
MARIE-FRANCE
CHRISTOPHE TCHAKALOFF

ÉGALITÉ ET ACTION POSITIVE EN DROIT EUROPÉEN

NOTRE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE, comme reprenant son souffle, s'interroge aujourd'hui sur son principe de soubassement, l'égalité. Le débat en France sur la parité des femmes dans les assemblées politiques, la décision restrictive de la Cour constitutionnelle italienne du 12 septembre 1995 considérant toute différenciation sur le sexe comme discriminatoire, non sans rappeler celle du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982 contre l'établissement de quotas par sexe, le *Rapport public* du Conseil d'État sur le principe d'égalité en 1996¹, le rejet par arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) des actions positives en faveur des femmes dans la vie professionnelle incitent à se tourner vers le droit européen. Les développements transnationaux de l'égalité, de la Communauté européenne au Conseil de l'Europe, constituent-ils un recours contre des droits nationaux restrictifs, ou ne vont-ils pas réduire l'effet des mesures positives existant dans les États voire empêcher l'édiction de ces dernières ? Quelle est la portée des droits européens, sachant que le système hiérarchisé des normes communautaires impose aux États une obligation de conformité – la loi nationale contraire doit être écartée, la disposition constitutionnelle contraire doit être modifiée –, tandis que le système de Strasbourg crée souvent une simple obligation de compatibilité pour les ordres nationaux en raison de son caractère subsidiaire ?

91

La question est au fond de savoir jusqu'à quel point l'égalité peut légitimer un traitement inégalitaire, puisque sa définition recouvre à la

1. Cf. également M.-F. Christophe Tchakaloff, « Le principe d'égalité », colloque « Droit administratif/droit communautaire », *AJDA*, 20 juin 1996 p. 168-177.

fois le droit à un traitement identique pour des individus placés en situation similaire, et le droit à un traitement différent pour des individus placés dans des situations distinctes.

92 Une présentation séparée du principe d'égalité dans chacun des ordres européens serait erronée, la protection qu'ils assurent se rapproche même si les garanties au départ différent de nature. La Communauté européenne s'est progressivement engagée en appliquant le principe d'égalité dans une Europe sociale qui confère par le truchement de ses règles une protection des droits bien éloignée de l'activité économique. De l'octroi du droit de séjour à la concubine d'un travailleur d'un autre État membre, quand le droit national accorde ce droit à la concubine étrangère d'un travailleur national, à une égalité de traitement fondée sur la qualité de ressortissant communautaire et non plus sur celle de ressortissant d'un État membre (Pays-Bas/A.F. Reed, 17 avril 1986 aff. 59/85 ; INASTI/Wolf et Microtherm Europ, 7 juillet 1988, aff. jtes 154 et 155/87), la progression a été largement prétorienne. Le juge communautaire faisant preuve d'une audace devancière des solutions nationales. La concrétisation de la citoyenneté européenne par droit dérivé pris au titre de l'article 8B du traité sur l'Union européenne aboutira à garantir une égalité électorale. L'évolution du Conseil de l'Europe paraît moins spectaculaire, pourtant elle est comparable. La Cour européenne des droits de l'homme affirme en effet que la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales n'est séparée des droits économiques et sociaux par aucune cloison étanche (arrêt Airey, 9 octobre 1970). Pour y parvenir, le juge a souvent dû s'écarter du texte de la Convention pour renforcer la sauvegarde de l'égalité, ou en donner une interprétation très dynamique. On peut évoquer l'actuel mouvement de méfiance des juges américains à l'encontre des *reverse discriminations*, notamment en matière sexuelle. Mais la différence de technique judiciaire entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des États-Unis et la différence de dimension problématique entre celle-ci et la CJCE ne justifient guère les comparaisons.

Le terme d'« action positive » paraît préférable à celui de « discrimination positive » dans la mesure où il s'agit de corriger une inégalité. La parité politique ne peut apparaître qu'en filigrane de l'examen des actions positives : jusqu'à présent elle n'a pas été évoquée en Europe, et les actions positives en cause ne concernent que l'activité professionnelle à la Communauté ou la protection de droits fondamentaux dans la vie civile par la Cour européenne des droits de l'homme.

I. L'INADAPTATION DES INSTRUMENTS À L'ÉGALITÉ ACTIVE

La règle d'or en Europe, aux côtés de la sécurité juridique ou de l'effectivité, est le droit à ne pas subir de discriminations. Et les textes s'attachent à garantir l'égalité de traitement entre les sexes issue de la règle de non-discrimination. Cette forme d'égalité garantie par les instruments limite la protection des actions positives destinées à compenser les inégalités de fait entre les sexes, mais la force juridique des instruments eux-mêmes contribue également à limiter la protection.

A. *Des actes restreints, subordonnés ou sans puissance juridique*

a) Les actes juridiquement contraignants ont un champ d'application restreint ou subordonné. Le droit communautaire concerne exclusivement l'égalité professionnelle. Et la principale disposition du traité, l'article 119CE, se cantonne à une égale rémunération des travailleurs ; le juge communautaire s'est efforcé de la renforcer en lui reconnaissant effet direct et en interprétant extensivement le concept de rémunération. Les directives communautaires promeuvent une égalité entre homme et femme par activité professionnelle ou par secteur : sécurité sociale, exercice d'une activité indépendante, ou en vue d'améliorer la sécurité et la santé des travailleurs (cf. les directives n° 79/7 CEE, 86/378 CEE, 86/613 CEE, 89/391 CEE du Conseil).

Les actions positives entre les sexes ne sont inscrites que dans le droit dérivé, par voie de directives, et elles ne sont reconnues qu'en tant que mesures dérogoratoires au principe d'égalité de traitement. Dès lors, comme toute exception à la protection d'un droit individuel, elles sont d'interprétation stricte, pour ne pas dire restrictive : cf. l'article 2, § 4, de la directive n° 76/207 CEE sur l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et sur les conditions de travail, en cause dans l'arrêt Kalanke (CJCE, 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, affaire C450/93).

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) dépasse l'activité professionnelle, le principe de non-discrimination énoncé à l'article 14 ayant la charge d'assurer « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention sans distinction aucune, notamment sur le sexe ». Néanmoins, le maniement de ce principe est affaibli par son défaut d'indépendance. Il doit être combiné aux droits et liber-

tés garantis par les autres dispositions de la convention. Par conséquent, une discrimination en raison du sexe invoquée sur la base de l'article 14 doit tomber sous l'effet d'une autre clause normative, de la convention ou d'un protocole (Cour européenne des droits de l'homme, 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt/Allemagne ; 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales, Balkandeli/Royaume-Uni).

94 La sous-représentation politique des femmes en France pourrait sans doute être mise en cause dans un recours individuel combinant l'article 14 de la CEDH et l'article 3 du premier protocole additionnel, qui consacre le principe d'élections libres « dans les conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ». Mais, d'une part, le texte peut faire l'objet de réserves de la part des États ; la Suisse a hésité un temps à ratifier la CEDH et ce protocole en formulant une réserve pour protéger les derniers suffrages masculins des deux demi-cantons d'Appenzell. D'autre part, la clause électorale n'est pas élargie en droit politique, elle n'aboutit qu'à garantir un standard minimum². La Cour européenne des droits de l'homme apprécie en termes extrêmement souples la juste représentation à laquelle renvoie la différenciation électorale³. Elle considère que « tout système électoral doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique d'un pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre pour autant qu'ils ne portent pas atteinte à la substance et à l'effectivité des droits des électeurs » (2 mars 1987, M^{me} Mathieu Mohin et M. Clerfayt). La Commission des droits de l'homme semble plus intransigente pour garantir le droit de vote et le droit de se porter candidat. Elle estimait dans la même affaire que le système largement fondé sur la « loi du sol », obligeant un électeur francophone de la périphérie flamande de Bruxelles à voter pour un candidat néerlandophone, équivalait à une pression qui violait l'article 3 du protocole I.

2. Cf. J.-F. Flauss, « La contribution de la jurisprudence des organes de la Cour européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *RUDH*, 29 décembre 1995, p. 373.

3. La différenciation et le droit au discours politique ont été reconnus dans la situation toute particulière d'une députée au Parlement européen partie outre-mer. Le droit de ne pas être limitée dans son discours politique a donc été reconnu au nom du statut préférentiel de la ressortissante communautaire et non pas de façon générale (affaire M^{me} Piermont/France).

b) A l'inverse, les actes sans effet contraignant prônent des actions positives. Mais si leur faiblesse juridique autorise les audaces, déclaratoires ou programmatoires, elle ne permet en aucun cas d'ériger leurs revendications au rang de droit fondamental. Parmi tous les textes, la recommandation du 13 décembre 1984, n° 84/635 CEE, s'apparente dans la forme à un véritable guide de la promotion positive des femmes dans la vie professionnelle et analyse les divers types d'actions positives. Dans le même sens, la résolution 855 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1986 souligne « les obstacles à l'égalité entre homme et femme des attitudes stéréotypées », et rappelle que « l'égalité ne peut être réalisée qu'en modifiant les rôles des uns et des autres, par une répartition plus équitable du travail et des responsabilités ».

Les instruments internationaux peuvent-ils combler les carences européennes quant aux actions positives s'ils reconnaissent la faculté aux États de prendre des mesures spéciales⁴ ? La CJCE n'est pas hostile à leur recours, pour autant que la matière recherchée se situe hors du champ d'application du droit communautaire (CJCE, 14 mai 1974, Nold/Commission, aff. 4/73 ; 27 octobre 1993, A.M. Van Gemert-Derks, aff. 337/91). Encore faudrait-il que ces instruments internationaux parviennent à démontrer leur force obligatoire et leur efficacité juridique...

95

B. Les nouvelles perspectives normatives

L'inadaptation des actes à garantir certains aspects de l'égalité, notamment les actions positives, est clairement ressentie au sein des organisations européennes. Strasbourg envisage de changer le système du principe de non-discrimination, afin de le doter d'une portée plus vaste que les droits garantis par l'article 14 CEDH. Il serait inséré dans un nouveau protocole et pourrait prendre pour modèle l'article 26 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, relatif au principe de

4. Sur le recours à des actions positives pour accélérer l'instauration d'une égalité de fait, cf. : la convention des Nations unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toute les formes de discrimination ; la recommandation générale de 1988 incitant les États à recourir à des mesures temporaires spéciales adoptée par le comité des Nations unies pour l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes ; la convention de l'OIT du 4 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession dont l'article 2 prévoit que tout membre engage une politique nationale de promotion d'égalité des chances ; la Charte sociale européenne révisée, signée le 3 mai 1996 ; et le protocole additionnel de la Charte sociale européenne du 5 mai 1988, partie II.

non-discrimination. Le Comité des droits de l'homme a élargi le champ d'application de cet article en l'affranchissant des seuls droits du Pacte (cf. G. Cohen-Jonathan, *JCDE*, 1988, p. 487-498).

96 A l'Union européenne, la présidence irlandaise a déposé une proposition, à Dublin le 5 décembre 1996, visant à renforcer les principes de non-discrimination et d'égalité en les distinguant. Le Conseil, statuant à l'unanimité, serait habilité à prendre les mesures nécessaires pour interdire toute discrimination « sur le sexe, la race, l'origine ethnique ou sociale, les croyances religieuses, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », sur la base d'un nouvel article 6a CE. La promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes serait insérée parmi les missions imparties à la Communauté par l'article 2 CE. Toutes les actions de la Communauté devraient tendre à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en vertu d'un nouvel alinéa de l'article 3 CE. L'article 119 CE serait élargi, au-delà des seules questions de rémunération, à l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes pour l'emploi et le travail.

II. LA BUTÉE DES CONCEPTS ET DE LEUR INTERPRÉTATION

La différence de finalité des systèmes européens explique au départ leur conception différente de l'égalité. La logique constitutionnelle du droit communautaire incite le juge à s'appuyer sur une conception philosophique et juridique de l'égalité, nécessairement restrictive face à l'égalité substantielle. L'égalité en fait ne doit pas briser l'égalité en droit. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme, soucieuse de développer les droits individuels, mais sans ambition constitutionnelle, affirme avec vigueur qu'elle protège « des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » (arrêt Airey, 9 octobre 1979). Elle a le souci de faire prévaloir l'efficacité de la protection sur le formalisme juridique. Cette divergence n'empêche pas les deux juridictions d'appliquer des règles comparables à l'égalité de traitement. Pourtant, compte tenu du souci des deux ordres juridiques européens de préserver un droit évolutif adaptable aux exigences de la société, les perspectives d'avenir ne semblent pas fermées.

A. *L'interprétation restrictive de l'égalité*

Le juge communautaire, loin de se borner à l'examen d'espèce du droit dérivé, s'alimente au dispositif égalitaire classique du concept d'égalité devant la loi et de la parfaite égalité de traitement entre les sexes.

a) La révérence à l'égalité devant la loi dans l'arrêt Kalanke paraît d'un formalisme excessif, même si les tribunaux se doivent d'abord d'appliquer également la loi à des individus de groupes différents⁵, même si cette égalité individualiste est conforme aux « traditions constitutionnelles des États membres », même si elle est consacrée par les constitutions les plus récentes. La présentation dichotomique entre l'égalité formelle et l'égalité substantielle paraît bien dépassée⁶, surtout sous la plume de juristes aussi éminents que l'avocat général Tesauro (cf. ses conclusions sur l'arrêt). Il ne serait pas choquant que l'égalité substantielle entre les groupes eux-mêmes soit placée après le droit individuel à l'égalité puisqu'elle en émane et entend la corriger. Mais le refus d'admettre l'organisation sociale de l'égalité paraît bien étonnant pour un juge communautaire qui ne cesse de considérer la non-discrimination en processus, et non pas en état figé, afin d'appréhender une réalité économique concrète.

97

En particulier, les discriminations indirectes qui se dissimulent sous l'apparence d'application de critères neutres, dont la légitimité n'est *a priori* pas contestable, font l'objet d'un examen méticuleux. Pour apprécier les inégalités de fait de ces discriminations déguisées, cet examen s'avère plus soucieux de la justification de la discrimination que de l'égalité. La discrimination pouvant consister dans le traitement différent de situations semblables, aussi bien que dans le traitement semblable de situations différentes.

L'extrême révérence du juge à l'égalité formelle révèle sans doute une conception universaliste de l'égalité qui refuse de prendre en compte des éléments séparateurs. L'universalisme rejoint la quête d'uniformité de l'ordre communautaire par le juge. Il ne saurait se fonder sur

5. Cf. Charles Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in *Chaim Perelman et la Pensée contemporaine*, Bruylant, 1993.

6. Cf. Louis Favoreu, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France », *La Limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Y. Blais, 1986, p. 300 ; Louis Charpentier, « L'arrêt Kalanke expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, avril-juin 1996, p. 280.

les traditions des États, elles divergent. La conception différencialiste qui rend l'égalité relative et conditionnelle en impliquant d'ajuster ses règles aux circonstances prévaut en Allemagne, ou en Grande-Bretagne comme aux États-Unis⁷. Mais elle heurte l'universalisme jacobin hérité de la Révolution française.

98 b) La préoccupation d'établir l'égalité de traitement entre femme et homme est évidente, à Strasbourg et à Luxembourg où cette égalité fait partie intégrante des droits fondamentaux⁸ (CJCE, 15 juin 1978, Defrenne II, aff. 149/77 ; 15 juin 1978, Defrenne III ; TPI, 28 janvier 1992, Speybrouck aff. T.45/90). Voulu neutre, l'égalité de traitement interdit de réserver un accès à un seul sexe et rend *a priori* discriminatoire une considération fondée sur le sexe. Que celle-ci soit défavorable aux femmes, en raison de recrutements séparés dans des corps de police et d'administration pénitentiaire (CJCE, 30 juin 1988, Commission/France, aff. 318/86) ; ou défavorable aux hommes, en les excluant du bénéfice de certaines clauses dans les conventions collectives du travail, ou en accordant aux femmes une interdiction de principe du travail de nuit dans le Code du travail (25 octobre 1988, Commission/France, aff. 312/86 ; 25 juillet 1991, procédure pénale/Alfred Stoeckel, aff. C.345/89 ; 13 mars 1997, Commission/France, aff. C.197/96). Seuls sont concédés aux femmes des droits biologiquement inhérents, la grossesse ou la maternité.

Cette égalité de traitement qui ne se préoccupe pas des inégalités sociales aboutit, en droit de la famille, à un partage équilibré des responsabilités entre les deux parents. Au point de conférer à chacun d'entre eux un droit inconditionnel et non transférable, comme la directive de 1996 sur l'accord cadre concernant le congé parental ainsi que la charge de la preuve dans le cas de discriminations⁹, qui confirme une jurisprudence établie.

7. Sur l'universalisme à la française depuis la Révolution et sa signification qui n'est pas une négation des différences mais une intégration de individus dans la Nation, cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Aix-en-Provence, 30 septembre 1996, p. 390-391. Sur le différencialisme américain, cf. W.B. Allen, « Égalité et droit dans le monde actuel, éthique et droit à l'âge démocratique », Centre de publication universitaire de Caen, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 18, 1990.

8. La discrimination est définie comme arbitraire, c'est-à-dire manquant de « justification objective et raisonnable » par la Cour européenne des droits de l'homme.

9. Sur la mentalité à l'origine plus hanséatique que vénitienne de cette construction, cf. M.-F. Christophe Tchakaloff, *loc. cit.* Il est vrai qu'en Europe du Nord l'égalité concrète est réalisée dans la plupart des domaines. La parité dans la fonction politique et représenta-

En tout cas le juge communautaire s'engage dans un contrôle strict qui n'est pas sans rappeler le contrôle du Conseil constitutionnel français aboutissant en pratique à un contrôle d'inconstitutionnalité des mesures discriminatoires relatives au sexe. Face à la méfiance du juge à l'encontre des discriminations positives, quelles inégalités restent justifiables ?

c) La Commission et la Cour européenne des droits de l'homme ont admis le principe des actions positives, dont elles ont eu à connaître à plusieurs reprises. La Cour a jugé par exemple, que l'application effective de l'article 14 de la CEDH relatif à la non-discrimination impliquait que les États prissent une action positive (13 juin 1979, *Marcks*) ; et que l'article 3 du protocole I relatif aux élections législatives démontre une volonté de charger les États « d'adopter des mesures positives pour organiser des élections démocratiques » (arrêt *M^{me} Mathieu Mohin et M. Clerfayt*, 2 mars 1987)¹⁰. La CJCE ne s'est prononcée que dans l'affaire *Kalanke*, très discutée. Elle s'est opposée, sur le fondement de la directive 76/207 CEE, à une loi du *Land* de Brême qui prévoyait d'accorder priorité aux femmes à qualification professionnelle égale, si elles étaient sous-représentées, lors de l'affectation dans un emploi à un grade plus élevé. Sa position ne semble pas éloignée de celle de la Cour suprême des États-Unis, pour laquelle les discriminations sexuelles sont susceptibles d'entrer dans la classification des discriminations suspectes et comme telles soumises à un contrôle strict.

99

Les actions positives ne font pas l'objet de définition normative, mais les critères de leur utilisation sont identifiables aux vues des affaires contentieuses – ils paraissent là encore plus stricts dans la Communauté européenne qu'au Conseil de l'Europe. L'action repose, au départ, sur le constat de disparités de fait, préalables et objectives, qui empêchent de réaliser l'égalité des chances entre les individus. Seules des considérations très fortes sont prises en compte en raison de la méfiance des juges à l'égard des différenciations exclusivement fondées sur le sexe.

tive s'est mise en place de façon pragmatique, sans texte fondateur, grâce aux partis politiques et aux syndicats, notamment en Norvège et au Danemark.

10. Par ailleurs, les conventions passées par le Conseil de l'Europe peuvent également prévoir des actions positives. Ainsi, la convention cadre sur la protection des minorités de 1993 prévoit des mesures spéciales en faveur des minorités ou de certains de leurs membres pour promouvoir l'égalité, à l'article 4, § 2 (cf. F. Mélin-Soucramanien *op. cit.*, p. 247).

La Cour de Strasbourg l'a rappelé à un requérant qui se plaignait d'avoir à payer pour les sapeurs-pompiers une contribution dont les femmes étaient dispensées, avant d'admettre que la contribution financière avait perdu en fait son caractère compensatoire¹¹ (18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt/Allemagne ; dans le même sens, CJCE, 25 octobre 1988, Commission/France préc. ; 12 juillet 1984, Hofman, aff. 184/83). L'action positive s'exerce ensuite au moyen d'une mesure normative inégale : celle-ci transforme l'égalité neutre en égalité active. Enfin, l'action positive a pour but d'accéder à une égalité « effective » entre les personnes.

100 Il ressort de l'arrêt Kalanke que les actions positives ne peuvent pas être systématiques et imposer une préférence absolue et inconditionnelle aux femmes (en matière de recrutement et de promotion)¹². Ces actions ne peuvent pas être rigides et contenir une règle de préférence prédéterminée. Et elles ne peuvent pas être permanentes. Voilà qui repousse clairement le système des quotas.

Faut-il considérer, à l'instar d'Éliane Vogel-Polskie, que le droit communautaire de l'égalité, « piégé par sa logique interne, ne peut pas aboutir à l'égalité substantielle car il est programmé pour son inaboutissement¹³ » ? L'analyse menée inclinerait en ce sens. Mais le droit positif a-t-il épuisé toutes les ressources qui lui étaient offertes pour conforter les mesures positives ? Le droit européen a-t-il opté définitivement pour la dimension dans laquelle il exige que l'égalité règne ? Rien n'est moins sûr.

B. Les perspectives d'ouverture aux actions positives

La Commission européenne, souhaitant tirer l'interprétation la plus positive possible de l'arrêt Kalanke, a invité le législateur à modifier le texte de l'article 2, § 4, de la directive 76/207 CEE, afin qu'il autorise expressément les types d'action positive qui ne sont pas touchés¹⁴.

11. Depuis quatre ans environ, les affaires soulevant un traitement inégal infligé aux femmes sont plus fréquentes à Strasbourg devant la Cour (24 juin 1993, Schuler-Zraggen/Suisse, à propos de la fixation d'un quantum de rente ; 24 février 1994, BurgLartz/Suisse, sur la liberté des époux de choisir leur nom de famille).

12. L'arrêt Marshall du 26 février 1986, aff. 152/84, ne s'oppose pas, au contraire, à une préférence non automatique en cas d'inégalité de fait.

13. « Droit communautaire, l'égalité selon la Cour », *Parité-Infos*, n° 12, décembre 1995, p. 6-7.

14. Communication au Parlement européen et au Conseil COM, (96)88 f, 27 mars 1996.

Selon la Commission, les régimes d'objectif¹⁵ liés à la qualification peuvent être maintenus s'ils n'accordent de préférence qu'au regard de circonstances particulières au sexe sous-représenté, et si les programmes de promotion n'indiquent que des proportions et des délais à une éventuelle augmentation du nombre des femmes. Quant au contenu des mesures d'action positive, la Commission estime qu'il doit être axé sur la formation, l'orientation professionnelle, la réorganisation du temps de travail – entre la vie professionnelle et la vie privée – et la garde des enfants.

Il nous semble cependant qu'en l'état actuel, c'est-à-dire sans autre texte, quatre orientations permettraient de développer les actions positives. La première, évidente, soufflée par la CJCE et reprise par la Commission, se fonde sur la notion générale de « sous-représentation ». Valable pour les deux sexes, elle légitime des mesures de compensation sur l'existence d'inégalités de fait et non pas sur une différenciation homme-femme qui risque aussitôt de passer pour discriminatoire. La notion de sous-représentation évite également d'insérer les femmes dans une catégorie, ce que les juges européens ne souhaitent pas plus que les juges constitutionnels, pour éviter l'éclatement ou la communautarisation du droit.

101

La deuxième orientation centre le débat autour de l'égalité des chances. Cette égalité devrait être réévaluée pour être perçue non pas comme une égalité de départ mais comme une égalité de résultat¹⁶. Elle donnerait corps au concept de justice sociale évoqué en terme large au prétoire, pour « poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens » (CJCE, 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75). L'égalité concrète compléterait ici l'égalité formelle. Toutefois, le principe d'égalité des chances devrait être soigneusement délimité pour ne pas devenir la clé de toutes les confusions. Par exemple, pour ne pas conduire, sur le fondement de mesures d'application de l'article 8B CE relatif au droit de vote dans le cadre de la citoyenneté de l'Union, à faire prévaloir sur le principe de représentation dans les assemblées politiques celui de représentativité, pour lequel

15. Il semble préférable d'abandonner le terme de quota, bien que la Commission l'utilise encore, tant il est vidé alors de son sens.

16. Cf. Marie-Thérèse Lanquetin, « De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke » *Droit social*, 5 mai 1996, p. 494. Le respect de la dignité humaine auquel la CJCE fait référence paraît trop général pour être utilement invoqué. Sur son analyse, cf. Fabrice Picod, « Jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance », chronique RAE, 1996, à la p. 173.

il n'y a pas d'obligation de résultat, pas de droit à être élu¹⁷.

102 Ensuite, l'exercice d'un véritable contrôle de proportionnalité par le juge communautaire permettrait de filtrer au cas par cas les mesures nationales. Le contrôle restituerait au juge le pouvoir d'appréciation dont il s'estime floué par des quotas nationaux systématiques. Étrangement, ce contrôle est quasiment passé sous silence dans l'arrêt Kalanke, sans doute parce qu'il gênait la motivation, alors qu'il est pleinement exercé dans l'application classique des discriminations indirectes : pour vérifier si les mesures sont conformes à l'objectif, ou si la règle n'aurait pas dû se limiter à des mesures moins contraignantes. Il suffirait à la CJCE de s'aligner sur la Cour européenne des droits de l'homme qui associe son contrôle de proportionnalité à tout examen sur le caractère discriminatoire d'une différenciation ; même si ce contrôle ne transparaît pas de la disposition de la convention ou d'un protocole. Il faut dire que la Cour européenne des droits de l'homme définit la proportionnalité au but légitime poursuivi comme le corollaire de la nécessité dans une société démocratique (Handyside/Royaume-Uni, 7 septembre 1976).

Enfin, dans la suite du contrôle de proportionnalité, il serait utile d'introduire en droit communautaire la notion de « juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts individuels », notion que la Cour européenne des droits de l'homme emploie en d'autres occasions (Lingens, 8 juillet 1986 ; Rees/Royaume-Uni, 17 octobre 1986 ; Cossey/Royaume-Uni, 27 septembre 1990). Ce rapport entre l'objectif de réduire les inégalités et la dérogation raisonnable au principe d'égalité des droits est déjà effectué dans les États membres avant d'adopter des actions positives par voie législative ou réglementaire, ou de les contrôler par voie judiciaire. En droit européen, il permettrait de ne plus cantonner l'examen des mesures positives à l'activité professionnelle et de les apprécier en termes d'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée.

Ces orientations ne présenteraient aucune difficulté pour les juges communautaires et européens, tous soucieux de donner une interprétation évolutive au droit. L'interprétation téléologique de la CJCE, l'affirmation de la Commission des droits de l'homme que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des

17. Sur le droit à la représentation, cf. Évelyne Pisier, « Des impasses de la parité », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité. Rapport public 1996*, La Documentation française, série « Études et documents », n° 48, 1997.

conditions de vie actuelles (rapport du 14 janvier 1993), et les décisions démontrant que des catégories jugées pertinentes au regard du principe d'égalité paraissent avec le temps discriminatoires¹⁸ attestent de l'adaptabilité des interprètes européens.

18. Sur le transsexualisme, Cour européenne des droits de l'homme, Rees/Royaume-Uni préc. ; Cossey/Royaume-Uni préc. ; B./ France, 25 mars 1992. CJCE, P./S., et Cornwall County Council, aff. C 13/94.

R É S U M É

Les juges européens ne manifestent pas à l'égard des actions positives en faveur des femmes l'audace dont ils ont fait preuve pour garantir le droit de tout individu à l'égalité, y compris s'il change de sexe. Ils semblent enfermés dans une conception constitutionnelle de l'égalité susceptible de mettre un frein aux progressions sociales nationales. Ils manquent d'instruments juridiques contraignants. Toutes les actions positives ne sont cependant pas prohibées.