme étant des motifs justifiant les mesures discriminatoires en *faveur* des femmes. Néanmoins, les mesures *au détriment* des femmes pourraient ne pas être justifiées lorsqu'elles sont fondées sur la maternité *en soi*.⁵⁸ Ceci est une conséquence directe de l'opinion bien arrêtée de la Cour selon laquelle en droit communautaire, la discrimination fondée sur la maternité est une discrimination directe fondée sur le sexe.⁵⁹

a. protection de la travailleuse ou du fœtus

Comme mentionné ci-dessus, la DGM exige des traitements différents pour les femmes enceintes et allaitantes dans des circonstances où le lieu de travail représente un danger spécifique pour la femme, le nouveau-né ou le fœtus. Une telle 'discrimination' est par conséquent 'justifiée' ou en fait (ordonnée⁶⁰) en droit communautaire. Toutefois, seul une différence de traitement *bénéfique* pour une femme enceinte pourrait être justifiée dans ces circonstances. La Cour a soutenu dans l'affaire *Mahlburg*⁶¹ que le refus d'employer une femme enceinte ayant un contrat permanent lorsque l'emploi impliquait une exposition à des substances dangereuses était contraire à l'Article 2 (1) DET.

b. capacité à travailler

Une femme enceinte qui est incapable physiquement de faire son travail, en raison de la modification de son physique pendant la grossesse (par ex. une hôtesse de l'air qui ne peut plus travailler dans l'espace confiné d'une cabine d'avion) est protégée contre un licenciement⁶² et un traitement nuisible par les conditions de la DGM.

L'aptitude à faire son travail dans le sens non pas de l'aptitude physique mais de disponibilité pour travailler pose des problèmes plus complexes. Est-il justifiable pour un employeur de soutenir que le fait que la travailleuse enceinte ne sera pas disponible pendant son congé de maternité justifie son licenciement? La Cour a

fermement rejeté cette justification concernant une travailleuse ayant un contrat permanent dans l'affaire *Webb*,⁶³ en soutenant que 'le licenciement d'une femme enceinte recrutée pour une durée indéterminée ne peut pas être justifié pour un motif lié à son incapacité à remplir une condition fondamentale de son contrat de travail'.

Néanmoins, il a semblé d'après l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Webb*, par implication, que le licenciement d'une femme employée avec un contrat à *durée déterminée* pourrait être justifié si en raison de la grossesse elle ne peut pas être présente pendant la période nécessaire.⁶⁴ Tel était l'argument de l'employeur dans l'affaire *Tele-Danmark*,⁶⁵ dans laquelle une femme avait été embauchée pour une durée de six mois, n'avait pas informé son employeur qu'elle était enceinte au moment de l'entretien d'embauche, et a été licenciée peu après l'en avoir informé parce qu'elle ne pourrait travailler pendant une période importante de la durée de son contrat. L'employeur a maintenu que l'Article 10 DGM ne s'appliquait pas dans ces circonstances. La Cour a rejeté résolument cet argument, en déclarant que les principes développés dans des affaires antérieures concernant le licenciement des salariées pour cause de grossesse s'appliquent de la même façon aux contrats à durée déterminée.⁶⁶ Dans l'affaire *Melgar*,⁶⁷ la Cour a obtenu le même résultat en adoptant une approche différente, dans le contexte d'un contrat à durée déterminée⁶⁸ qui était arrivé à sa fin et n'avait pas été renouvelé, soi-disant en raison de la grossesse de la salariée. La Cour a souligné que le non-renouvellement d'un contrat n'était pas un licenciement, mais que, vu que le refus d'employer une femme pour un contrat à durée déterminée en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe non justifiable,⁶⁹ le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée pourrait, s'il est motivé par l'état de grossesse de la travailleuse, constituer une discrimination directe fondée sur le sexe.⁷⁰ Ce qui n'a pas encore été considéré par la Cour, et n'a pas été discuté dans l'arrêt *Mahlburg*,⁷¹ est la question de savoir si le refus d'employer une femme enceinte avec un contrat à durée déterminée, lorsque le contrat ne peut pas être exécuté par une femme enceinte, car le lieu de travail représente un danger spécifique pour la femme et/ou son foetus, est justifié. D'une part on peut supposer d'après le silence de la Cour sur cette question que la Cour a introduit une justification possible de discrimination directe pour cause de santé et sécurité.⁷² Toutefois, le contrat en question dans *Mahlburg* était un contrat permanent, et par conséquent il n'a pas été demandé à la Cour de juger la question du refus d'employer une femme enceinte avec un contrat à durée déterminée dans ces circonstances.

D'autres problèmes se posent lorsque la prétendue justification est l'incapacité à travailler résultant de maladies liées à la grossesse. La Cour a traité de la question à différentes occasions et a eu des difficultés à trouver un équilibre entre la charge financière pour les employeurs (et par conséquent le marché du travail) résultant de l'incapacité des salariées à travailler pendant des périodes prolongées, liée à la grossesse, et le principe de l'égalité de traitement. Dans l'affaire *Hertz*,⁷³ la Cour a confirmé que le licenciement d'une travailleuse constituait une discrimination directe fondée sur le sexe. Néanmoins, la Cour n'a pas suivi la logique de l'affaire *Dekker*,⁷⁴ en déclarant plutôt que le licenciement d'une travailleuse en raison d'absences répétées à cause d'une maladie survenant après la période de congé de maternité prévue par la législation nationale, même si cette maladie est attribuable à la grossesse, n'est pas une discrimination.⁷⁵ Après la fin du congé de maternité, on ne fait pas la distinction entre un licenciement dû à une absence causée par une maladie liée à la grossesse et un licenciement dû à une absence causée par d'autres

maladies, et par conséquent, l'absence, et non pas la grossesse, justifie le licenciement. De plus, la Cour a soutenu dans l'affaire *Larsson*⁷⁶ qu'aucune disposition applicable en droit communautaire n'empêchait l'employeur de tenir compte des absences de Mme Larsson depuis le début de la grossesse jusqu'au début de son congé de maternité, afin de calculer les absences fournissant un motif pour son licenciement. Cette décision a été largement critiquée et la Cour a révisé sa position dans l'affaire *Brown / Rentokil*.⁷⁷

Dans *Brown / Rentokil*, la Cour a statué,

'contrairement à la décision de la Cour dans l'Affaire C-400/95 *Larsson*, lorsqu'une femme est absente en raison d'une maladie résultant de la grossesse ou de l'accouchement, et lorsque cette maladie est survenue au cours de la grossesse et a continué pendant et après le congé de maternité, son absence non seulement pendant le congé de maternité mais aussi pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au début du congé de maternité *ne peut pas entrer en compte dans le calcul de la période justifiant un licenciement en droit national*'.⁷⁸

La maladie de Mme Brown était manifestement liée à sa grossesse. Au cours de la période protégée par la loi, sa situation ne pouvait pas être comparée à l'absence d'un(e) collègue pour une raison autre qu'une raison liée à une grossesse.⁷⁹ Il s'ensuit que l'absence au travail au cours de la 'période protégée' établie par la DGM, (qui va du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité) ne peut pas justifier un licenciement, ou vraisemblablement tout autre traitement défavorable d'une salariée en termes de son statut ou de ses droits. Néanmoins, en dehors de cette période, le droit communautaire sur l'égalité des sexes n'empêche pas une telle justification, et la législation du travail nationale sur le licenciement abusif en cas de maladie s'appliquera.

Les arrêts *Larsson* et *Brown / Rentokil* pourraient être critiqués en termes de promotion de l'égalité des chances', en invoquant que seules les femmes peuvent être atteintes de maladies liées à la grossesse, que cette maladie surviennent ou non pendant la période protégée. L'établissement d'une telle période protégée apporte une protection aux femmes qui ont une grossesse 'normale', mais prive de la protection de l'emploi les femmes dont la grossesse est problématique, et de ce fait les femmes qui en ont le plus besoin. Il n'est pas expliqué clairement pourquoi, si la cause de la maladie est la grossesse, une maladie devrait être traitée différemment selon qu'elle survient durant la période de congé de maternité ou en dehors de cette période. En fait, dans le contexte d'une demande d'égalité des rémunérations dans l'affaire *Høj Pedersen*,⁸⁰ la Cour a affirmé que, lorsque, dans le cadre de la législation nationale, en principe tous les travailleurs ont le droit de continuer à recevoir leur rémunération intégrale en cas d'incapacité à travailler, privant une femme de recevoir l'intégralité de son salaire en cas d'incapacité à travailler survenant avant son congé de maternité, lorsque l'incapacité 'résulte d'un état pathologique lié à la grossesse, cela doit être considéré comme un traitement fondé essentiellement sur la grossesse et donc comme discriminatoire'.⁸¹

Toutefois, du point de vue de l'employeur, la combinaison de *Brown*, *Larsson* et de la DGM établit clairement dans quel cas, conformément à la disposition de l'Article 2 (3) DET, un employeur peut s'appuyer sur la réglementation nationale en matière d'emploi et justifier le licenciement d'une salariée avec des absences prolongées résultant d'une maladie liée à la grossesse. L'arrêt *Brown* montre l'application par la Cour du principe de justification de la discrimination fondée

sur le sexe de telle manière à ne pas violer la disposition établie par le corps législatif dans la DGM.

L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Grüber*⁸² a encore moins perturbé le statu quo concernant la relation des femmes avec le marché du travail et les responsabilités familiales. Mme Grüber a dû résilier son contrat de travail, car elle n'a pas réussi à trouver un service de garde d'enfants adéquat. Les salariées qui avaient travaillé pendant trois ans avaient droit à un paiement de résiliation de contrat si elles mettaient fin à la leur contrat pour 'des raisons importantes'. Cela n'incluait pas explicitement la garde d'enfants, mais celles qui avaient travaillé pendant cinq ans avaient droit à la moitié du paiement de résiliation si elles quittaient leur emploi à la naissance de leur enfant. Plutôt que de comparer celles qui ont démissionné à raison de la garde d'enfants, avec celles qui ont démissionné pour des 'raisons importantes', la Cour a soutenu que les groupes d'éléments de comparaison appropriés étaient les femmes qui avaient démissionné à raison de garde d'enfants et celles qui avaient démissionné sans 'raison importante'. Ainsi la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de discrimination indirecte, et qu'il n'y avait pas besoin de considérer la question de justification.⁸³

c. coût pour l'employeur

La Cour a statué, en termes extrêmement généraux, dans l'affaire *Dekker*, que 'un refus d'emploi en raison des conséquences financières résultant d'une absence due à la grossesse doit être considéré comme reposant, essentiellement, sur le fait de la grossesse. Une telle discrimination ne peut pas être justifiée par des raisons de perte financière que subirait un employeur qui nommerait à un poste une femme enceinte ...'.⁸⁴

Ce principe a été confirmé dans l'affaire *Webb*, où la Cour a déclaré que la protection fournie par le droit communautaire à une femme au cours de sa grossesse et de son congé de maternité ne peut pas dépendre du fait que sa présence au travail au cours de la période du congé de maternité est ou non essentielle au fonctionnement correct de l'entreprise de l'employeur.⁸⁵ Plus récemment, dans l'affaire *Mahlburg*,⁸⁶ la Cour a appliqué ce principe dans le cas où la travailleuse enceinte ne peut pas faire le travail concerné pendant la période de grossesse. La perte financière subie par l'employeur dans ces circonstances ne peut pas justifier un refus de nommer, au moins à un poste permanent.⁸⁷

Toutefois, une fois que nous allons au-delà du refus d'un emploi pour passer aux conditions générales des contrats de travail des travailleuses enceintes et des travailleuses en congé de maternité, la situation est beaucoup moins claire. La DGM implique que la charge financière de la grossesse n'a pas besoin d'être supportée entièrement par l'employeur, mais également par l'état, pour maintenir une prestation adéquate pendant le congé de maternité, et lorsque, comme c'est souvent le cas, cette prestation est inférieure à sa rémunération, par la femme elle-même. Cette justification de différence de remboursement entre les travailleuses en congé de maternité et les autres travailleuses a été confirmée par la Cour dans un certain nombre d'affaires impliquant une interaction entre l'Article 141 du Traité CE, la DET et la DGM.

Dans l'affaire plutôt inhabituelle de *Thibault*, la Cour a considéré le refus de procéder à l'évaluation des performances d'une salariée qui avait été absente pendant plus de six mois de l'année concernée, alors que l'absence était largement due à un congé de maternité. L'évaluation des performances entraînait normalement

une 'promotion', en terme d'augmentation de salaire, mais la Cour a traité cette affaire en appliquant la DET plutôt que l'Article 141 du Traité CE. Elle a argué que le fait de refuser à Mme Thibault une évaluation de ses performances était directement discriminatoire, parce que si elle n'avait pas été en congé de maternité, elle aurait pu satisfaire aux critères pour recevoir une augmentation de salaire. Ce raisonnement semble impliquer qu'une femme en congé de maternité doit être comparée à ses collègues qui restent au travail. Néanmoins, la Cour n'a pas reconnu ceci expressément et n'a pas non plus fait la distinction entre cette affaire et d'autres, dans lesquelles elle avait toujours statué qu'une femme en congé de maternité est dans une situation spéciale, non comparable aux autres.⁸⁸

Dans l'affaire *Lewen*, la Cour a conclu que le refus de payer une prime de Noël, en raison de l'absence pour congé de maternité pendant l'année pour laquelle la prime était accordée, était illégal. Ceci était basé sur le fait que la prime était une 'rémunération' au sens de l'Article 141 CE, et non pas la 'rémunération' au sens de l'Article 11 de la DGM, car elle n'était pas destinée à assurer un niveau minimum de revenu au cours de la période de congé. Il semblerait donc, en ce qui concerne la rémunération liée au contrat de travail, que la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas justifiable.⁸⁹

Pourtant en général, comme la Cour l'a décidé dans les affaires *Gillespie*⁹⁰ et *Boyle*⁹¹, différents niveaux de rémunération pour les femmes en congé de maternité par comparaison à celles au travail et celles en congé maladie, sont justifiables en droit communautaire. La Cour en est arrivée à cette conclusion en déclarant qu'une femme en congé de maternité n'est pas comparable à un homme ou une femme qui est effectivement au travail, ou qui est en congé quelconque, tel que congé maladie. La Cour ne traite donc pas ceci comme une question de justification, mais comme une question d'absence de discrimination, car il n'y a pas d'élément de comparaison approprié. Elle a toutefois vraisemblablement une opinion sous-jacente à ce raisonnement, à savoir que dans la règle fournie par le droit communautaire pour le partage des coûts du congé de maternité, la disposition de l'Article 11 DGM fait une délimitation floue en empêchant d'utiliser le principe de non-discrimination pour ébranler cette décision.⁹²

Toutefois l'Article 11 DGM ne s'applique qu'aux paiements faits *au cours du congé de maternité*. Dans l'affaire *Høj Pedersen*,⁹³ les défendeurs ont soutenu que l'Article 11 DGM permet aux législations nationales de déterminer un plafond pour les prestations que les femmes peuvent demander en cas de *grossesse*. Il a été soutenu en outre que toute discrimination qui pourrait exister dans une telle législation nationale serait justifiée par le fait qu'elle reflète un partage des risques et des coûts financiers liés à la grossesse entre la travailleuse enceinte, l'employeur et la société dans son ensemble.⁹⁴ La Cour a rejeté cet argument, en déclarant que le plafond s'appliquait uniquement à la rémunération ou aux prestations reçues pendant le congé de maternité.⁹⁵ Dans tous les cas, la Cour a poursuivi

'La discrimination ... [le fait de priver une femme de sa rémunération intégrale en raison d'une incapacité à travailler liée à la grossesse, alors que d'autres incapacités n'ont pas été traitées de cette façon] ne peut pas être justifiée par le but de partager les risques et les coûts financiers liés à la grossesse entre la travailleuse enceinte, l'employeur et la société dans son ensemble. Cet objectif ne peut pas être considéré comme un facteur objectif non lié à une discrimination fondée sur le sexe au sens de la jurisprudence de la Cour.'⁹⁶

Ainsi en interprétant la justification du coût pour l'employeur en termes de traitement discriminatoire résultant de la grossesse et de la maternité, la Cour a respecté l'optique du corps législatif et a fait une distinction entre la grossesse et la maternité.⁹⁷

d. moralité/liberté de religion

Dans certaines circonstances, la grossesse d'une employée pose des problèmes de moralité ou de religion pour un employeur. C'est le cas, par exemple, d'une enseignante célibataire dans une école religieuse qui tombe enceinte. Ce n'est pas la grossesse *en soi* qui est considérée comme répréhensible sur le plan moral ou non cohérente avec les convictions religieuses de l'employeur, mais plutôt la grossesse en tant que signe extérieur d'activité sexuelle extra-conjugale. Le licenciement d'une telle employée serait-il considéré illégal en droit communautaire? La Cour n'a pas eu à examiner une telle question jusqu'ici. Si l'on applique la logique de l'affaire *Dekker*, il semblerait que, étant donné que la grossesse, en tant que signe visible d'activité sexuelle, ne peut arriver qu'à une femme, le licenciement d'une femme dans de telles circonstances serait une discrimination directe fondée sur le sexe. Il serait difficile pour un employeur de démontrer de façon satisfaisante qu'il aurait traité un homme ayant une activité sexuelle extra-conjugale de la même façon.

Toutefois, si la Cour était confrontée à un tel cas, elle pourrait se référer, en plus de la législation sur l'égalité des sexes, à la Directive 2000/78/CE basée sur 'l'Article 13' du Traité CE.⁹⁸ Celui-ci prévoit en effet la non-discrimination sur la base de la religion ou de convictions, d'un handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle dans le domaine du travail. L'Article 4 prévoit une exemption sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante'. L'Article 4(2) développe ceci dans le contexte de la discrimination fondée sur la religion. Dans les emplois dans des 'églises et autres organisations publiques ou privées, dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions', une différence de traitement fondée sur la religion d'une personne est légale lorsque la nature de l'activité professionnelle ou les conditions de son exercice le justifie. Lorsqu'on évalue s'il s'agit d'une exigence professionnelle véritable, il convient de considérer l'éthique de l'organisation. L'usage du terme 'éthique' ici est important, et semble impliquer quelque chose qui va au-delà des simples dogmes de la foi qu'impose la religion, dans le sens d'une conviction intime, qui s'étend peut-être à une manifestation extérieure de respect de la foi. L'éthique religieuse pourrait par conséquent parfois nécessiter qu'un employé respecte certaines exigences en ce qui concerne le style de vie, et notamment la moralité sur le plan sexuel. L'article 4 stipule que la disposition 'ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif' qui inclurait probablement le motif du sexe. Elle poursuit toutefois 'la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques... de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation'. La Cour pourrait-elle alors interpréter une grossesse extra-conjugale comme le non-respect de l'éthique de l'employeur, déclarer qu'il s'agit d'une discrimination directe fondée sur le sexe, mais qu'elle est justifiée par l'éthique religieuse de l'employeur? On considère couramment que la discrimination directe fondée sur le sexe peut être justifiée uniquement pour les motifs énoncés dans la DET, qui n'incluent pas la moralité, l'éthique ni la liberté de religion. Mais la Cour n'a jamais explicitement affirmé que c'était le cas, et en fait,

au moins un Avocat général a invité la Cour a déclaré que la discrimination directe fondée sur le sexe était justifiée dans un contexte qui ne relevait pas des dérogations explicites de la DET.⁹⁹ L'existence d'une autre mesure du droit communautaire, la Directive basée sur l'Article 13, pourrait être suffisante pour convaincre la Cour qu'une telle discrimination serait justifiée.

e. responsabilités familiales

La Cour a toujours soutenu qu'une différence de rémunération et de traitement favorable des mères en congé de maternité est justifiable, et que les pères ne peuvent pas s'appuyer sur les dispositions du droit communautaire relatives à la non-discrimination pour demander l'égalité de traitement. Ceci est le cas même lorsque le père joue le rôle (traditionnellement féminin) de la garde d'enfants. Dans l'affaire *Hofmann*,¹⁰⁰ la Cour a considéré une demande par un père qui souhaitait prendre un congé parental sur la même base que la mère aurait eu droit à prendre son congé de maternité en vertu de la législation nationale. La Cour a déclaré que la législation nationale relevait du champ d'application de l'Article 2 (3) DET, car il a pour objet de protéger les femmes, et leur 'relation spéciale' avec leurs enfants, en rapport avec les effets de la grossesse et de la maternité.¹⁰¹ Néanmoins, dans *Commission / République Française*,¹⁰² la Cour a rejeté l'argument que des privilèges spéciaux divers pour les mères de famille, tels que congés supplémentaires, congé le jour de la Fête des Mères, et prestations spéciales pour payer le service de garde d'enfants, étaient légitimes au sens des Articles 2 (3) ou 2(4) DET. Cette affaire est la seule à représenter ce raisonnement. Dans des affaires ultérieures, telles que *Abdoulaye*,¹⁰³ la Cour a suivi l'approche *Hofmann* et a soutenu que lorsqu'une somme forfaitaire est payable uniquement aux salariées lorsqu'elles prennent un congé de maternité, il ne pouvait pas y avoir de discrimination, car une travailleuse en congé de maternité n'est pas une situation qui peut être comparée à d'autres situations.¹⁰⁴ Dans *Lommers*,¹⁰⁵ la Cour a déclaré que la restriction des places dans les crèches sur le lieu de travail aux enfants des salariées¹⁰⁶ était compatible avec le droit communautaire.

L'évaluation de ces cas en termes d'égalité des chances pose des problèmes particuliers. Comme McGlynn et d'autres affaires¹⁰⁷ ont démontré de façon convaincante, l'approche de la Cour est fondée sur une notion discréditée de 'la formation de liens affectifs' entre la mère et le nourrisson. Mais parallèlement, des éléments de l'approche de la Cour reflètent effectivement la réalité sociale concernant le rôle de la femme dans la famille. Pour la plupart des familles dans l'UE, c'est la mère qui s'occupe principalement des enfants. L'approche de la Cour pourrait donc être considérée comme respectant 'l'égalité des chances', car elle reconnaît les différences réelles entre les femmes et les hommes concernant la garde des enfants.

Mais d'autre part, et notamment pour des périodes prolongées, une approche de 'protection spéciale pour les femmes', lorsqu'elle est appliquée au rôle de parent par opposition à la grossesse est fondamentalement nuisible pour les femmes. Seules les femmes donnent naissance à des enfants: il est donc justifiable au nom de l'égalité des chances de traiter les femmes différemment en raison de leur grossesse. Mais les hommes et les femmes deviennent parents, par conséquent en ce qui concerne le rôle de parent, au moins dans une perspective à long terme, le droit communautaire devrait s'orienter vers le même traitement pour les mères et pour les pères de famille. Ceci impliquerait que les dispositions concernant la garde des

enfants, en dehors de la 'période spéciale' de grossesse,¹⁰⁸ devraient être élaborées sur une base de 'rôle égal de parent'. Le traitement favorable des femmes, en raison de leurs devoirs parentaux, ne favorisera pas, à long terme, l'égalité des chances.

Cependant, actuellement, ni les arrêts de la Cour, ni le cadre législatif du droit communautaire n'opèrent sur cette base. Le problème posé par l'approche de la Cour est qu'elle considère 'la grossesse' et la 'maternité' comme deux choses équivalentes, ou tout du moins comme se recoupant, alors que c'est la grossesse qui est unique à la femme – le rôle de parent est partagé avec les hommes. Il convient de noter qu'en refusant d'accorder le droit à des congés parentaux payés, la Directive sur les Congés Parentaux (ci-après désignée 'DCP'),¹⁰⁹ n'apporte par la protection fournie par la DGM. Le corps législatif n'a donc pas fourni à tous les parents la protection sociale dont ils ont besoin pour une 'réconciliation véritable de la vie professionnelle et de la vie familiale', au nom de l'égalité des chances.

La Cour a perpétué son idéologie de la maternité dans l'interprétation de la DCP. Dans l'affaire *Lewen*,¹¹⁰ la Cour a considéré qu'une demande de paiement d'une prime de Noël par une femme en congé parental. La Cour a déclaré qu'une prime de Noël n'entre pas dans le champ d'application 'des droits acquis ou en cours d'acquisition par la travailleuse à la date du début du congé parental.¹¹¹ Cela semble surprenant, mais cela est probablement expliqué par l'argument de l'employeur invoquant que la prime est une motivation pour l'année suivante, et non pas une récompense pour le travail déjà fait. Mais la Cour, par référence à la réalité sociale que 'les travailleurs féminins sont susceptibles ... d'être bien plus souvent en congé de maternité lors de l'octroi de la prime que les travailleurs masculins',¹¹² a conclu déclaré que c'était une discrimination indirecte fondée sur le sexe. D'une part, cela pourrait être considéré comme reconnaissant le statu quo et la protection des femmes dans ces limites, favorisant ainsi l'égalité des chances. D'autre part, cela renforce l'hypothèse que la garde des enfants est la responsabilité première des femmes et que seules les femmes ont besoin d'une protection spéciale de leur emploi à cet égard. En outre, si plus d'hommes prenaient un congé pour la garde des enfants, l'argument de la discrimination indirecte n'existerait plus, car la disparité entre les femmes et les hommes serait réduite.¹¹³ Il est donc particulièrement décevant que la Cour ait adopté cette approche dans le contexte de la DCP. C'est un traitement spécial pour les *parents* qui est nécessaire, ainsi que la reconnaissance que toute discrimination indirecte fondée sur le sexe qui pourrait survenir¹¹⁴ est justifiable.

Les propositions d'amendement de la DET pourraient clarifier les choses, mais en fin de compte ne permettront pas d'obtenir ce qui serait nécessaire pour promouvoir l'égalité des chances à long terme. On a proposé d'ajouter à l'Article 2 (3) DET un droit spécifique pour une femme de retrouver son poste, ou un travail équivalent, avec des conditions pas moins favorables à son égard, après son congé de maternité.¹¹⁵ Cela reflètera une disposition similaire de la DCP.¹¹⁶ La DET sera explicitement formulée sans préjudice des dispositions de la DCP et la DGM, qui accordent des droits liés au contrat de travail aux mères de famille en congé de maternité, différents de ceux accordés aux parents en congé parental. La différence de traitement des mères et des pères à cet égard, déjà garantie par la Cour, sera de ce fait renforcée davantage dans la DET.

Fait encore plus prometteur pour l'égalité des chances, la proposition d'amendement de la DET est également sans préjudice du droit des Etats membres

de reconnaître un droit distinct de congé de *paternité*. Les Etats membres qui reconnaissent un tel droit devront prendre des dispositions pour protéger les pères de famille contre le licenciement en raison de l'exercice de ce droit, et leur donner le droit de retrouver leur poste ou un travail équivalent, avec des conditions pas moins favorables à leur égard. D'une part, cette disposition pourrait être considérée comme reconnaissant le besoin d'accorder des droits spéciaux dans la législation du travail aux pères de famille qui travaillent, afin de favoriser la réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale. Les dérogations spécifiques dans la DET modifiée garantiront que l'application du principe de non-discrimination ne puisse pas être utilisée pour demander que de tels droits spéciaux dépassent leur champ d'application prévu, par exemple en avançant l'argument que les femmes devraient également avoir droit à tout droit au congé de paternité accordé par la législation nationale. Une telle application courrait le risque de perdre le soutien des employeurs, qui pourraient soutenir à juste titre qu'ils devraient, au nom de l'égalité, fournir des droits plus étendus que le corps législatif communautaire ne l'estime nécessaire, pour favoriser la réconciliation de la vie professionnelle et la vie familiale.

D'autre part, en perpétuant une distinction entre le congé de maternité et le congé de paternité, la proposition pourrait être considérée comme ne pas évoluer vers une approche 'de rôle de parent égal'. Ce changement fondamental est ce qu'il faut pour que le cadre intégral du droit communautaire sur la réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale soit cohérent avec l'approche d'égalité des chances, et pour réaffirmer la nature fondamentale du droit à l'égalité des chances, quant à sa relation avec d'autres droits liés au contrat de travail.

5. Action positive

L'Article 2 (4) DET exempte du champ d'application de la Directive 'les mesures visant à promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans le domaine de l'emploi'. L'Article 141 (4) du Traité CE prévoit dans le même sens que

'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 Etat 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'.

Le droit communautaire permet de ce fait certains types d'action positive. Les mesures d'action positive opèrent de façon à garantir une égalité substantielle, par opposition à formelle, en tenant compte des différences historiques, sociales et structurelles entre l'expérience des hommes et des femmes en matière d'égalité des chances sur le marché du travail, vu les rôles sociaux des femmes (et des hommes).¹¹⁷

La Cour a affirmé qu'en principe l'application d'une disposition d'action positive constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe.¹¹⁸ En adoptant une approche d'égalité formelle la Cour ne considère pas l'action positive comme favorisant l'égalité substantielle.¹¹⁹ L'action positive est plutôt une discrimination qui peut être justifiée, dans certaines circonstances, afin de promouvoir l'égalité des chances. Ce concept a des conséquences quant à l'approche de la Cour à l'égard des mesures d'action positive. Vu que les mesures d'action positive constituent une

exception à la règle de non-discrimination, la Cour adopte une approche étroite à l'égard de ce qui est une action positive admissible.

Dans la première affaire où la Cour a eu l'occasion de considérer l'Article 2 (4) DET, à savoir l'arrêt *Kalanke*,¹²⁰ la Cour a déclaré que l'Article 2(4) DET autorise des mesures liées à l'organisation du travail, notamment pour les travailleurs(euses) qui ont des enfants, et à la réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, mais pas des réglementations rigides sur les quotas exigeant la nomination ou la promotion de femmes à des postes de préférence à des hommes (ayant des qualifications égales). De telles règles dépassent les limites de l'exception prévue dans l'Article 2 (4) de la DET.¹²¹ Ceci a été confirmé dans l'affaire *Abrahamsson*,¹²² dans laquelle la Cour a soutenu qu'une réglementation nationale donnant automatiquement priorité à une personne du sexe sous-représenté ayant des qualifications adéquates mais inférieures, sur d'autres plans mineurs, à celle de la personne qui aurait autrement été nommée, ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'Article 2 (4) DET ni de l'Article 141 (4) du Traité CE.¹²³

L'arrêt *Kalanke* a causé de grandes préoccupations et a jeté un doute sur la légalité d'une variété de formes différentes d'actions positives.¹²⁴ Mais la Cour, peut-être en réponse aux modifications du Traité convenues à Amsterdam,¹²⁵ a révisé sa position dans *Hellmut Marschall*.¹²⁶ M. Marschall s'était vu refuser une promotion à un poste d'enseignant dans une école secondaire, et une femme ayant des qualifications égales avait été promue à sa place, la raison étant que les femmes étaient sous-représentées dans les postes de grade plus élevé. Ceci était compatible avec la législation nationale applicable, qui permettait de donner la préférence à une femme ayant des qualifications égales pour une promotion, 'à moins que des motifs tenant à un candidat [masculin] ne fassent pencher la balance en sa faveur (la 'clause de sauvegarde'). Retenant l'arrêt *Kalanke*, et rejetant l'opinion de l'Avocat général, la Cour a statué qu'une réglementation de quota contenant une clause 'de sauvegarde' serait compatible avec l'Article 2 (4) DET si elle était appliquée pour contrecarrer le préjudice subi par les candidates en raison des tendances discriminatoires des employeurs.

'si, dans chaque cas individuel, [la clause de sauvegarde] prévoit pour les candidats masculins [ayant des qualifications égales] ... une garantie que les candidatures feront l'objet d'une appréciation objective qui tiendra compte de tous les critères propres aux candidats individuels et annulera la priorité accordée aux candidates si un ou plusieurs de ces critères fait pencher la balance en faveur des candidats masculins. A cet égard, toutefois, il convient de rappeler que ces critères ne doivent pas être tels qu'ils constituent une discrimination à l'égard des candidats féminins'.¹²⁷

La décision dans l'affaire *Hellmut Marschall* confine par conséquent l'arrêt *Kalanke* au cas (inhabituel) d'une réglementation de quota non précisée. Une réglementation de quota contenant une clause de sauvegarde, pour autant qu'elle est appliquée objectivement, sera compatible avec l'Article 2 (4) DET, comme une exception au principe de l'égalité de traitement. De plus, la Cour a limité les critères qui pourraient être appliqués pour faire pencher la balance à l'inverse en faveur de l'homme, ce qui en fait limite la mise en oeuvre de telles clauses de sauvegarde. Les critères appliqués doivent être basés sur les personnes concernées et doivent être non discriminatoires dans un sens général.¹²⁸ Ils ne peuvent pas être basés sur des généralisations sur les hommes.¹²⁹ Il semblerait donc que *Hellmut Marschall* ait

ouvert la voie à tous les systèmes de quota, excepté ceux qui sont le plus manifestement inflexibles et mal appliqués, permettant aux corps législatifs nationaux d'admettre les mesures (souples) d'action positive, y compris les régimes de quota.

Ceci a été confirmé dans l'affaire *Baedeck*,¹³⁰ où la Cour a déclaré que les Articles 2 (1) et (4) DET n'empêchaient pas les réglementations nationales qui encourageaient une participation 'équitable' sur le lieu de travail en affectant au moins la moitié des places de formation dans l'administration publique aux femmes, sous réserve de certaines sauvegardes.¹³¹ La Cour a également examiné la légalité de ce que l'on appelle 'le quota de résultat souple'¹³² dans l'état de Hesse. C'est une réglementation qui s'applique aux secteurs de la fonction publique dans lesquels les femmes sont sous-représentées. Elle donne priorité aux candidates, lorsque les candidats masculins et féminins à sélectionner ont des qualifications égales, si cela est nécessaire pour se conformer aux chiffres cibles obligatoires prévus dans le plan d'avancement des femmes, à condition qu'il n'y ait aucun motif 'ayant un plus grand poids juridique'.¹³³ La Cour a déclaré que la règle de priorité introduite par la loi Hesse n'était pas 'absolue et inconditionnelle' dans le sens de l'arrêt *Kalanke*. Elle était légitime pour autant qu'elle garantissait que les candidatures faisaient l'objet d'une évaluation objective tenant compte des situations individuelles spécifiques de tous les candidats.¹³⁴ La Cour a reconnu qu'il convenait de tenir compte des compétences et de l'expérience acquises dans le cadre du travail à domicile dans la mesure où elles étaient importantes quant à la nature adéquate, aux performances et aux compétences des candidats. En revanche, l'ancienneté, l'âge et la date de la dernière promotion devaient être pris en compte uniquement dans la mesure où ils étaient importants pour l'emploi. La situation de famille ou le revenu d'un(e) partenaire n'avait pas d'importance. En outre, le travail à temps partiel, les congés et les retards pour terminer une formation en raison de la garde d'enfants ou d'autres personnes à charge ne pouvaient pas avoir d'effet négatif sur le processus de sélection.¹³⁵ La Cour a poursuivi,

'De tels critères, bien que formulés en termes qui sont neutres quant au sexe et par conséquent capables d'être également à l'avantage des hommes, favorisent généralement les femmes. Ils sont manifestement destinés à entraîner une égalité qui est substantielle plutôt que formelle, en réduisant les inégalités qui pourraient être rencontrées dans la vie sociale, dans la pratique.'¹³⁶

Ainsi, la Cour semble¹³⁷ admettre une certaine discrimination (indirecte) à l'égard des hommes dans l'application des critères de sélection. Naturellement, uniquement si on ne pouvait faire la distinction entre une candidate et un candidat en se basant sur leurs qualifications, la femme pourrait-elle être choisie conformément au quota souple.¹³⁸

Un élément des réglementations de la loi Hesse prescrivait des chiffres cibles obligatoires pour les femmes dans des postes intérimaires dans le service universitaire et pour les assistants universitaires lorsque les candidates avaient les mêmes qualifications que les candidats. Ces chiffres cibles exigeaient que le pourcentage minimum de femmes soit au minimum égal au pourcentage de femmes parmi les diplômés universitaires, les titulaires de diplômes supérieurs et les étudiants dans chaque discipline. Ceci était très proche d'une approche 'd'égalité des résultats', qui avait été rejetée par la Cour dans *Kalanke* comme dépassant les limites de la disposition de l'Article 2 (4) DET. Dans *Baedeck*, la Cour a déclaré que la réglementation était compatible avec le droit communautaire, en soulignant

que le régime ne fixait pas un plafond absolu, mais un plafond relatif au nombre de personnes qui avaient reçu une formation appropriée.¹³⁹ L'utilisation d'un fait réel comme critère quantitatif pour donner la préférence aux femmes était justifiable.

Un argument justifiant l'action positive dans des affaires telles que *Marschall* et *Abrahamsson* était la nécessité de nommer des femmes à des postes de haut niveau dans le secteur de l'éducation, de façon à donner l'exemple aux jeunes femmes et jeunes filles. Par exemple, la Cour a été critiquée pour ne pas avoir tenu compte du niveau de sous-représentation des femmes parmi les professeurs suédois dans *Abrahamsson*.¹⁴⁰ Bien que la femme concernée dans l'affaire *Marschall* ait réussi à obtenir un poste d'enseignant de niveau supérieur, cela n'a pas été considéré comme une justification acceptable dans *Abrahamsson*. Il semblerait que la nomination à des postes pour donner l'exemple ne soit pas un élément clé de la justification d'une action positive en droit communautaire.

Ce qui est crucial dans les arrêts de la Cour pour les affaires *Marschall* et *Baedeck* est la reconnaissance que 'le simple fait qu'un candidat masculin et une candidate aient des qualifications égales ne signifie pas qu'ils ont les mêmes chances'.¹⁴¹ Ceci se démarque nettement de l'opinion de l'Avocat général dans *Kalanke* qui estimait que les candidats ayant des qualifications égales devaient avoir des chances égales: ils étaient 'sur un pied d'égalité au point de départ'.¹⁴² La Cour a reconnu dans *Marschall* que les employeurs avaient tendance à favoriser les candidats masculins pour les promotions par rapport à des candidats féminins ayant des qualifications égales 'en raison des opinions stéréotypées sur les femmes',¹⁴³ et de cette façon les hommes et les femmes ayant des qualifications égales n'ont pas nécessairement les mêmes chances de promotion.¹⁴⁴ Comme le souligne M. Kenner,

'les politiques qui cherchent à rectifier les équilibres incorrects dans la main-d'œuvre au moyen de quotas et de chiffres cibles et dont l'objectif est l'égalité du résultat, pourraient être considérées comme légitimes. Il s'ensuit qu'une réglementation nationale pourrait entrer dans le champ d'application de l'Article 2 (4), si elle est mise en œuvre pour contrecarrer de tels comportements et attitudes et de ce fait 'réduire les cas réels d'égalité qui pourraient exister dans le monde réel' (paragraphe 31, italiques ajoutés). En d'autres termes, la discrimination sociétale en dehors du lieu de travail fournit une justification pour un élément d'action positive dans le domaine du travail.'¹⁴⁵

En plus de la nomination et de la promotion à un poste, l'Article 2 (4) DET peut aussi s'appliquer aux conditions de travail.¹⁴⁶ Dans l'affaire *Lommers*, la Cour a examiné une réglementation stipulant que les places dans une crèche étaient disponibles, sauf en cas d'urgence,¹⁴⁷ uniquement pour le personnel féminin du ministère néerlandais de l'Agriculture. Dans ce cas, la Cour a pu confirmer des éléments de son approche dans *Kalanke*, tout comme dans *Marschall* et *Baedeck*, en déclarant que l'Article 2(4) DET justifie les mesures 'en fait destinées à éliminer ou réduire les inégalités de fait qui pourraient exister dans la réalité de la vie sociale',¹⁴⁸ telles que les mesures relatives à l'organisation du travail et à la réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale. Celles-ci sont 'destinées à améliorer la capacité des femmes à ... poursuivre leur carrière sur un pied d'égalité avec les hommes'.¹⁴⁹ A cet égard, la Cour a renvoyé à la Recommandation 84/635 sur la promotion de l'action positive pour les femmes¹⁵⁰ et la Recommandation 92/241

concernant la garde des enfants,¹⁵¹ en déclarant que l'absence d'une crèche adéquate est plus susceptible de conduire les femmes à quitter leur emploi.¹⁵²

La Cour a explicitement fait référence à l'argument, discuté ci-dessus, selon lequel des mesures telles que celles-ci, bien que favorables pour les femmes dans le sens où elles reconnaissent le *statu quo* actuel concernant les responsabilités de la garde des enfants, pourraient avoir un effet défavorable à *long terme* car elles contribuent à perpétuer une division traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes. Rejetant ceci comme une (simple) 'opinion juridique académique',¹⁵³ la Cour a poursuivi que les mesures ne garantissent pas à toutes les femmes employées au ministère de l'Agriculture une place à la crèche pour leurs enfants. De plus, aux yeux de la Cour, les salariés masculins ne sont pas privés d'une place plus que toute salariée quelconque n'ayant pas pu obtenir une place. Sans vouloir critiquer, cela ne peut pas être le cas, car les salariés masculins souhaitant obtenir une place à la crèche pour leurs enfants doivent satisfaire à des exigences *supplémentaires* consistant à montrer que leur cas tombe dans la catégorie des 'urgences', alors que les salariées n'ont pas besoin de le faire. Il semblerait que la Cour ait jugé important le fait que la réglementation des Pays-Bas n'exclue pas totalement les hommes; ce qui rappelle peut-être les arrêts *Marschall* et *Baedek* en termes de souplesse. Mais en fin de compte, comme indiqué ci-dessus, tant que le droit communautaire ne s'orientera pas vers une approche 'de rôle égal des parents' concernant les mesures relatives à la réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, on ne peut pas dire qu'il favorise l'égalité des chances à long terme. La justification de la réglementation discriminatoire est, à mon avis, déplacée.

C Discrimination indirecte fondée sur le sexe

Standard de justification

Une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique, bien que non discriminatoire pour un motif interdit (dans ce cas, le sexe) a un effet discriminatoire.¹⁵⁴ En droit communautaire, il incombe au demandeur de prouver initialement une telle incidence disparate. Ceci est généralement fait en démontrant l'existence d'une disparité statistique entre la position des femmes et des hommes,¹⁵⁵ bien qu'il y ait des indications dans la jurisprudence de la Cour énonçant qu'un risque inhérent d'une incidence disparate, reposant sur la compréhension de la réalité sociale par le tribunal national, pourrait également suffire.¹⁵⁶ La charge de la preuve est alors transférée à l'employeur (ou à l'Etat membre, dans le cas d'une législation discriminatoire indirectement) pour justifier l'application de la disposition, du critère ou de la pratique. La question de justification est donc au cœur du concept même de la discrimination indirecte. Toute incidence disparate de fait sur les femmes peut être à l'origine d'une investigation de discrimination indirecte fondée sur le sexe; s'il existe des raisons justifiables pour l'incidence disparate, l'application de la disposition, du critère ou de la pratique n'est pas légitime.

La Cour a établi initialement le standard en vertu duquel la justification doit être établie dans *Bilka-Kaufhaus*.¹⁵⁷ Elle a ainsi déclaré qu'en établissant la justification, il convient de décider si les motifs avancés par un employeur pour expliquer une pratique indirectement discriminatoire, peuvent être 'justifiés

objectivement'. Si le tribunal national déclare que la mesure en question répond à un réel besoin de l'entreprise, est appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis par l'entreprise et est nécessaire à cette fin, elle ne sera pas illégitime. Deux éléments de ce test méritent d'être considérés plus en détail.

Premièrement, il est clair que la justification doit être *objective*. Il ne suffit pas simplement d'affirmer une justification, mais il faut démontrer la base réelle de l'avantage allégué du critère, de la disposition ou de la pratique indirectement discriminatoire. La Cour a toujours soutenu que les simples généralisations sur certaines catégories de travailleurs ne peuvent pas constituer des justifications objectives. Par exemple, dans l'affaire *Rinner Kühn*,¹⁵⁸ la Cour a déclaré qu'une conviction, selon laquelle les travailleurs à temps partiel n'étaient pas aussi intégrés ou investis dans l'entreprise de l'employeur, n'était pas une justification objective. Dans l'affaire *Hill*,¹⁵⁹ une affirmation par l'employeur qu'un système de récompenses qui désavantageait les personnes partageant un poste maintenait la motivation du personnel, son engagement et son moral, n'a pas non plus été acceptée comme objective.

Deuxièmement, comme l'impliquent les éléments 'appropriés' et 'nécessaires' du test dans *Bilka*, le test de proportionnalité joue un rôle important pour déterminer le standard de justification de la discrimination indirecte fondée sur le sexe en droit communautaire.¹⁶⁰ Les cas précédents concernant les agissements indirectement discriminatoires des employeurs suggéraient qu'une version très stricte du test de proportionnalité était applicable. Par conséquent, dans l'affaire *Bilka* elle-même, la Cour a évalué la justification supposée du régime de pension supérieur accordé aux travailleurs à plein temps par comparaison aux travailleurs à temps partiel, invoquant que cela permettrait au magasin de conserver son niveau de personnel le samedi, soi-disant un jour peu apprécié par les travailleurs à temps partiel. La Cour a indiqué que la politique de l'employeur n'aurait pas nécessairement (plutôt que ne pouvait pas vraiment avoir) l'effet désiré, et a souligné en particulier que l'employeur n'avait pas essayé d'offrir les droits de pension supérieure aux travailleurs à temps partiel qui travaillaient le samedi. Par conséquent la Cour a conclu que les exigences de proportionnalité n'avaient pas été respectées. Cette version du test de proportionnalité nécessite un examen rigoureux par la Cour pour veiller à ce que la mesure ne soit pas plus importante qu'il n'est nécessaire pour répondre à son objectif.

Toutefois, une version bien moins stricte de la proportionnalité a été appliquée dans les affaires ultérieures *Megner*¹⁶¹ et *Nolte*¹⁶² dans le contexte de la législation communautaire sur la discrimination fondée sur le sexe en matière de sécurité sociale.¹⁶³ Dans *Megner* et *Nolte*, les parties (des femmes dans des 'emplois mineurs'¹⁶⁴) ont demandé qu'il soit reconnu qu'elles devaient être assujetties au régime légal de pension de retraite et qu'elles devaient payer des cotisations au régime légal d'assurance chômage. Leur exclusion de ces régimes était indirectement discriminatoire. Dans ce cas, la Cour a déclaré que les raisons de politique sociale avancées par le gouvernement allemand – la nécessité d'une cohérence structurelle du régime de sécurité sociale allemand, l'exigence sociale d'emplois mineurs et le risque d'une augmentation du 'travail au noir' si l'exclusion des emplois mineurs du régime de sécurité sociale obligatoire était supprimée – justifiaient la discrimination fondée sur le sexe. La Cour a statué explicitement que les Etats membres ont une 'grande marge d'appréciation'¹⁶⁵ en ce qui concerne la politique sociale et a ajouté que 'le corps législatif national avait

le droit raisonnable de considérer que la loi en question était nécessaire pour atteindre ses objectifs'.¹⁶⁶ Ce standard semble impliquer un examen beaucoup moins strict que dans le cas de *Bilka*. Il suffit que le corps législatif soit raisonnable dans sa conviction que l'objectif était raisonnable. Cette approche a été confirmée dans les affaires *Posthuma-van Damme*¹⁶⁷ et *Laperre*.¹⁶⁸ De ce fait, dans le cadre du test pour *Megner/Nolte*, même le fait de démontrer qu'un moyen moins discriminatoire aurait existé pour atteindre le même objectif ne rendra pas la justification illégitime. Il semblerait donc que le droit communautaire respecte plus, sur le plan juridique, les choix législatifs dans le domaine de la sécurité sociale, même lorsqu'ils ébranlent le principe de l'égalité de traitement fondée sur le sexe.

Si les affaires *Bilka* et *Megner/Nolte* sont situées aux deux extrémités opposées en termes de standard d'examen, la législation du travail semble se situer au milieu. Ceci était implicite dans des affaires telles que *Bötel*,¹⁶⁹ dans laquelle la Cour a en fait rejeté une justification car la législation nationale pourrait avoir été interprétée ou appliquée d'une façon moins discriminatoire. On a demandé explicitement à la Cour, dans l'affaire *Seymour-Smith*, quelles conditions légales pour la détermination d'une justification objective s'appliquaient à une mesure adoptée par un Etat membre dans le cadre de sa politique sociale, dans le contexte de la législation du travail.¹⁷⁰ La réponse de la Cour fut équivoque et semble se situer entre les tests appliqués à *Bilka* et *Megner/Nolte*. La Cour a commencé son analyse en réitérant que la question de justification incombe aux tribunaux nationaux, mais que la Cour doit toutefois les guider. Elle a ensuite fait référence à l'arrêt *Megner*.¹⁷¹ Elle a toutefois rejeté l'argument du gouvernement britannique selon lequel il suffirait à un Etat membre de démontrer qu'il 'avait raisonnablement le droit de considérer que la mesure ferait progresser l'objectif de la politique sociale',¹⁷² sur la base que bien que la politique sociale soit une question à déterminer par les Etats membres 'il est clair que la grande marge d'appréciation laissée aux Etats membres à cet égard ne peut pas avoir pour effet d'entraver la mise en oeuvre d'un principe fondamental du droit communautaire comme celui de l'égalité des rémunérations pour les hommes et les femmes'.¹⁷³

Il semblerait donc que le standard de justification varie selon qu'une disposition, un critère ou une pratique adopté par un employeur soit en cause, ou bien qu'une législation nationale soit en cause. En outre, la marge d'appréciation laissée aux Etats membres concernant une législation sur la *sécurité sociale* indirectement discriminatoire semble être plus importante que celle qui existe dans le cas de la législation du *travail*. La relation entre le standard de justification et la construction de l'égalité des sexes par la Cour comme un 'droit fondamental' en droit communautaire est sous-déterminée à l'heure actuelle. Il semblerait d'après *Seymour-Smith* que, lorsque la Cour articule une conception 'de droits fondamentaux' pour l'égalité de traitement, cela pourrait résulter en une augmentation du standard de justification, mais pas nécessairement conformément à la version de proportionnalité la plus stricte. De plus, il n'existe apparemment pas de bonne raison pour laquelle l'égalité devrait être 'un droit fondamental' dans le contexte du travail, et non pas dans le contexte de la sécurité sociale. Vu les liens étroits entre les conditions de travail et la sécurité sociale, la distinction elle-même pourrait être problématique. On suggère toutefois que la distinction faite par la Cour est explicable par référence aux limites des compétences communautaires. Plus l'application du principe de l'égalité de traitement en droit communautaire empiète sur des éléments de politique sociale

nationale pour laquelle la Communauté n'a pas de compétence pour adopter une autre législation d'harmonisation, plus grande est la marge d'appréciation que la Cour est disposée à laisser dans la justification de la discrimination indirecte fondée sur le sexe.¹⁷⁴

Motifs substantiels

Ayant considéré les standards de justification de la discrimination indirecte fondée sur le sexe exigés par le droit communautaire, nous allons aborder maintenant les motifs substantiels spécifiques pour une justification. Ils peuvent être divisés en trois catégories; les justifications liées à l'emploi lui-même; aux besoins de l'entreprise de l'employeur; et à des intérêts publics plus généraux.

1. Justifications liées à l'emploi

Les justifications liées à l'emploi posent relativement peu de problèmes dans le cadre d'un système axé sur l'égalité des chances. Pour éviter le stéréotype des sexes dans les emplois, il est important que les exigences et les conditions avancées par l'employeur soi-disant liées à l'emploi soient en fait nécessaires à l'exercice de l'emploi. La nécessité implique ici un standard d'examen rigoureux; le simple caractère pratique pour l'employeur ne justifiera pas un impact discriminatoire, car le droit communautaire applique un standard tellement strict en ce qui concerne les justifications liées à l'emploi.

a. capacités physiques

Vu que les hommes ont, en général, une plus grande force musculaire que les femmes, les conditions de travail qui nécessitent, ou récompensent, la force musculaire pourraient être indirectement discriminatoires. La nomination d'un membre du personnel plus fort à des postes particuliers ou la rémunération plus élevée du personnel qui effectue des tâches physiques difficiles pourrait être justifiée en droit communautaire, uniquement si les fonctions de l'emploi nécessitent l'utilisation de la force musculaire.

Dans *Rummler / Dato Druck*,¹⁷⁵ la Cour a examiné un système de classification des emplois qui reposait sur des critères tels que 'travail musculaire exigé', 'effort musculaire' et 'tâches difficiles'. Dans l'ensemble, il serait plus difficile pour les femmes d'exercer un travail nécessitant une activité musculaire. La Cour a statué que,

'Lorsqu'un système de classification des emplois est utilisé pour déterminer les rémunérations, ce système doit être basé sur des critères qui ne sont pas différents selon que le travail est effectué par un homme ou une femme, et ne doit pas être organisé, dans l'ensemble, d'une manière qui entraînerait dans la pratique une discrimination généralement à l'égard des travailleurs d'un sexe déterminé'.¹⁷⁶

L'utilisation d'un critère tel que 'travail musculaire exigé' pour déterminer la rémunération pourrait être justifiée si la différence de rémunération a trait à un besoin réel de l'employeur, dans le sens où elle garantit un niveau de rémunération approprié pour l'effort requis par le travail,¹⁷⁷ à condition que le système de classification des emplois dans son ensemble ne soit pas discriminatoire.¹⁷⁸

b. qualifications et formation

Lorsque l'emploi exige certaines qualifications ou une formation, il est légitime de faire une discrimination à l'égard des candidatures, ou en termes de rémunération,

sur la base de telles qualifications ou formation, même lorsque plus d'hommes que de femmes satisfont à ces exigences. L'employeur doit démontrer l'existence d'une relation objective entre les exigences de qualification ou de formation et l'emploi concerné.

L'affaire *Danfoss*¹⁷⁹ avait trait à la contestation d'une convention collective concernant le paiement de suppléments basés sur plusieurs facteurs, dont mobilité, formation et ancienneté. La Cour a affirmé que l'employeur pourrait justifier la rémunération plus élevée de ceux qui avaient une formation spéciale en démontrant que c'était important pour l'exécution des tâches confiées au salarié.¹⁸⁰

La formation professionnelle est non seulement l'un des facteurs qui pourraient être une justification objective de rémunérations différentes pour le même travail; c'est également l'un des critères possibles pour déterminer si le même travail est ou non exécuté. Lorsque des professions libérales exécutent des activités apparemment identiques, mais qui font appel à des connaissances et des compétences acquises dans des disciplines très différentes, elles doivent être considérées comme exécutant différentes tâches ou fonctions, et ne peuvent donc pas être dans des situations comparables.¹⁸¹

c. ancienneté et expérience

La Cour a accepté dans l'affaire *Danfoss* que bien que le fait de récompenser l'ancienneté puisse être considéré comme indirectement discriminatoire à l'égard des femmes, qui ont tendance à avoir des interruptions dans leur carrière plus fréquemment que les hommes, c'est néanmoins justifié 'puisque la durée de service est indissociable de l'expérience et puisque l'expérience permet généralement aux salariés de mieux exécuter leurs fonctions'.¹⁸² Dans *Danfoss*, la Cour a déclaré que les employeurs n'avaient pas besoin de démontrer que l'ancienneté était importante pour l'exécution de fonctions spécifiques de l'emploi concerné, mais ceci a été modifié dans l'arrêt ultérieur dans l'affaire *Nimz*.¹⁸³ Cette affaire concernait une convention collective de travail qui prévoyait différentes conditions pour les travailleurs à plein temps et ceux à temps partiel. Les travailleurs à plein temps avaient automatiquement droit à une augmentation de salaire après 6 ans de service, mais ceux qui travaillaient de mi-temps à trois-quarts du temps n'avaient pas droit à une augmentation tant qu'ils n'avaient pas travaillé pendant 12 ans. Il a été soutenu que la plus grande expérience des travailleurs à plein temps justifiait la discrimination indirecte fondée sur le sexe. La Cour n'a pas été de cet avis et a déclaré que la notion que les travailleurs à plein temps acquièrent des compétences et des aptitudes liées à leur emploi plus rapidement que les travailleurs à temps partiel ou bien qu'une plus grande expérience *en soi* justifie une rémunération plus élevée n'est 'rien d'autre qu'une généralisation sur certaines catégories de travailleurs'.¹⁸⁴ Ainsi, l'objectivité de la justification concernant l'ancienneté et l'expérience doit être appréciée par référence à la relation entre la nature du travail et l'expérience acquise en l'effectuant après avoir fait un certain nombre d'heures.¹⁸⁵

L'arrêt *Nimz* doit être considéré comme la meilleure approche, car un employé plus ancien ne fera pas nécessairement chaque travail mieux que des employés plus jeunes ou nouveaux. Les avantages représentés par des idées nouvelles, le dynamisme et une optique différente doivent être comparés aux avantages d'une performance optimale grâce à la connaissance du travail impliquée par

l'ancienneté. L'ancienneté et l'expérience sont donc des justifications *objectives* acceptables, si l'employeur peut démontrer un lien réel entre l'expérience exigée et l'exécution de l'emploi concerné.¹⁸⁶

d. 'souplesse' des employés

La 'souplesse' des employés inclut la capacité à travailler à plein temps et l'adaptabilité à des horaires de travail et un lieu de travail variables. Si l'employeur peut montrer que les activités exercées pour un emploi nécessitent réellement une certaine 'souplesse', cela pourrait alors justifier la discrimination indirecte fondée sur le sexe. Ceci a été accepté dans *Danfoss*,¹⁸⁷ même si une telle exigence désavantage les femmes, qui sont moins susceptibles de pouvoir organiser leur emploi du temps avec souplesse en raison de leurs responsabilités familiales. La Cour a souligné que l'exigence de souplesse doit être liée aux activités spécifiques de l'emploi; une exigence générale de souplesse du personnel ne constituerait pas une justification légitime.

e. horaires différents

Certains emplois exigent que les employeurs aient des horaires 'en dehors des heures normales', tels que nuit, équipes et week-end. Par exemple, les sages-femmes doivent être disponibles à toute heure de la journée et de la nuit. Il est justifiable en droit communautaire de payer les heures en dehors des heures normales à un tarif plus élevé que les heures de travail normales. Ceci a été confirmé par la Cour dans l'affaire *JāmO*.¹⁸⁸ Deux sages-femmes ont fait une demande portant sur la notion de 'même valeur', concernant la différence entre leur salaire et celui d'un technicien hospitalier. Le salaire pour les heures de base était plus bas pour les sages-femmes que pour le technicien hospitalier, mais il n'avait pas la possibilité de gagner le 'supplément pour les heures incommodes' que les sages-femmes recevaient régulièrement. Le tribunal national n'avait pas effectivement déclaré que les emplois avaient la même valeur, mais a renvoyé un certain nombre de questions à la Cour.

La Cour a affirmé que, parce que le montant du supplément gagné varie d'un mois à l'autre, les salaires de base constituaient l'élément de comparaison approprié afin de garantir la transparence et la conformité avec la Directive sur l'égalité des rémunérations.¹⁸⁹ Sans prendre une décision sur la question de même valeur (question relevant des tribunaux nationaux), la Cour pouvait uniquement conclure que, si les emplois avaient la même valeur, les sages-femmes étaient moins payées.¹⁹⁰ Si un pourcentage nettement plus élevé de femmes que d'hommes ont un emploi de sage-femme, cela serait une discrimination indirecte, à moins que cela ne soit justifié. L'employeur devrait démontrer à la Cour l'existence d'un facteur objectif non discriminatoire justifiant la différence de rémunération. La Cour a conclu que 'le supplément pour les heures incommodes ne doit pas être pris en compte pour le calcul du salaire qui sert de base à une comparaison de rémunération aux fins de l'Article [141 du Traité CE]'.¹⁹¹ Si un technicien hospitalier faisait une demande subséquente, après l'égalisation du salaire de base des sages-femmes et des techniciens hospitaliers, en invoquant une discrimination indirecte fondée sur la rémunération, la Cour ne pourrait pas accepter son argument et maintenir une cohérence avec sa décision dans *JāmO*. Il s'ensuit que le paiement d'un tel 'supplément pour les heures incommodes' serait justifié en droit communautaire. Ceci a été confirmé par la suite dans le jugement lorsque la Cour a stipulé explicite-

ment que 'les différences d'heures travaillées qui pourraient exister entre les deux groupes dont le salaire fait l'objet de la comparaison pourraient constituer des raisons objectives non liées à une discrimination quelconque fondée sur le sexe de façon à justifier une différence de rémunération'.¹⁹²

f. performances professionnelles

La Cour a déclaré dans l'affaire *Royal Copenhagen*¹⁹³ que, dans le cas d'un travail payé à la tâche, le principe de l'égalité des rémunérations n'empêche pas les travailleurs de recevoir une rémunération différente, si cela est dû à des rendements individuels différents.¹⁹⁴ Toutefois, lorsque la rémunération est payée à l'heure, les performances professionnelles ou compétences personnelles d'un salarié peuvent être évaluées uniquement *ex post facto*. De ce fait, bien que les différences de performances puissent clairement justifier les différences de rémunération des différents salariés en termes de prime *rétrospective* liée aux performances, elles ne peuvent pas justifier une différence de rémunération accordée au moment du recrutement. L'employeur ne peut pas, au moment de la nomination des employés concernés, payer une femme moins qu'un homme qui fait le même travail ou un travail de même valeur, puis justifier plus tard la différence de rémunération en invoquant que le travail de l'homme est supérieur.¹⁹⁵ Ceci n'éliminerait pas la possibilité que la différence de rémunération soit fondée sur le sexe.¹⁹⁶

2. Justifications liées à l'entreprise

Les justifications liées à l'entreprise ont trait aux vastes besoins économiques d'un employeur, dans le contexte de son entreprise tout entière, plutôt qu'aux fonctions limitées d'un emploi particulier. Des problèmes se posent quant aux justifications liées à l'entreprise, parce que la décision d'admettre ou non de telles justifications implique inévitablement un élément d'équilibre entre les rivalités de demandes et d'intérêts des parties concernées (l'employeur et le salarié). Des intérêts sociaux plus généraux pour le succès continu des entreprises, avec des implications pour l'économie globale, pourraient également entrer en jeu. A cet égard, cette catégorie de justifications rejoint la troisième catégorie de justifications liées à l'intérêt public.

L'organisation de l'environnement professionnel, dans son contexte social le plus large, est basée sur l'hypothèse du travailleur masculin 'normal', qui travaille à plein temps, pendant toute sa vie, sans obligations extérieures importantes. La promotion de l'égalité des chances par le biais du principe de l'égalité de traitement en droit communautaire implique la remise en question et le changement du *statu quo* en vertu duquel les femmes sont systématiquement désavantagées. Par conséquent un engagement envers l'égalité des chances impliquera un certain transfert de la charge des femmes, qui sont actuellement désavantagées, aux employeurs, qui tirent parti de l'organisation actuelle de la vie professionnelle. En outre, si l'égalité de traitement fondée sur le sexe est un droit fondamental en droit communautaire, de simples considérations économiques ne devraient pas contredire la jouissance d'un tel droit. Les justifications liées à l'entreprise devraient par conséquent faire l'objet d'un examen rigoureux.

g. efficacité économique ou financière

Dans l'affaire *Bilka*, l'employeur prétendait que l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime professionnel de pension de l'employeur était justifiée par le besoin de décourager le travail à temps partiel. Il était allégué que cela était

nécessaire, car la société Bilka était obligée d'employer des travailleurs à plein temps pour couvrir les heures d'ouverture le soir et le samedi, que les travailleurs à temps partiel n'aimaient pas faire, et devait donc rendre le travail à plein temps plus attrayant que le travail à temps partiel. La Cour a déclaré qu'il incombait au tribunal national d'évaluer cette justification, mais a laissé entendre que les motifs économiques pouvaient constituer une justification légitime en droit communautaire.¹⁹⁷

Ceci a été confirmé dans l'affaire *Enderby*¹⁹⁸ dans le cadre d'une demande d'égalité des rémunérations pour un travail de même valeur. Cette affaire avait trait la demande d'une orthophoniste (travail effectué presque exclusivement par des femmes) portant sur l'égalité des rémunérations avec des professions comparables (pharmaciens et psychologues hospitaliers dans lesquelles il y a plus d'homme que de femmes. La Cour a déclaré que 'la situation du marché de l'emploi, qui peut amener un employeur à augmenter le salaire d'un emploi particulier afin d'attirer des candidats, pourrait constituer un motif économique objectivement justifié'¹⁹⁹ au sens de sa jurisprudence antérieure. Les forces du marché en question étaient le manque de candidats pour les emplois les mieux payés, et le besoin conséquent d'offrir une rémunération plus élevée pour ces emplois afin d'attirer des candidats.

A mon avis,²⁰⁰ la décision *Enderby* sur les forces de marché n'est pas cohérente avec la jurisprudence antérieure de la Cour en ce qui concerne l'objectivité des justifications, ni avec le principe de l'égalité des chances. 'Les forces du marché' ne sont pas un critère objectif, mais reposent plutôt sur des généralisations sur la 'valeur marchande' de travailleurs particuliers. Nous avons déjà constaté que la Cour n'accepte pas les simples généralisations sur certaines catégories de travailleurs comme des justifications objectives.²⁰¹ En outre, la justification basée sur les 'forces du marché' manque de transparence. La Cour avait auparavant soutenu dans *Danfoss* que lorsqu'un impact discriminatoire découle d'une politique dont on attend une incidence neutre en matière de sexe, telle que l'utilisation du critère de 'qualité du travail' pour déterminer les augmentations de salaire, cela entraîne la présomption que le critère en question est utilisé pour cacher la discrimination. Il se pourrait que les facteurs réellement pris en compte en vertu du critère opèrent d'une façon discriminatoire, directement ou indirectement, mais lorsque le critère n'est pas transparent, cela ne peut pas être vérifié. De ce fait, lorsque l'utilisation d'un critère particulier crée un désavantage systématique pour les femmes et lorsque le critère n'est pas transparent, il incombe alors à l'employeur de prouver que le critère n'est pas discriminatoire.²⁰² De même, dans *Enderby*, vu que la Cour a supposé que les emplois concernés étaient de valeur égale, les désavantages de la structure de salaire pour les femmes pourraient avoir été jugés soulever une présomption de discrimination cachée. L'employeur n'a pas pu expliquer ces différences par référence à une explication neutre, mais uniquement par référence aux 'forces du marché', ce qui n'explique pas *pourquoi* les forces du marché dans ce cas opéraient systématiquement au détriment des femmes. A cet égard²⁰³ la décision dans *Enderby* n'est pas sensible au désavantage structurel pour les femmes dans le domaine professionnel, et ne semble pas soutenir l'égalité des chances.

La Cour a par contre adopté une approche beaucoup plus forte à l'égard d'une justification basée sur une efficacité économique alléguée dans l'affaire *Hill*.²⁰⁴ Mme Hill avait travaillé dans la fonction publique en Irlande dans le cadre du

partage d'un emploi, puis a repris un poste à plein temps. Elle a alors été placée à un niveau de l'échelle des salaires des emplois à plein temps moins élevé que celui de l'échelle des salaires des emplois partagés qui s'appliquait à elle précédemment. Cette pratique avait été établie par une Circulaire du gouvernement, énonçant que l'expérience du partage d'un emploi acquise chaque année devait être reconnue comme un service à plein temps de six mois seulement, pour le calcul des augmentations de salaire annuelles. La Cour a déclaré que c'était indirectement discriminatoire.²⁰⁵ En ce qui concerne l'argument selon lequel la discrimination était justifiée pour des raisons économiques, la Cour a indiqué carrément,

'il convient de noter qu'un employeur ne peut pas justifier une discrimination résultant d'un régime de partage des emplois uniquement en invoquant le motif que le fait d'éviter une telle discrimination entraînerait une augmentation des coûts'.²⁰⁶

La Cour a fait spécifiquement référence au fait que le régime de partage des emplois permet aux travailleurs de réconcilier la vie professionnelle et la vie familiale. La politique communautaire dans ce domaine consiste à adapter les conditions de travail aux responsabilités familiales dans la mesure du possible. La Cour a souligné que les mesures pour réconcilier la vie professionnelle et la vie familiale sont 'largement reconnues dans les systèmes juridiques des Etats membres comme une garantie naturelle de l'égalité entre les hommes et les femmes'.²⁰⁷

h. restructuration de l'entreprise

Lorsqu'il y a restructuration d'une entreprise, en réponse au climat économique, cela implique souvent des licenciements. Les politiques de l'employeur pour la sélection des travailleurs à licencier sont naturellement extrêmement délicates. Elles peuvent également être indirectement discriminatoires à raison du sexe. Par exemple, étant donné le schéma des emplois des femmes, une politique de licenciement 'dernier arrivé, premier dehors' est susceptible d'être discriminatoire indirectement.²⁰⁸ La Cour a examiné une politique de licenciement potentiellement discriminatoire dans l'affaire *Kachelmann*.²⁰⁹

La législation nationale prévoyait que la sélection pour les licenciements pouvait être faite en tenant compte de 'critères sociaux', lorsque les exigences opérationnelles et économiques de l'employeur n'empêchaient pas une telle sélection. Mme Kachelmann travaillait à temps partiel pour Bankhaus, dans le département des recouvrements. Suite à une réduction de ses activités internationales, Bankhaus a décidé de fusionner son département de recouvrements avec le reste de la section de transactions documentaires; ce qui a nécessité des réaffectations de fonctions et des licenciements. Mme Kachelmann a été licenciée et s'est plainte que l'employeur n'avait pas fait sa sélection en se basant sur des critères sociaux entre tous les travailleurs exerçant les mêmes fonctions, car il n'avait pas comparé son cas à celui des travailleurs à plein temps. Mme Kachelmann avait informé son employeur avant son licenciement qu'elle était disposée à travailler à plein temps. Le tribunal national a déclaré qu'elle n'avait pas de droit contractuel à un transfert à un poste à plein temps, et a conclu que par conséquent sa situation et celle des travailleurs à plein temps n'étaient pas comparables.

La Cour a déclaré que les travailleurs à temps partiel sont plus susceptibles d'être des femmes que des hommes,²¹⁰ et qu'il y a bien plus d'emplois à plein temps disponibles que d'emplois à temps partiel.²¹¹ Il s'ensuit qu'en cas de suppression de postes, les travailleurs à temps partiel sont généralement désavantagés,

car ils ont moins de chance de trouver un autre emploi comparable à plein temps.²¹² De ce fait le manque de comparabilité entre les travailleurs à temps partiel et à plein temps dans la sélection pour les licenciements pourrait être indirectement discriminatoire à raison du sexe.²¹³ La législation nationale pertinente pourrait-elle être justifiée?

Selon la Cour, la législation nationale a pour objet de protéger les travailleurs contre le licenciement, tout en tenant compte des besoins opérationnels et économiques des entreprises. La comparabilité des emplois détermine si le travailleur qui va être licencié pourrait, eu égard à ses qualifications et son expérience acquises jusque là au sein de l'entreprise, faire un travail différent mais équivalent effectué jusque ici par d'autres travailleurs dans l'entreprise. Lorsque les emplois de travailleurs à plein temps et à temps partiel ne peuvent pas être comparés dans le cadre d'une sélection en vue de licenciements, cela pourrait bien entraîner un désavantage pour les travailleurs à temps partiel, comme indiqué ci-dessus. Mais la Cour a été convaincue par le gouvernement allemand que si une telle comparabilité des emplois était introduite sur la base de critères sociaux, cela aurait l'effet opposé, dans le sens où les travailleurs à *plein temps* seraient désavantagés. En cas de suppression de leur poste, il faudrait proposer aux travailleurs à temps partiel un poste à plein temps, même si le contrat de travail ne leur donnait pas droit à un tel poste.²¹⁴

La Cour a alors conclu, par référence à ses déclarations antérieures sur l'appréciation du tribunal national en matière de politique sociale,²¹⁵ que 'la question de savoir si les travailleurs à temps partiel devaient bénéficier d'un tel avantage est une question qui relève du corps législatif national, qui seul doit trouver un juste équilibre, dans sa législation du travail, entre les intérêts divers concernés'.²¹⁶ Ici, la Cour a indiqué que des évaluations avaient été faites sans référence à des considérations fondées sur le sexe des travailleurs. La législation nationale indirectement discriminatoire était par conséquent justifiée.

L'argument de la Cour révèle un manque de sensibilité quant à la réalité de la vie professionnelle pour ceux qui doivent réconcilier les responsabilités professionnelles et les responsabilités familiales, c'est-à-dire en général les femmes. On pourrait avancer que, si la comparabilité des emplois était introduite, il faudrait offrir à *chacun* des travailleurs à plein temps et à temps partiel, faisant partie d'un groupe de travailleurs sélectionnés pour des licenciements, l'autre type d'emploi, même si leur contrat de travail ne leur y donnait pas droit. Le raisonnement de la Cour suppose qu'un emploi à plein temps a une plus grande valeur qu'un emploi à temps partiel pour un travailleur, et de ce fait que les travailleurs à temps partiel à qui l'on offre un emploi à plein temps dans le cadre de licenciements se retrouvent alors dans une meilleure situation qu'ils n'auraient été si l'on s'en tenait aux droits octroyés par leur contrat de travail. Mais cela n'est pas nécessairement le cas pour tous les travailleurs. Certains (en particulier ceux qui doivent combiner leur travail et leurs responsabilités familiales) peuvent considérer l'offre d'un emploi à plein temps comme notablement moins avantageuse pour eux que, disons, une prime de licenciement. L'approche de la Cour envers la justification dans ce cas ne soutient donc pas le principe de l'égalité des chances. Il serait en fait plus approprié d'exiger un test de comparabilité *lié à l'emploi* dans la sélection en vue de licenciements, de façon à ce que l'employeur ait à démontrer que les tâches en question ne pourraient pas être effectuées dans le cadre d'un emploi à temps partiel, ou au moins ne pourraient pas être ainsi exercées sans nuire gravement à l'entreprise tout entière.

3. Justifications liées à l'intérêt public

Les justifications liées à l'intérêt public ont été acceptées pour la première fois par la Cour dans l'affaire *Rinner-Kühn*.²¹⁷ La Cour a déclaré, en ajoutant au test de *Bilka* de justification basée sur des motifs économiques, qu'une disposition législative indirectement discriminatoire pouvait être justifiée, si elle satisfaisait à un objectif nécessaire de la politique sociale [de l'Etat membre].²¹⁸ La Cour n'a pas fait de distinction entre son raisonnement dans *Bilka*, concernant l'argument de l'employeur pour des raisons liées à l'emploi ou à l'entreprise, et des justifications pour des motifs plus généraux d'intérêt public. Il est implicite d'après la jurisprudence subséquente²¹⁹ que des justifications sont possibles également pour les employeurs. Tout comme les justifications liées à l'entreprise, des problèmes peuvent survenir concernant l'équilibre entre les rivalités des demandes des intérêts collectifs dans la politique ou pratique discriminatoire et l'intérêt individuel dans l'égalité de traitement. Comme on l'a constaté ci-dessus, la Cour a assoupli son standard de justification lorsque la politique discriminatoire résulte d'une législation nationale dans le contexte de la sécurité sociale, et dans une certaine mesure dans le contexte du travail. Ceci pourrait être considéré comme reflétant l'opinion de la Cour sur le forum approprié pour équilibrer ces rivalités d'intérêts.

i. promotion des emplois

In 1985, le gouvernement conservateur britannique a augmenté la période de service nécessaire pour permettre aux employés de porter plainte pour licenciement abusif, en la faisant passer de 1 an à 2 ans. Mme Seymour-Smith avait été employée pendant moins de 2 ans et avait été licenciée. Après que sa plainte ait été rejetée parce qu'elle n'avait pas travaillé pendant la période nécessaire, elle a alors contesté la législation nationale sur la période de service nécessaire en invoquant qu'elle violait la DET. Dans *Seymour-Smith*,²²⁰ la Cour a déclaré que la compensation pour une violation du droit de ne pas être licencié de façon abusive constitue une 'rémunération' au sens de l'Article 141 du Traité CE. Les droits à un rétablissement à son poste ou à son ré-embauchement après un licenciement abusif relèvent toutefois du champ d'application de la DET. En appréciant si les réglementations nationales sur l'accès aux remèdes pour un licenciement abusif sont indirectement discriminatoires, il incombe aux tribunaux nationaux de décider du moment auquel de telles réglementations nationales doivent être évaluées et si les statistiques montrent à ce moment précis une incidence disparate des réglementations nationales sur les femmes. Si une telle discrimination indirecte est démontrée, l'Etat membre peut justifier la réglementation en invoquant des motifs de politique sociale légitime, qui doivent être non discriminatoires et proportionnés.

En ce qui concerne la question de la justification objective, la Cour a fait référence à ses arrêts antérieurs dans les affaires *Megner*²²¹ et *Nolte*²²² énonçant qu'un objectif de politique sociale légitime peut justifier une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Le gouvernement britannique a invoqué que la période de service nécessaire de 2 ans avait pour objet d'encourager l'emploi, en éliminant les charges subies par les employeurs, car les employeurs sont susceptibles d'être découragés de recruter s'ils risquent d'avoir des plaintes pour licenciement abusif émanant de salariés récemment embauchés. La Cour a soutenu qu'un Etat membre ne pouvait pas s'appuyer sur 'de simples généralisations' concernant la capacité d'une réglementation nationale d'augmenter les niveaux d'emplois. Un Etat

membre devait présenter une *preuve* sur la base de laquelle on pouvait raisonnablement considérer que les moyens choisis (la période de service nécessaire de 2 ans) étaient appropriés pour l'objectif de la politique sociale (favorisant les emplois). Ce standard exige qu'au moins un Etat membre présente la preuve que sa politique est raisonnable – toutefois, si un Etat membre satisfait à cette exigence minimum, cela suffit probablement pour démontrer la justification. Une contre-preuve, montrant par exemple que les études économiques sur lesquelles s'est basé l'Etat membre présentent des défauts sur le plan méthodologique, ou sont réfutées par d'autres études, n'est pas suffisante pour rendre déraisonnable la présomption de l'Etat membre que sa mesure est un moyen approprié de protéger une politique sociale légitime. Cependant, vraisemblablement à un certain moment, une preuve discréditée cessera d'être un fondement raisonnable pour une politique.

j. promotion des petites entreprises

Dans l'affaire *Kirshammer-Hack*,²²³ la Cour a examiné la compatibilité d'une disposition d'une législation nationale, protégeant les employés contre un licenciement abusif, avec le droit communautaire, cette disposition excluant de son champ d'application les petites entreprises, c'est-à-dire celles ayant cinq salariés maximums. Les travailleurs dans des 'emplois mineurs' étaient exclus dans le cadre de la détermination du nombre d'employés. La question était de savoir si une telle disposition était indirectement discriminatoire à raison du sexe. La Cour a fait remarquer qu'une telle discrimination existait uniquement si l'on démontrait que les petites entreprises employaient un nombre de femmes nettement plus élevé que d'hommes,²²⁴ mais aucune preuve appuyant cette conclusion n'a été présentée à la Cour. La Cour a toutefois poursuivi qu'une telle mesure pouvait être justifiée 'si une législation comme celle en question faisait partie d'un groupe de mesures destinées à réduire les contraintes pour les petites entreprises, qui jouent un rôle essentiel dans le développement économique et la création d'emplois'.²²⁵

k. 'demande sociale' d'emplois atypiques

Comme cela a été constaté ci-dessus, la Cour a considéré le traitement défavorable des travailleurs dans des 'emplois mineurs' comme indirectement discriminatoire à raison du sexe dans les affaires *Megner*²²⁶ et *Nolte*.²²⁷ Une partie de la justification avancée par le gouvernement allemand dans ce contexte était la demande sociale 'd'emplois mineurs', et que le gouvernement souhaitait encourager ce type de travail. Toutefois, les décisions dans *Mener* et *Nolde* ont été prises dans le contexte de la Directive 79/7, et de plus la justification a été avancée par l'état plutôt que par un employeur. Une telle justification était-elle possible pour un employeur traitant défavorablement 'les emplois mineurs', sur le plan de la rémunération ou des conditions de travail?

Cette question a été considérée par la Cour dans l'affaire *Krüger*.²²⁸ Mme Krüger était une infirmière dans un hôpital public de 1990-1995. De 1995 à 1998 elle a pris des congés de maternité et de garde d'enfants et recevait une indemnité de garde d'enfants. Pendant cette période, elle avait un 'emploi mineur' dans cet hôpital.²²⁹ Mme Krüger a demandé à ce qu'on lui paye sa prime de Noël de l'année 1995.²³⁰ L'employeur décida que la convention collective régissant les primes de Noël ne couvrait pas les personnes dans des 'emplois mineurs'. Mme Krüger a porté plainte auprès du tribunal du travail allemand.

Le tribunal national décida que l'exclusion des personnes dans des 'emplois mineurs' – faite par le biais de la convention collective pour les employés de la fonction publique – était indirectement discriminatoire à l'égard des femmes. Plus de 90 % des personnes qui reçoivent une indemnité de garde d'enfants sont des femmes. Le tribunal national a demandé à la Cour si une législation nationale, qui prévoit que les salariés non assujettis au régime de sécurité sociale obligatoire qui travaillent pendant leur congé parental, par opposition aux employés assujettis à ce régime, ne reçoivent pas une prestation annuelle spéciale (la prime de Noël), est compatible avec le droit communautaire. La question était essentiellement de savoir si l'exclusion des travailleurs exemptés du régime de sécurité sociale obligatoire concernant la prime de Noël est une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

La Cour a souligné que l'exclusion des personnes dans des emplois mineurs du régime de sécurité sociale est destinée à satisfaire une demande sociale d'emplois mineurs que le gouvernement allemand souhaitait soutenir, en faisant référence à *Megner et Nolte*.²³¹ Toutefois, la Cour a poursuivi qu'une telle exclusion ne pouvait pas modifier le principe fondamental du droit communautaire selon lequel les hommes et les femmes devaient recevoir une rémunération égale pour le même travail.²³² La Cour a ensuite explicitement stipulé que si le tribunal national déclarait que c'était une discrimination indirecte fondée sur le sexe, elle devrait conclure que la convention collective violait l'Article 141 du Traité CE.²³³ *Krüger* a trait à une situation différente de celle des affaires *Megner et Nolte*. Ce n'était pas une mesure de législation nationale qui était en cause, et l'exclusion des travailleurs dans des emplois mineurs de l'octroi de la prime de Noël n'était pas nécessaire pour la cohérence structurelle du régime de sécurité sociale allemand.²³⁴

Il découle de l'affaire *Krüger* que les employeurs (en tant que partie des conventions collectives, et vraisemblablement, en tant qu'individus) n'ont pas à leur disposition le même large éventail de justifications liées à l'intérêt public que celui admis pour les gouvernements des États membres. Lorsqu'une discrimination indirecte résulte d'une convention collective, une référence aux raisons qui justifieraient une mesure adoptée par un corps législatif national dans le cadre de sa politique nationale ne suffira pas. Il semblerait que la justification concernant la cohérence structurelle du régime de sécurité sociale était cruciale dans les affaires *Megner et Nolte*. Les deux autres justifications avancées par le gouvernement allemand dans *Megner et Nolte* (la demande sociale d'emplois mineurs et le risque 'de travail au marché noir') sont basées sur l'hypothèse que les employeurs tirent parti de l'exclusion des travailleurs dans des emplois mineurs du régime obligatoire. L'arrêt *Krüger* circonscrit cet avantage: on ne peut en bénéficier qu'en rapport avec l'obligation de payer des cotisations de sécurité sociale obligatoire exigée par la loi. Les travailleurs dans des 'emplois mineurs' – des femmes pour la plupart – doivent être traités de la même façon pour tous les autres avantages qui leur sont accordés, si ces avantages peuvent être considérés comme une 'rémunération' au sens de l'Article 141 du Traité CE. Ce principe s'étend vraisemblablement aussi à l'égalité de *traitement* dans le contexte du travail.

I. Manque de responsabilité de l'employeur pour les travailleurs atypiques

L'affaire *Rinner-Kühn*²³⁵ concernait la disposition d'une législation nationale exigeant que les employeurs paient une indemnité de maladie pendant une période allant jusqu'à six semaines, mais excluait de son champ d'application les

travailleurs dans des 'emplois mineurs'.²³⁶ Mme Rinner-Kühn faisait partie de cette catégorie et s'est vue refuser l'indemnité de maladie. Cette exclusion était manifestement une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

Le gouvernement allemand a cherché à justifier cette discrimination en invoquant que,

'les travailleurs concernés par la législation en question n'étaient pas aussi intégrés dans l'entreprise de l'employeur, ni aussi dépendant d'elle que les autres travailleurs et que, par conséquent, les conditions pour obliger leur employeur à leur fournir une assistance, y compris le fait de continuer à payer leur salaire, n'étaient pas satisfaites'.²³⁷

Selon la Commission, cet argument était sans fondement. Il ne pouvait pas être considéré comme défendable sur le plan économique, ni nécessaire sur le plan social, pour permettre aux travailleurs à plein temps de recevoir une indemnité de maladie pendant six semaines et la refuser aux travailleurs à temps partiel qui sont moins favorisés sur le plan social. La Commission a souligné qu'une telle réglementation supprime la protection précisément dans le cas où elle est la plus nécessaire.²³⁸ La Cour a soutenu qu'une législation nationale comme celle en cause était illégale, à moins qu'une justification objective ne puisse être démontrée,²³⁹ et que les justifications pouvaient inclure les objectifs nécessaires de la politique sociale.²⁴⁰ Toutefois, la Cour a indiqué qu'une telle justification ne pouvait pas être démontrée par référence à des 'généralisations sur certaines catégories de travailleurs'²⁴¹ comme, dans cette affaire, des déclarations que les travailleurs à temps partiels ne sont pas intégrés dans, ni liés à, l'entreprise de l'employeur de manière comparable à celle des travailleurs à plein temps.

L'approche de la Cour dans ce cas soutient l'égalité des chances. On pourrait considérer que la discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la disposition d'indemnité de maladie cache un stéréotype des sexes dans son application. Selon ce stéréotype, seuls les travailleurs à plein temps (masculins) font un 'véritable travail', en tant que soutien de famille principal, et devraient recevoir une assistance (et indirectement leur famille), prévue dans la législation nationale, en matière de sécurité sociale, dont des lois qui imposent aux employeurs des obligations de paiement d'indemnité de maladie, s'ils ne peuvent pas recevoir leur salaire en raison d'une maladie. Le travail à temps partiel (travail de femme) est un supplément destiné à 'l'argent pour le ménage', et n'est pas du 'vrai travail', par conséquent il n'est pas nécessaire de fournir aux travailleurs à temps partiel une sécurité sociale en cas de maladie. Cela sous-entend qu'il y a un 'véritable soutien de famille' qui peut subvenir aux besoins d'un travailleur à temps partiel lorsqu'il est malade. Ce raisonnement ignore le fait que, dans de nombreuses familles, le revenu d'une femme qui travaille à temps partiel fait une grande différence pour le revenu de *subsistance* de la famille. La Cour a donc raison de rejeter cette soi-disant justification.

Malheureusement la Cour a été moins forte dans son approche pour l'affaire *Kowalska*²⁴² dans laquelle un argument similaire avait été avancé. *Kowalska* avait trait à la nature justifiable de l'exclusion des travailleurs à plein temps du droit à une indemnité de cessation d'emploi à leur départ en retraite. L'employeur, qui était le défendeur, considérait que cette réglementation indirectement discriminatoire était justifiée par le fait que les travailleurs à temps partiel ne mettent pas toute leur capacité de travail à la disposition de l'employeur²⁴³ et que les travailleurs à temps

partiel ne subviennent pas à leurs besoins et à ceux de leur famille exclusivement avec le revenu de leur emploi.²⁴⁴

L'Avocat général a identifié ces justifications comme de 'simples généralisations affectant certaines catégories de travailleurs'.²⁴⁵ Il n'est tout simplement pas vrai que le revenu de tous les travailleurs à temps partiel est toujours un 'supplément' qui vient compléter le revenu familial. Au contraire, le revenu d'un travailleur à temps partiel, notamment dans le cas des mères et pères célibataires, peut être crucial pour le bien-être de la famille. L'Avocat général a souligné une 'similarité marquée' entre la justification avancée dans *Kowalska* et celle rejetée par la Cour dans *Rinner-Kühn*. La Cour omet toutefois cette étape de l'analyse dans son jugement, en réaffirmant simplement qu'il incombe au tribunal national de décider si des raisons objectives justifient la discrimination indirecte fondée sur le sexe dans ce cas.

m. Respect des conventions collectives

Dans *Kowalska*, les droits différents des travailleurs à temps partiel et à plein temps à une indemnité de cessation d'emploi faisaient partie intégrante d'une convention collective. Le tribunal national a demandé si, si les dispositions étaient déclarées indirectement discriminatoires, le droit communautaire exigeait que les travailleurs à temps partiel soient traités de la même façon que les travailleurs à plein temps, vu l'application du principe de la liberté de contrat des parties d'une convention collective. La question essentielle était de savoir si le fait d'intégrer complètement la différence de traitement, indirectement discriminatoire, dans une convention collective pouvait constituer une justification de la discrimination. Cette question avait déjà été considérée par l'Avocat général dans l'affaire *Danfoss*, qui estimait que l'existence de deux conventions collectives séparées, l'une pour les hommes et l'autre pour les femmes, n'empêcherait pas l'application de l'Article [141]. Bien qu'il ne soit pas illégal *en soi* d'avoir des conventions collectives séparées, la *manière* dont les conventions opéreraient serait cruciale.

Dans *Kowalska*, la Cour a statué que le fait de simplement intégrer complètement des mesures discriminatoires dans une convention collective ne pouvait pas justifier une discrimination indirecte. L'Article [141] du Traité CE a pour effet direct d'exiger que les travailleurs à temps partiel bénéficient du même régime que les travailleurs à plein temps, proportionnellement au nombre d'heures travaillées. Bien que la question dans *Kowalska* ait trait principalement au remède, la décision concernant le statut des conventions collectives en tant que justification d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe a été confirmée dans l'affaire *Enderby*. Dans ce cas, la Cour d'Appel d'Angleterre a demandé spécifiquement si l'employeur pouvait s'appuyer sur le fait que les différents taux de rémunération des emplois en question étaient décidés par le processus de conventions collectives, comme une justification de la discrimination. La Cour a soutenu sans ambiguïté qu'il ne le pouvait pas, en soulignant que, si une telle justification était possible, les employeurs pourraient facilement contourner le principe de l'égalité des rémunérations.²⁴⁶

Le rejet des processus de conventions collectives séparées en tant que justification de discrimination indirecte fondée sur le sexe va dans le sens de l'égalité des chances, puisque demander simplement si le fait d'arriver à deux niveaux de rémunération était dû à l'opération de deux processus différents n'est pas suffisant. Il est nécessaire de s'attacher à ce qu'il y a *derrière* ces processus et de

demander *pourquoi* une convention collective a permis d'arriver à un résultat plus favorable que l'autre.²⁴⁷ Ceci pourrait être dû au fait que les syndicats ont toujours été plus efficaces pour obtenir des meilleures rémunérations pour les hommes que pour les femmes,²⁴⁸ et ceci pourrait être lui-même dû au fait que le travail des hommes a toujours été plus valorisé par le marché que celui des femmes. De ce fait, l'utilisation de différentes conventions comme une justification en elles-mêmes pourrait être destinée à cacher des forces discriminatoires sous-jacentes. La liberté de contrat, dans les mains des syndicats axés sur les hommes, peut signifier la liberté de perpétuer les hypothèses et les pratiques fondées sur le sexe concernant le statut et la valeur des emplois, notamment la supposition que les 'emplois' masculins, effectués par le soutien de famille, doivent avoir un taux de rémunération suffisamment élevé pour subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants. Comme nous l'avons constaté, en fait une grande proportion de familles, et ce chiffre va en croissant, est soutenue par des femmes ou dépend du revenu d'une femme.²⁴⁹

n. Maintien de la participation des travailleurs

La Cour a entamé le dialogue avec les tribunaux allemands concernant la différence de traitement des travailleurs à temps partiel qui participent au comité d'entreprise et à d'autres systèmes de représentation du personnel dans l'entreprise de l'employeur. La Cour a considéré cette question pour la première fois dans l'affaire *Bötel*,²⁵⁰ concernant l'application aux travailleurs à temps partiel des dispositions de la législation nationale, prévoyant une compensation pour les travailleurs qui demandent des congés pour faire des stages de formation afin de pouvoir participer aux comités d'entreprise. La législation admettait une compensation uniquement pour le temps que les employés auraient travaillé s'ils n'avaient pas fait le stage. Ceci avait pour effet que les travailleurs à temps partiel recevaient une indemnité inférieure pour le même stage de formation que les travailleurs à plein temps.

La Cour a déclaré, ce qui est sujet à controverse, que la 'compensation' pour faire le stage de formation était une 'rémunération' au sens de l'Article 141 du Traité CE.²⁵¹ Dans l'affaire *Helmig*,²⁵² la Cour a établi que lorsqu'on compare la rémunération des travailleurs à plein temps et à temps partiel aux fins d'une demande en vertu de l'Article 141 du Traité CE, la comparaison pertinente doit être faite entre les rémunérations pour le même nombre d'heures travaillées. Par conséquent, lorsque des travailleurs à temps partiel font un stage de formation pour participer à une représentation du personnel, mais ne reçoivent pas la 'compensation' donnée aux travailleurs à plein temps pour ce stage, avec pour motif le fait que les heures du stage étaient en dehors des heures de travail normales des travailleurs à temps partiel (sous-entendu pendant leur 'temps libre'), ceci est une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Le système global semble s'articuler autour d'une notion des heures 'normales' de travail axée sur le sexe et ne tenait pas compte du fait que les heures concernées ne sont pas probablement pas 'libres' du tout pour les travailleurs à temps partiel, qui pourraient par exemple avoir besoin d'organiser (et de payer) un service de garde d'enfants pendant ce temps-là.

La justification du gouvernement allemand était axée sur son affirmation que la différence de traitement était due entièrement à la différence d'heures de travail, et que puisque la législation prévoyait une compensation pour les heures non

travaillées, il n'y avait pas discrimination. La Cour a soutenu que cet argument ne changeait pas l'impact négatif sur les travailleurs à temps partiel, bien que les deux catégories de travailleurs aient donné une partie de leur temps pour la formation, 'afin de sauvegarder efficacement les intérêts des salariés dans l'intérêt des bonnes relations de travail'.²⁵³ La Cour a réservé au tribunal national la possibilité d'établir que la discrimination était justifiée pour une autre raison.²⁵⁴

Malgré l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Bötel*, on a demandé à la Cour d'examiner à nouveau cette question dans les affaires *Lewark*²⁵⁵ et *Freers and Speckmann*.²⁵⁶ La raison des références est le statut spécial des comités d'entreprise dans l'organisation de la politique nationale en matière d'emploi et des relations de travail du gouvernement allemand. L'indépendance des comités d'entreprise est garantie, *entre autres*, par le principe que les membres des comités d'entreprise exercent leurs fonctions sans manque à gagner et sans motivation financière pour assumer de telles responsabilités.²⁵⁷ La Cour a répété que les effets discriminatoires de la législation pourraient être justifiables par des considérations de politique sociale nationale. Toutefois, la Cour a poursuivi en indiquant que la législation allemande était susceptible de 'décourager [les travailleurs à temps partiel] ... d'exercer des fonctions de comité d'entreprise ou d'acquérir les connaissances nécessaires à leur exercice, ce qui rend plus difficile la représentation de cette catégorie de travailleurs par des membres qualifiés du comité d'entreprise'.²⁵⁸ La sous-représentation des femmes dans les structures de conventions collectives est bien documentée.²⁵⁹ Cette déclaration pourrait être considérée comme une suggestion de la part de la Cour que la justification non discriminatoire nécessaire n'était pas présente dans ce cas;²⁶⁰ toutefois la Cour n'a pas définitivement empêché le tribunal national de déclarer le contraire.

o. Bonne gestion des régimes de sécurité sociale

Dans la seule affaire pour laquelle la Cour a interprété jusqu'ici la Directive 86/613 sur l'égalité de traitement pour les professions libérales et les personnes exerçant une activité indépendante, l'affaire *Jørgensen*,²⁶¹ la Cour a examiné la réorganisation des rémunérations des médecins spécialistes dans le cadre du système de santé national danois. Afin d'empêcher ces médecins 'qui avaient un cabinet à temps partiel' de négliger leurs autres fonctions dans les hôpitaux publics, un plafond uniforme a été fixé pour le chiffre d'affaires de tels cabinets à temps partiel. De plus, les cabinets ont été reclassés, par référence à leur chiffre d'affaires de l'année précédant la réorganisation, comme des cabinets à plein temps ou à temps partiel. En cas de vente toutefois, les cabinets étaient automatiquement classés comme des cabinets 'à temps partiel'.

Le cabinet de Mme Jørgensen avait été auparavant considéré comme 'un cabinet à plein temps', et est en fait resté ainsi après la réorganisation. Cependant, Mme Jørgensen a argué que si elle devait le vendre, le montant annuel des honoraires que l'acheteur pourrait recevoir serait fixé par le plafond. Etant donné qu'un cabinet médical est un investissement pour une retraite future, cela affectait par conséquent le revenu de pension prévu de Mme Jørgensen.²⁶² Mme Jørgensen a souligné qu'elle avait toujours travaillé à plein temps dans son cabinet et qu'elle n'avait en fait exercé aucune autre fonction dans des hôpitaux publics. Son chiffre d'affaires peu élevé était dû au fait qu'elle avait dû consacrer du temps à ses obligations familiales lorsque ses enfants étaient petits. Elle a soutenu que le plan de réorganisation était indirectement discriminatoire, puisqu'il affectait une plus

grande proportion de spécialistes féminins que masculins, vu que les femmes se chargent d'élever les enfants plus souvent que leurs homologues masculins et pour cette raison font un chiffre d'affaires moins élevé. Il y a eu un certain désaccord sur la question de savoir si les statistiques indiquaient une telle discrimination indirecte fondée sur le sexe.²⁶³ Cependant, la Cour a été suffisamment convaincue de l'existence d'une telle discrimination et a donc également examiné la question de justification objective.

Le gouvernement danois a invoqué que les fonctions de réorganisation étaient destinées à limiter les dépenses publiques pour les soins de santé assurés par des spécialistes et à améliorer la planification financière et géographique du nombre de ces spécialistes.²⁶⁴ La cour nationale de justice a demandé si des considérations liées à des restrictions budgétaires, des économies ou une planification des cabinets médicaux pouvaient constituer des justifications objectives. La Cour a réitéré sa décision antérieure dans l'affaire *De Weerd*²⁶⁵ énonçant que, bien que des considérations budgétaires puissent sous-tendre le choix de politique sociale d'un Etat membre et influencer la nature ou le champ d'application de ses mesures de protection sociale, elles ne constituent pas *en soi* un objectif poursuivi par cette politique et ne peuvent par conséquent pas fournir une justification de discrimination fondée sur le sexe.²⁶⁶ La Cour a également fait explicitement référence au fait que l'égalité de traitement fondée sur le sexe est un principe fondamental du droit communautaire.²⁶⁷ Toutefois, la bonne gestion des dépenses publiques pour les soins de santé spécialisés et la garantie de l'accès à de tels soins pourraient constituer des justifications objectives légitimes.²⁶⁸

p. Défense?

Un certain nombre d'Etats membres, dont l'Allemagne, imposent le service militaire obligatoire²⁶⁹ à tous les jeunes hommes. Les femmes sont exclues d'une telle obligation. La Cour examinera considérera la façon dont cela met en question la discrimination directe fondée sur le sexe dans l'affaire *Dory*.²⁷⁰ Toutefois, la Cour a déjà examiné une demande sur la discrimination *indirecte* fondée sur le sexe découlant de cette question.²⁷¹ La législation sur la fonction publique dans l'état allemand de Hesse prévoit que, s'il n'y a pas suffisamment de places pour le stade pratique de la formation juridique, et si de ce fait des candidats qualifiés doivent reporter à plus tard leur inscription, ceux qui ont fait leur service militaire obligatoire (par définition les hommes) seront parmi ceux qui auront une place en priorité. Mme Schnorbus avait été refusée pour une place de formation juridique et a soutenu que les réglementations faisaient une discrimination à l'égard des femmes, car seuls les hommes peuvent faire leur service militaire obligatoire. On a argué que la réglementation, destinée à contrebalancer le désavantage subi par ceux qui devaient faire leur service militaire, était objectivement justifiée.

La Cour a déclaré qu'il y avait discrimination indirecte fondée sur le sexe.²⁷² Sur la question de justification, on a présenté un certain nombre de questions à la Cour. Le fait que la réglementation entraîne *automatiquement* l'admission préférentielle des hommes était-il suffisant pour exclure la justification en vertu de l'Article 2 (4) DET?²⁷³ Si la réponse était non, une telle réglementation était-elle justifiable en vertu de l'Article 2 (4) DET, même si c'était une mesure destinée à promouvoir l'égalité des chances *en faveur des hommes*?²⁷⁴ Le simple fait que seuls les hommes doivent faire leur service militaire doit-il être considéré comme une inégalité existante au sens de l'Article 2 (4) DET qui porte atteinte aux chances des

hommes, ou faut-il également tenir compte des désavantages à l'égard des femmes? La réglementation peut-elle être justifiée uniquement sur la base qu'elle contrebalance les désavantages qui n'affectent pas les femmes? La Cour a traité toutes ces questions ensemble, d'une manière distinctivement superficielle. Bien qu'elle ait déclaré que la discrimination était *indirecte*, et par conséquent logiquement que les justifications ne doivent pas être limitées aux dérogations expresses prévues dans la DET, la Cour a considéré l'Article 2 (4) DET comme le fondement de la justification. Elle a simplement déclaré

'il est clair que la disposition en cause, qui tient compte du retard subi dans la progression de leur éducation par les candidats à qui il a été demandé de faire leur service militaire ou civil, est objective de par sa nature et résulte uniquement du désir de contrebalancer dans une certaine mesure les effets de ce retard'²⁷⁵

et par conséquent la disposition ne pouvait pas être considérée comme contraire au principe de l'égalité de traitement.²⁷⁶ En outre, la Cour a déclaré que la disposition n'était pas disproportionnée, car le retard n'était que de 12 mois maximums et le service militaire ou civil est au moins de cette durée.²⁷⁷

Sous-jacente à cette approche formaliste technique se pose une question fondamentale sur le caractère justifiable de la restriction historique du service militaire aux hommes. Cette question oppose le 'droit fondamental' à l'égalité de traitement en droit communautaire à une disposition constitutionnelle d'un Etat membre, avec référence à la défense militaire, une affaire qui n'est manifestement pas du ressort des compétences communautaires et qui est d'une importance nationale extrême. Les parties plaidantes et la Cour semblaient souhaiter vivement éviter cette question dans *Schnorbus*: mais la Cour ne pourra pas l'éviter dans l'affaire *Dory*.

D Discrimination judiciaire non justifiable

Comme nous l'avons constaté, la discrimination directe ne peut pas être justifiée excepté par référence à des dérogations législatives spécifiques. Il n'existe pas de telles dérogations concernant le respect de l'égalité des rémunérations,²⁷⁸ uniquement concernant l'égalité de traitement. La proposition de modification de la DET inclura le harcèlement sexuel dans la définition de la discrimination fondée sur le sexe. Il est suggéré qu'une telle forme de discrimination doit également ne pas être justifiable. Ceci en raison de la nature de la discrimination définie dans la proposition comme 'conduite indésirable liée au sexe... aux fins ou avec l'effet d'affecter la dignité d'une personne...'. La référence à la dignité souligne l'idée que la discrimination au moyen d'un harcèlement sexuel est étroitement liée au droit fondamental de ne pas être victime d'une discrimination fondée sur le sexe. Il ne peut y avoir aucune justification du non-respect de ce droit fondamental dans ce contexte.

E Conclusions

La Cour semble adopter différents standards pour la justification de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle, en fonction des conditions dans lesquelles la discrimination survient. La discrimination directe fondée sur le sexe en matière de rémunération n'est pas justifiable. Une version

relativement forte du test de proportionnalité est appliquée à la discrimination directe fondée sur le sexe en matière d'accès à l'emploi et de conditions de travail. La Cour retient une version relativement forte de la proportionnalité lorsqu'elle évalue les justifications liées à l'emploi et celles liées à l'entreprise invoquées pour la discrimination indirecte fondée sur le sexe, tout du moins lorsqu'elles sont avancées par un employeur. Les justifications plus générales liées à l'intérêt public, en particulier lorsqu'elles sont avancées par un Etat membre comme l'un des principaux éléments de sa politique sociale générale, font seulement l'objet d'un test plus faible de proportionnalité lié au caractère raisonnable des motifs.

Les différences de standards pour la justification sont probablement mieux expliquées par les 'limites' du droit communautaire et la nécessité de respecter l'appréciation nationale en ce qui concerne les politiques de sécurité sociale et d'autres politiques sociales en dehors du domaine de l'emploi, une question bien au-delà des compétences communautaires.²⁷⁹ Ceci explique également pourquoi la jurisprudence de la Cour concernant l'égalité des sexes a été (généralement) acceptée par les tribunaux nationaux, sans provoquer les conflits constitutionnels qui pouvaient être escomptés en rapport avec un principe 'constitutionnel' tel que l'égalité.²⁸⁰ Toutefois, cela n'est pas compatible avec les déclarations générales de la Cour sur l'importance de l'égalité des sexes en tant que droit fondamental de la personne humaine dans l'ordre juridique de la Communauté.

Notes

- 1 voir Barnard, *EC Employment Law* (Oxford: OUP, 2000); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996); Ellis, 'The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law' 19 *ELRev* (1994) 563; Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' 21 *ILJ* (1992) 119; et encore, 'Equal Treatment' of the Sexes in Community Law: What does 'Equal' mean? 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; More, 'Equality of Treatment in European Community Law: The Limits of Market Equality' dans Bottomley, éd., *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (London: Cavendish, 1996).
- 2 Pour une introduction utile du point de vue américain, voir Bartlett et Kennedy, éd., *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (Boulder: Westview, 1991); du point de vue britannique, voir Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002) et Fredman, *Women and the Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), notamment le chapitre 1.
- 3 Manifestement, la législation sur la discrimination ne peut à elle seule traiter toutes les causes profondément ancrées des inégalités. Néanmoins les droits légaux ont un rôle à jouer pour offrir un recours en justice dans le cas de plaintes individuelles et pour structurer le comportement social.
- 4 Un certain nombre d'auteurs considèrent que c'est le cas, voir Barnard, supra n 1, p 206-208; Fredman (2002), supra n 2, notamment p 136-143; cf Von Prondzynski et Richards, 'Equal Opportunities in the Labour Market: Tackling Indirect Sex Discrimination' 1 *EPL* (1995) 117-138.
- 5 Voir encore Barnard, supra n 1, p 198; Barnard, 'EC Sex Equality Law: A Balance Sheet' in Alston, éd., *The EU and Human Rights* (Oxford: OUP, 1999); Barnard, 'The Economic Objectives of Article 119 CE' dans Hervey et O'Keefe, éd., *Sex equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); Et encore, 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right' dans Craig et de Búrca, éd., *The Evolution of EU Law* (Oxford: OUP, 1999); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996, chapitre 4).

- 6 Voir affaire 43/75 *Defrenne No 2* [1975] Rec 455: 'L'Article 119 a un double objectif ... à la fois économique et social ...'; Affaire 149/77 *Defrenne No 3* [1978] Rec 1365: 'le respect des droits fondamentaux de la personne humaine est l'un des principes généraux du droit communautaire ... on ne peut pas douter que l'élimination de la discrimination fondée sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux'. Voir encore, Docksey, 'The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law' 20 ILJ (1991) 258-280; Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' dans Sciarra, éd., *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice* (Oxford: Hart, 2000) Flynn, 'Equality Between Men and Women in The Court of Justice' 18 YEL (1998) 259; Loenen, 'Rethinking Sex Equality as a Human Right' (1994) *Publication trimestrielle des Pays-Bas sur les Droits de la Personne Humaine*, 253.
- 7 Affaire C-13/94 [1996] Rec I-2143. Voir encore Barnard, 'P v S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?' dans Dashwood et O'Leary, éd., *The Principle of Equal Treatment in CE Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997); Flynn, 'The Body Politic(s) of CE Law' dans Hervey et O'Keeffe, éd., *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); Flynn, 34 CMLRev (1997) 367; Stychin, 2 *International Journal of Discrimination and the Law* (1997) 217; Wintemute, 'Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes' 60 MLR (1997) 334; Skidmore, 'Can Transsexuals Suffer Sex Discrimination?' 19 JSWFL (1997) 105
- 8 Paragraphe 19. Voir également l'opinion de l'Avocat général au paragraphe 22: 'La Directive n'est rien si elle n'est pas l'expression d'un principe général et d'un droit fondamental ... Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes généraux du droit communautaire, et la Cour a le devoir d'en assurer le respect'. La Cour a adopté une approche similaire dans l'Affaire C-132/92 *Birds Eye Walls / Roberts* [1993] Rec I-5579 lorsqu'elle a déclaré que le principe de l'égalité des rémunérations pour les femmes et les hommes était 'comme le principe général de non-discrimination qu'il renferme sous une forme spécifique'.
- 9 Paragraphe 22.
- 10 Affaire C-50/96 [2000] Rec I-743.
- 11 Cit. Affaire 149/77 *Defrenne No 3*; Affaires 75/82 et 117/82 *Razzouk et Beydoun / Commission* [1984] Rec 1509 et Affaire C-13/94 *P / S*.
- 12 Paragraphe 57.
- 13 Voir aussi Ellis, 'Proportionality in CE Discrimination fondée sur le sexe Law' dans Ellis, éd., *The Principle of Proportionality in the laws of Europe* (Oxford: Hart, 1999), p 166; Prechal, 'Combating Indirect Discrimination in Community Law Context' (1993) LIEI 81-97, à 87.
- 14 Voir, par exemple, Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' 21 ILJ (1992) 119; et encore, 'Equal Treatment' of the Sexes in Community Law: What does 'Equal' mean? 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; Fenwick et Hervey, 'Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice' 32 CMLRev (1995) 443; De Búrca, 'The Role of Equality in Community Law' dans Dashwood et O'Leary, éd., *The Principle of Equal Treatment in CE Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997)
- 15 Affaire C-249/96 [1998] Rec I-621. Voir encore, Bamforth, 'Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South West Trains*' 63 MLR (2000) 694; Wintemute, supra n 7; Bell, 'Shifting Conception of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v S* to *Grant v SW*' 5 ELJ (1999) 63; Armstrong, 'Tales of the Community: sexual orientation discrimination and CE law' 20 JSWFL (1998) 455; Kenner, *Employment Law in the European Union: From Rome to Amsterdam* (Oxford: Hart, 2002 à paraître), chapitre 10.
- 16 En ce qui concerne la législation du travail, l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale est traité dans les Directives 79/7/CEE et 86/378/CE; l'égalité de

- traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale est traité dans l'Article 141 du Traité CE. La discussion sur la justification de la discrimination fondée sur le sexe dans le contexte de la sécurité sociale dépasse les limites de ce document. Pour des renseignements complémentaires, voir, Hervey et Shaw, 'Women, Work and Care: Women's Dual Role and Double Burden in CE Sex Equality Law' 8 JESP (1998) 43-63; Hervey, 'Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence' 4 ELJ (1998) 196-219; Sohrab, *Sexing the Benefit: Women, Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law* (Aldershot: Dartmouth, 1996); Whiteford, *Adapting to Change: Occupational Pension Schemes, Women and Migrant Workers* (Deventer: Kluwer, 1997).
- 17 Elle est complétée par la Directive 75/117/ECE JO 1975 L 45/19.
- 18 JO 1976 L 39/40.
- 19 COM(2000) 334; Rapport du Parlement Européen A5/2001/173; COM(2001) 321, définitif; Position Commune du Conseil 32/2001 JO 2001 C 307/5; COM(2001) 689, définitif.
- 20 JO 1986 L 359/56.
- 21 Directive 92/85/CE JO 1992 L 348/1.
- 22 Directive 97/81/CE JO 1998 L 14/9; Directive 99/70/CE JO 1999 L 175/143.
- 23 Directive 96/34/CE JO 1996 L 145/4; modifiée par la Directive 97/75/CE JO 1998 L 10/24.
- 24 Directive 2000/43/CE JO 2000 L 180/22.
- 25 Directive 2000/78/CE JO 2000 L 303/16.
- 26 Voir aussi Kilpatrick, 'Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues Between UK Courts and the CEJ' 4 ELJ (1998) 121-147, à 144; Barnard, supra n 1, p 218; Ellis, 'The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality' 37 CMLRev (2000) 1403-26, à 1407-11; Nielsen, 'The Concept of Sex Discrimination: Recent Developments and Future Perspectives in EU Law', dans Kalliomaa-Puha, éd., *Perspectives of Equality* (Copenhague: Conseil des Ministres Nordiques, 2000).
- 27 Lorsque l'application d'un critère ou d'une pratique, lui(elle)-même neutre à raison du sexe, a pour effet de faire une discrimination à l'égard des femmes (ou des hommes), car il ou elle désavantagerait en fait une proportion nettement plus élevée de femmes que d'hommes. Voir par ex. Affaire 170/84 *Bilka Kaufhaus* [1986] Rec 1607 où l'exclusion de travailleurs à temps partiel d'un régime professionnel de pension de retraite avait pour effet de désavantager bien plus de femmes que d'hommes. L'intention de l'employeur n'est pas pertinente pour déterminer une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Les problèmes consistent à identifier le groupe d'éléments de comparaison approprié, et à déterminer ce qu'est 'une proportion nettement plus élevée' de femmes (ou d'hommes) et de décider à quel moment l'effet discriminatoire devrait être jugé, voir Affaire C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] Rec I -623.
- 28 Lorsqu'un sexe est traité moins favorablement que l'autre à raison du sexe; voir par ex. Affaire 129/79 *Macarthy v Smith* [1980] Rec 1275 dans laquelle une femme était payée moins qu'un homme qui faisait le même travail.
- 29 Voir l'opinion de l'Avocat général dans *Grant*, paragraphe 38; et l'argument contraire de l'Avocat général dans l'Affaire C-312/92 *Roberts* [1993] Rec I-5579.
- 30 Voir également Ellis, supra n 13, qui discute l'application de la proportionnalité concernant la discrimination fondée sur le sexe, directe et indirecte, en droit communautaire.
- 31 Dans la pratique, cela pourrait être pertinent en terme de charge de la preuve. La Directive 97/80/CE, Article 4, stipule que 'Dès qu'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établit ... des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement'. Cela pourrait également être pertinent en termes de réponse

- émotionnelle du(de la) salarié(e) victime de la discrimination – c’est une chose de se voir dire que, en vertu de la loi vous avez fait l’objet d’une discrimination et que c’est justifié pour une raison d’ordre majeur, mais c’est tout autre chose de se voir dire que la loi ne considère absolument pas l’activité comme une discrimination.
- 32 Voir Affaire 222/84 *Johnson v Chief Constable of the RUC* [1986] Rec 1651, paragraphe 38; Affaire 318/86 *Commission / République Française (Discrimination fondée sur le sexe dans la fonction publique)* [1988] Rec 3559.
- 33 Affaire 222/84 *Johnson v Chief Constable of the RUC* [1986] Rec 1651; Affaire C-273/97 *Sirdar v The Army Board* [1999] Rec I-7403; Affaire C-285/98 *Kreil / Allemagne* [2000] Rec I-69.
- 34 Affaire 248/83 *Commission / Allemagne (Législation sur la discrimination fondée sur le sexe)* [1985] Rec 1459.
- 35 Texte de la Position Commune du Conseil 32/2001/CE JO 2001 C 307/5 (JOCE C 307/5).
- 36 COM(2000) 334, définitif.
- 37 La proposition initiale et les modifications proposés par le Parlement incluaient une déclaration explicite énonçant que la dérogation au principe d’égalité restera dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l’objectif visé. La Parlement européen souhaitait supprimer les termes ‘ou des conditions de son exercice’, parce que cela conduit souvent à des abus; voir le Rapport Hautala du Parlement européen, A5/2001/173, p 20. Selon le Parlement, cela serait compatible avec la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, vu que les éléments contextuels du lieu de travail pourraient être pertinents en termes de protection de droits compensatoires importants, tels que protection de la vie privée, il semblerait que l’inclusion de cette disposition soit appropriée.
- 38 La Commission (COM(2001) 321, définitif) et le Parlement ont également préféré ajouter une phrase au début de l’Article 2 (2) DET énonçant que les exclusions générales d’un sexe de l’accès à tout type d’activité professionnelle constituent une discrimination au sens de la Directive. Ceci a été rejeté par le Conseil sur la base que cette phrase contredirait le reste de la disposition, qui stipulait que certaines caractéristiques liées au sexe pourraient justifier une différence de traitement. De plus, on estimait qu’elle devrait être omise pour être cohérente avec la formulation des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE basées sur l’Article 13.
- 39 Bien que naturellement Fiona Shaw et Sarah Bernhardt aient joué le rôle d’Hamlet; merci à Philip Rostant de me l’avoir signalé.
- 40 Affaire 165/82 [1983] Rec 3431.
- 41 Affaire 318/86 *Commission / République Française (Discrimination fondés sur le sexe dans la fonction publique)* [1988] Rec 3559.
- 42 Affaire 222/84 [1986] Rec 1651.
- 43 Paragraphes 36–37.
- 44 Voir Ellis, ‘Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality’ 37 CMLRev (2000) 1403–26, à 1414–5: ‘Le degré de stéréotype des sexes contenu dans cette formulation est vraiment atterrant. Pourquoi, pourrait-on demander, est-il incontestable qu’une femme puisse être un chef mais pas un commando?’
- 45 La Cour a également considéré la restriction du service militaire obligatoire aux hommes uniquement, dans l’Affaire C-79/99 *Schnorbus* [2000] Rec I-997, discutée plus loin. La Cour considérera si les arrêts *Sirdar* et *Kreil* pourront être invoqués par un homme contestant le fait que le service militaire en Allemagne est obligatoire pour les hommes mais pas pour les femmes, dans l’Affaire C-186/01 *Dory*. La Cour a rejeté la demande de redressement provisoire de M. Dory dans C-186/01-R [2001] Rec I-7823, pour cause d’absence de juridiction.
- 46 Voir par ex. Convention OIT No 89 du 9 juillet 1948.
- 47 Affaire C-421/92 *Habermann-Beltermann* [1994] Rec I-1657.
- 48 Affaire C-345/89 *Stoeckel* [1991] Rec I-4047; Affaire C-158/91 *Levy* [1993] Rec I-

4287. Voir également Affaire C-13/93 *Minne* [1994] Rec I-371; Affaire C-197/96 *Commission / République Française (Travail de nuit pour les femmes)* [1997] Rec I-1489.
- 49 Voir Affaire 222/84 *Johnston / RUC* [1986] Rec 1651, paragraphes 44–46; Affaire 318/86 *Commission / République Française (Discrimination fondée sur le sexe dans la fonction publique)* [1988] Rec 3559; Affaire 184/83 *Hofmann / Barmer Ersatzkasse* [1984] Rec 3047; Affaire 312/86 *Commission / République Française (Protection des femmes)* [1988] Rec 6315.
- 50 Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 *MLRev* (1999) 435, à 439.
- 51 Directive 92/85/CE JO 1992 L 348/1.
- 52 La DGM s'applique de la même façon aux femmes ayant un contrat à durée déterminée ou contrat à durée indéterminée, voir Affaire C-109/00 *Tele Danmark* [2001] Rec I-6993 paragraphe 33; Affaire C-438/99 *Melgar* [2001] Rec I-6915, paragraphe 44.
- 53 Article 4 (1) et Article 6 DGM.
- 54 Article 11 DGM.
- 55 Article 8 DGM.
- 56 Article 11(2) DGM.
- 57 Article 10 DGM, 'sauf dans des cas exceptionnels non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales', par exemple une conduite permettant le licenciement, telle que la malhonnêteté.
- 58 Affaire 177/88 *Dekker* [1990] Rec I-3941; Affaire C-179/88 *Hertz* [1990] Rec I-3979; Affaire C-136/95 *Thibault* [1998] Rec I-2011, paragraphe 26.
- 59 Affaire 177/88 *Dekker*; Affaire C-179/88 *Hertz*; voir également Cour Suprême du Canada dans *Brookes / Canada Safeway Ltd* (1989) 1 SCR 1219; et la Cour Suprême des Etats-Unis dans *California Federal Savings and Loan Association / Guerra* (1987) 479 US 272, 107 S Ct 683. Cette approche a été critiquée par certains auteurs, voir en particulier Wintemute, 'When is Pregnancy Discrimination Indirect Discrimination?' 27 *ILJ* (1998) 23, et voir en réponse, Honeyball, 'Pregnancy and Sex Discrimination' 29 *ILJ* (2000) 43.
- 60 Affaire C-66/96 *Høy Pedersen* [1998] Rec I-7327.
- 61 Affaire 207/98 [2000] Rec I-549.
- 62 Article 10 DGM
- 63 Affaire C-32/93 [1994] Rec I-3567.
- 64 Barnard, supra n 1, p 272; Szyszczak, 'Community Law on Pregnancy and Maternity' dans Hervey et O'Keeffe, éd., *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996).
- 65 Affaire C-109/00 *Tele Danmark* [2001] Rec I-6993.
- 66 Paragraphe 30. La Cour a souligné, dans le paragraphe 33, que si le corps législatif souhaitait exclure les contrats à durée déterminée du champ d'application de DET et DGM, elle l'aurait fait expressément.
- 67 Affaire C-438/99 *Melgar* [2001] Rec I-6915.
- 68 En fait, l'un d'une longue liste de contrats à durée déterminée avec le même employeur.
- 69 Affaire 177/88 *Dekker*.
- 70 Affaire C-438/99 *Melgar*, paragraphes 46–47.
- 71 Affaire C-207/98 [2000] Rec I-549.
- 72 Caracciolo di Torella et Masselot, 'Pregnancy, maternity and the organisation of family life' 26 *ELRev* (2001) 239, à 247.
- 73 Affaire C-179/88 [1990] Rec I-3979.
- 74 Si le licenciement en raison d'une grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe (non justifiable) (parce que seules les femmes peuvent tomber enceintes), le licenciement en raison d'une maladie liée à la grossesse doit logiquement aussi

- constituer une discrimination directe fondée sur le sexe (non justifiable). Voir Barnard, supra n 1, p 270; Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 MLRev (1999) 435, à 439.
- 75 Paragraphes 14–16.
- 76 Affaire C-400/95 [1997] Rec 2757.
- 77 Affaire C-394/96 [1998] Rec I-4185.
- 78 Paragraphe 27, caractères en italique ajoutés.
- 79 Paragraphe 31.
- 80 Affaire C-66/96 [1998] Rec I-7327.
- 81 Paragraphe 34. La Cour a soutenu que c'est le cas à moins que les prestations reçues dans le cadre de la législation nationale pertinente ne soient égales à la rémunération des femmes. Il convient de noter que la Cour ne décrit pas la discrimination en question comme une discrimination 'directe', ni ne cite l'affaire *Dekker*.
- 82 Affaire C-249/97 [1999] Rec I-5295.
- 83 Voir encore, Ellis, supra n 44, à 1410–12.
- 84 Paragraphe 12.
- 85 Paragraphe 26.
- 86 Affaire C-207/98 *Malburg* [2000] Rec I-549.
- 87 Paragraphe 29.
- 88 L'absence de raisonnement clair a été critiqué par un certains nombres d'auteurs, voir Ellis, éd., supra n 44; Caracciolo di Torella et Masselot, supra n 72.
- 89 Voir également *Gillespie*, concernant le paiement d'une augmentation de salaire pendant un congé de maternité.
- 90 Affaire C-342/93 [1996] Rec I-475.
- 91 Affaire C-411/96 [1998] Rec I-6401.
- 92 Voir Hervey et Shaw, supra n 16, à 52.
- 93 Affaire C-66/96 [1998] Rec I-7327.
- 94 Paragraphe 38.
- 95 Paragraphe 39.
- 96 Paragraphe 40. Il est intéressant que la Cour cite l'Affaire C-457/93 *Lewark* [1996] Rec I-243, paragraphe 31 à cet égard, car l'affaire *Lewark* a trait à la discrimination *indirecte* fondée sur le sexe.
- 97 Voir encore à cet égard Caracciolo di Torella et Masselot, supra n 72.
- 98 JO 2000 L 303/16.
- 99 Affaire C-312/92 *Roberts* [1993] Rec I-5579.
- 100 Affaire 184/82 [1984] Rec 3047. Voir également Affaire 163/82 *Commission v Italy* [1983] Rec 3273.
- 101 Paragraphe 25.
- 102 Affaire 312/86 [1988] Rec 6315.
- 103 Affaire C-218/98 *Abdoulaye / Renault* [1999] Rec I-5723.
- 104 Voir également par ex. Affaire C-411/96 *Boyle*, paragraphe 40.
- 105 Affaire C-476/99 [2002] Rec I- (19 mars 2002).
- 106 Sauf en cas d'urgence, à déterminer par l'employeur.
- 107 McGlynn, 'Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law' 6 ELJ (2000) 29; McGlynn, 'Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in *Abdoulaye*' 25 ELRev (2000) 654; McGlynn, 'Reclaiming a Feminist Vision: The Reconciliation of Paid Work and Family Life in European Union Law and Policy' 7 *Columbia Journal of European Law* (2001) 241. Voir également Caracciolo di Torella et Masselot, supra n 72; Caracciolo di Torella, 'Childcare, Employment and Equality in the CE: First (False) Steps of la Cour ' 25 ELRev (2000) 310; Hervey et Shaw, supra n 16; Moebius et Szyszczak, 'Of Raising Pigs and Children' 18 YEL (1998) 125.
- 108 et peut-être un court congé de maternité après la naissance.
- 109 Directive 96/34/CE JO 1996 L 145/4.
- 110 Affaire C-333/97 [1999] Rec I-7243.

- 111 Directive 96/34/CE, Annexe, Clause 2 (6).
- 112 Paragraphe 40
- 113 Comme le souligne McGlynn, ce résultat 'absurde' et 'contre-intuitif' signifie qu'un élément clé de la promotion de l'égalité des chances, à savoir que les hommes deviennent bien plus impliqués dans la garde des enfants, entraînera une réduction des droits des femmes. McGlynn (2001) supra n 107, à 268–269.
- 114 A l'égard des hommes, qui seraient moins susceptibles que les femmes de bénéficier d'un tel traitement spécial pour les parents.
- 115 Un droit dont bénéficient déjà les femmes dans de nombreux Etats membres.
- 116 Annexe, Clause 2 (5).
- 117 Voir encore, Fredman, 'Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysis' dans Shaw, éd., *Social Law and Policy in an Evolving European Union* (Oxford: Hart, 2000); Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002), p 136–43; Peters, 'The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis' 2 ELJ (1996) 177; Barnard et Hervey, 'Softening the approach to quotas: positive action after *Marschal*' 20 JSWFL (1998) 333–52; Barnard, 'The Principle of Equality in the Community context: *P, Grant, Kalanke and Marschall*: Four Uneasy Bedfellows' 57 CLJ (1998) 352; Schiek, 'Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law' 16 IJCLL&IR (2000) 251.
- 118 Affaire C-450/93 *Kalanke* [1995] Rec I-3051, paragraphe 16; Affaire C-158/97 *Baedeck* [2000] Rec I-1875, paragraphe 17; Affaire C-476/99 *Lommers* [2002] Rec I- (19 March 2002), paragraphe 30.
- 119 Voir Barnard et Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1996 and 1997' 17 YEL (1997) 436–490 et Barnard et Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1999–2000' 20 YEL (2001), sur laquelle cette section est basée.
- 120 Affaire C-450/93 [1995] Rec I-3051.
- 121 Paragraphe 22.
- 122 Affaire C-407/98 [2000] Rec I-5539.
- 123 Ce résultat n'a pas été affecté par le nombre limité de postes auxquels la réglementation s'appliquait ni par le grade de la nomination.
- 124 L'Allemagne a adopté des systèmes de quotas divers pour 'l'avancement des femmes' dans les services publics depuis le milieu des années 1980 au niveau fédéral et régional. Pour tout complément d'informations, voir Shaw, 'Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems' dans Hepple et Szyszczak, eds, *Discrimination: The Limits of Law* (London: Mansell, 1992); Szyszczak, 'Positive Action after *Kalanke*' 59 MLRev (1996) 876; Prechal, 33 CMLRev (1996) 1245; Moore, 'Nothing Positive from la Cour of Justice' 21 ELRev (1996) 156; Fenwick, 'Perpetuating Inequality in the Name of Equal Treatment' 18 JSWFL (1996) 263; Barnard et Hervey, 'Softening the approach to quotas: positive action after *Marschall*' 20 JSWFL (1998) 333; Schiek, 'Positive Action in Community Law' 25 ILJ (1996) 239; Schiek, 'Sex Equality Law after *Kalanke* and *Marschall*' 4 ELJ (1998) 148.
- 125 Le nouvel Article 141 (4) du Traité CE, et la 'normalisation' de l'égalité des sexes (par opposition à la simple 'égalité de traitement' dans l'Article 3 (2) CE avaient été convenus et signés, mais n'avaient pas été ratifiés et n'étaient pas en vigueur au moment du jugement. Voir Shaw, 'European Union Governance and the Question of Gender: a critical comment' <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/011901.html>.
- 126 Affaire C-409/95 *Marschall* [1997] Rec I-6363.
- 127 Paragraphe 33.
- 128 '[N]e pas être tels à créer une discrimination à l'égard des *candidates* (pluriel)' paragraphe 33, italiques ajoutés.
- 129 Comme par exemple, le fait qu'ils doivent gagner un 'salaire pour le foyer' (exigence

- indirectement discriminatoire qui est parfois encore implicite dans certains aspects des systèmes nationaux de sécurité sociale), ou le fait que l'homme est le seul soutien de famille (également une hypothèse indirectement discriminatoire). Le tribunal national a suggéré que ceci pourrait être précisément l'un de ces critères appliqués dans l'appréciation.
- 130 C-158/97 [2000] Rec I-1875.
- 131 Paragraphes 45–55.
- 132 *Flexible Ergebnisquote*.
- 133 Ces motifs de 'plus grand poids sur le plan juridique' concernent cinq réglementations de droit, décrites comme des 'aspects sociaux', qui ne font aucune référence au sexe. Le traitement préférentiel est donné, premièrement aux anciens employés dans la fonction publique qui ont quitté leur emploi en raison d'obligations familiales; deuxièmement aux personnes qui ont travaillé à temps partiel pour des raisons familiales et souhaitent maintenant reprendre leur emploi à plein temps; troisièmement, aux anciens soldats avec un emploi intérimaire; quatrièmement aux personnes gravement handicapées, et cinquièmement aux personnes sans travail pendant des périodes prolongées; voir paragraphe 35. Voir plus généralement, Barnard, supra n 1, p 241–8.
- 134 Paragraphe 23; 36–38.
- 135 Paragraphe 31.
- 136 Paragraphe 32.
- 137 La légitimité de ces critères n'a pas été vraiment contestée dans la procédure principale; voir paragraphe 32.
- 138 Paragraphe 33.
- 139 Paragraphes 42–43; Opinion de l'Avocat général paragraphe 39.
- 140 Numhauser-Henning, 'Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice' 30 ILJ (2001) 121.
- 141 *Marschall*, Paragraphe 30.
- 142 Paragraphe 13.
- 143 Paragraphe 29.
- 144 Paragraphe 30.
- 145 Kenner, supra n 15.
- 146 La Cour a également considéré l'Article 141 (4) CE (ou plutôt son précurseur, l'Article 6 (3) dans la Convention en matière de Politique Sociale) dans le contexte de la disposition sur la sécurité sociale dans l'Affaire C-366/99 *Griesmar* [2001] Rec I- (29 novembre 2001).
- 147 Il semblerait que dans ce contexte 'urgence' signifie les pères célibataires.
- 148 Paragraphe 32.
- 149 Paragraphes 33; 38.
- 150 JO 1984 L 331/34.
- 151 JO 1992 L 123/16.
- 152 Paragraphes 35 et 37.
- 153 Paragraphe 42.
- 154 Directive sur la Charge de la Preuve 97/80/CE, Article 2 (2), JO 1998 L 14/6.
- 155 Affaire C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] Rec I-623.
- 156 Affaire 170/84 *Bilka-Kaufhaus* [1986] Rec 1607. Par exemple, la Cour a souligné à maintes reprises que les travailleurs à temps partiel sont plus susceptibles d'être des femmes que des hommes, voir par ex. Affaire C-33/89 *Kowalska* [1990] Rec I-2591, paragraphe 13; Affaire C-322/98 *Kachelmann* [2000] Rec I-7505, paragraphe 24. Voir encore, Barnard et Hepple, 'Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smit*' 58 CLJ (1999) 399.
- 157 Affaire 170/84 [1986] Rec 1607, paragraphe 36.
- 158 Affaire 171/88 [1989] Rec 2743.
- 159 Affaire C-243/95 [1998] Rec I-3739.

- 160 Voir Ellis 'Gender Discrimination Law in the European Community' dans J Dine et B Watt, éd., *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications* (Londres: Longman, 1996).
- 161 Affaire C-444/93 [1995] Rec I-4741.
- 162 Affaire C-317/93 [1995] Rec I-4625.
- 163 Directive 79/7/ECE JO 1979 L 6/24.
- 164 Définis comme moins de 15 heures de travail par semaine avec une rémunération qui ne dépasse pas un septième du 'salaire de référence' mensuel, qui est le salaire moyen des personnes assurées dans le cadre du régime légal de pension de retraite au cours de l'année civile précédente.
- 165 *Nolte*, paragraphe 33; *Megner*, paragraphe 29.
- 166 *Nolte*, paragraphe 36; *Megner*, paragraphe 30.
- 167 Affaire C-280/94 [1996] Rec I-179, paragraphes 26–27.
- 168 Affaire C-8/94 [1996] Rec I-273, paragraphes 18–19.
- 169 Affaire C-360/90 [1992] Rec I-3589.
- 170 Affaire C-167/97 [1999] Rec I-623.
- 171 Paragraphe 69.
- 172 En se référant à *Nolte*, paragraphe 36.
- 173 Paragraphe 75.
- 174 Voir Hervey, supra n 16.
- 175 Affaire 237/85 [1986] Rec 2101.
- 176 Paragraphe 13.
- 177 Paragraphe 24.
- 178 Une discussion détaillée sur les questions difficiles concernant l'évaluation du travail dépasse les limites de ce document. Voir encore, McColgan, *Just Wages for Women* (Oxford: OUP, 1997).
- 179 Affaire 109/88 [1989] Rec I-3199.
- 180 Paragraphe 23.
- 181 Voir Affaire C-309/97 *Wiener Gebeitskrankenkasse* [1999] Rec I-2865.
- 182 Paragraphe 24.
- 183 Affaire C-184/89 [1991] Rec I-297.
- 184 Paragraphe 14.
- 185 Paragraphe 14.
- 186 L'approche *Nimz* a été confirmée dans l'Affaire C-1/95 *Gerster* [1997] Rec I-5253, l'Affaire C-100/95 *Kording* [1997] Rec I-5289; et l' Affaire C-243/95 *Hill and Stapleton* [1998] Rec I-3739, paragraphe 43.
- 187 *Danfoss*, paragraphe 22.
- 188 Affaire C-236/98 [2000] Rec I-2189.
- 189 Paragraphe 43–45.
- 190 Paragraphes 48–49.
- 191 Paragraphe 54.
- 192 Paragraphe 61.
- 193 Affaire C-400/93 [1995] Rec I-1275.
- 194 Paragraphe 21. Voir encore, Bourn, 'The Devil is in the Detail' 20 *ELRev* (1995) 612–8.
- 195 Affaire C-381/99 *Brunnhofner* [2001] Rec I-4961.
- 196 Paragraphe 79.
- 197 *Bilka*, paragraphe 36: 'Il incombe au tribunal national ... de décider si ... les motifs avancés par l'employeur ... peuvent être considérés comme étant objectivement justifiés pour des raisons *économiques*' (italiques ajoutées). Voir également Affaire 96/80 *Jenkins / Kingsgate* [1981] Rec 911, paragraphe 12: 'cela peut être le cas ... lorsque ... l'employeur s'efforce, *pour des motifs économiques qui pourraient être justifiés*, d'encourager le travail à plein temps ...' (italiques ajoutées).
- 198 Affaire C-127/92 [1993] Rec I-5535.

- 199 Paragraphe 26.
- 200 Pour un développement approfondi, voir Fenwick et Hervey, supra n 14, sur laquelle cette section est basée.
- 201 Voir *Rinner Kühn* et *Hill*.
- 202 Voir également l’Affaire C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] Rec I-1275.
- 203 Bien que ce ne soit pas le cas dans d’autres affaires, voir Fenwick et Hervey, supra n 14.
- 204 Affaire C-243/95 [1998] Rec I-3739. Voir McGlynn et Farrelly, ‘Equal Pay and the Protection of Women within Family Life’ 24 *ELRev* (1999) 202–207.
- 205 Paragraphe 25. La Cour a déclaré que 99,2 % des employés de bureau (l’emploi de Mme Hill et Mme Stapleton) qui partagent un emploi sont des femmes et 98 % de la totalité des fonctionnaires ayant des contrats de partage d’emploi.
- 206 Paragraphe 40.
- 207 Paragraphe 42.
- 208 Voir dans le contexte britannique, *Brook and others v Mayor and Burgesses of the London Borough of Haringey* [1992] IRLR 478. Pour un autre exemple, voir la réglementation selon laquelle ‘les ‘salariés doubles’ doivent être licenciés en premier en vertu de la loi allemande sur la protection des résiliations (*Kündigungsschutzgesetz*).
- 209 Affaire C-322/98 [2000] Rec I-7505.
- 210 Paragraphe 24.
- 211 en Allemagne, et probablement dans toute la Communauté, paragraphe 27.
- 212 Paragraphe 27.
- 213 Paragraphe 28.
- 214 Paragraphe 33.
- 215 Voir *Megner et Scheffel; Nolte*; Affaire C-226/98 *Jørgensen* [2000] Rec I-2447, paragraphe 41.
- 216 Paragraphe 34.
- 217 Affaire 171/88 [1989] Rec 2743.
- 218 Paragraphe 14.
- 219 Voir par ex. *Krüger*.
- 220 Affaire C-167/97 *R v Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez* [1999] Rec I-623.
- 221 Affaire C-444/93 [1995] Rec I-4741.
- 222 Affaire C-317/93 [1995] Rec I-4625.
- 223 Affaire C-189/91 [1993] Rec I-6185. Voir Horspool, ‘Annotation of *Kirshammer-Hac*’ 31 *CMLRev* (1994) 1115–24.
- 224 Paragraphe 30.
- 225 Paragraphe 33; voir également paragraphe 35.
- 226 Affaire C-444/93 [1995] Rec I-4741.
- 227 Affaire C-317/93 [1995] Rec I-4625.
- 228 Affaire C-281/97 [1999] Rec I-5127.
- 229 De tels ‘emplois mineurs’ constitue un poste de moins de 15 heures par semaine, avec comme rémunération normale le minimum mensuel. Ces emplois sont exemptés des cotisations de sécurité sociale.
- 230 Dans l’Affaire C-333/97 *Lewen / Denda* [1999] Rec I-7243, la Cour a soutenu qu’une prime de Noël constitue une ‘rémunération’ au sens de l’Article 119 du Traité CE, même si elle est payée volontairement, et essentiellement une motivation pour travailler l’année suivante ou de fidélité à l’employeur (paragraphe 21).
- 231 Paragraphe 23.
- 232 Paragraphe 25.
- 233 Paragraphe 26.
- 234 Paragraphe 29.
- 235 Affaire 171/88 [1999] Rec 2743.
- 236 Dans ce cas, ceux qui avaient travaillé moins de 10 heures par semaine ou 45 heures

- par mois.
- 237 Rapport pour l'Audience, [1999] Rec 2743, à 2747. Voir également le paragraphe 13 du jugement.
- 238 Rapport pour l'Audience, [1999] Rec 2743, à 2747.
- 239 Paragraphe 16.
- 240 Paragraphe 14.
- 241 Paragraphe 14.
- 242 Affaire C-33/89 [1990] Rec I-2591.
- 243 Rapport pour l'Audience [1990] Rec I-2591, à 2593.
- 244 Paragraphe 14.
- 245 Opinion de l'Avocat général, paragraphe 14.
- 246 Paragraphe 20–23.
- 247 Pour les commentaires, voir, Lester and Rose, 'Equal value claims and sex bias in collective bargaining' 20 ILJ (1991) 163–175; Gay, 'Collective bargaining as a material factor defence in equal value claims' 18 ILJ (1989) 63–66.
- 248 Voir Soldon, *Women in British Trade Unions* (1978), p 186–7; Boston, *Women Workers and the Trade Union Movement* (1980), p 9–11; 278–305.
- 249 Voir Fenwick et Hervey, supra n 14, sur lesquels cette section est basée.
- 250 Affaire C-360/90 [1992] Rec I-3589.
- 251 Voir encore, Shaw, 'Works Councils in German Enterprises and Article 119 CE' 22 ELRev (1997) 256–62.
- 252 Affaires C-399/92 C-409/92, C-425/92, C-34/93 [1994] Rec I-5727.
- 253 Paragraphe 24.
- 254 Paragraphe 26.
- 255 Affaire C-457/93 [1996] Rec I-243.
- 256 Affaire C-278/93 [1996] Rec I-1165.
- 257 Comme Kilpatrick le souligne, les références répétées sont survenues essentiellement parce que les tribunaux allemands n'étaient pas d'accord avec la décision d'origine de la Cour; Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' dans Sciarra, éd., *Labour Law in the Courts: National Judges and the CEJ* (Oxford: Hart, 2001).
- 258 Lewark, paragraphe 37; Freers, paragraphe 30.
- 259 Cockburn, *Strategies for Democracy: Women and the European Social Dialogue*, Social Europe, Supp 4/95.
- 260 Shaw, supra n 251, p 260.
- 261 Affaire C-226/98 [2000] Rec I-2447.
- 262 La Cour n'a pas accepté l'argument que le prix de vente d'un cabinet médical pouvait être traité comme une pension de retraite, voir paragraphes 43–46 du jugement.
- 263 Deux rapports d'expert sur le sujet ont tiré des conclusions opposées, car ils n'étaient pas d'accord sur ce que devaient être les données originales pertinentes. Les personnes dans la catégorie particulière de médecins spécialistes à laquelle Mme Jørgensen appartenait étaient au nombre de 22, dont 14 femmes, sur un total de 1680, dont 302 étaient des femmes. La Cour n'était pas sûre que ces données puissent être considérées comme significatives, voir paragraphe 34.
- 264 Paragraphe 13.
- 265 Affaire C-343/92 [1994] Rec I-571, paragraphe 35.
- 266 Paragraphe 35.
- 267 Jørgensen, paragraphes 39 et 42; cit. *De Weerd*, paragraphe 36.
- 268 Paragraphes 40 et 42.
- 269 Ou service civil équivalent.
- 270 C-186/01; voir discussion ci-dessus, à n 45.
- 271 Affaire C-79/99 *Schnorbus* [2000] Rec I-997.
- 272 Paragraphes 38–39.
- 273 En suivant le raisonnement de *Kalanke*.

- 274 Le nouvel Article 141 (4) du Traité CE fait maintenant référence au 'sexe sous-représenté', suggérant que les hommes et les femmes pourraient être favorisés par des mesures d'action positive en droit communautaire.
- 275 Paragraphe 44.
- 276 Paragraphe 45.
- 277 Paragraphe 46.
- 278 Affaire C-132/92 *Roberts v Birds Eye Walls* [1993] Rec I-5579.
- 279 Voir encore, Hervey, 'Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Division of Competence' 4 ELJ (1998) 196–219.
- 280 Voir Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' dans Sciarra, éd., *Labour Law in the Courts: National Judges and the CEJ* (Oxford: Hart, 2001), pp 36–40; Shaw, 'Gender and the Court of Justice' dans De Búrca et Weiler, éd., *The European Court of Justice* (Oxford: OUP, 2001), à 123. Il n'est pas clair si la Cour pourra continuer à tracer soigneusement sa route en empruntant cette voie particulière pour les 'conflits constitutionnels'; voir la discussion ci-dessus sur C-186/01 *Dory*.