



Strasbourg, le 4 juillet 2006

CDL-JU(2006)033
Fr. seul

CCS 2006/06

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE
DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

**LA PROTECTION DE L'ÉGALITÉ DES SEXES DANS LA JURISPRUDENCE
COMMUNAUTAIRE : QUELQUES REFLEXIONS SUR UNE LEGITIME
RECHERCHE DU MIEUX QUI A PU S'AVÉRER ENNEMIE DU BIEN**

**Plan de l'intervention de
M. Philippe SINGER¹
Chef de Division
Service Recherche et documentation
de la Cour de justice des Communautés européennes
lors de la "Mini-conférence" sur l'égalité des sexes
prévue le 17 juin 2006 à 14.30**

¹ L'auteur, qui expose ici son opinion personnelle, laquelle n'engage pas l'institution à laquelle il appartient, exprime ses très vifs remerciements à M. J-Ch. Engel, administrateur au Service recherche et documentation de la Cour de justice des Communautés européennes, pour l'aide précieuse qu'il lui a apportée dans la préparation de ce rapport.

- L'égalité des sexes et sa consécration dès l'origine dans le traité comme l'une des missions de la Communauté (article 2 CE – voir également article 3, § 2, CE, et depuis, article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou encore, dans le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, notamment articles II-21 et II-23)

- L'égalité des sexes et sa consécration spécifique dans le traité en matière sociale, à travers ce qui est désormais le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur (ex-article 119 du traité, devenu article 141 CE ; voir également pour la mise en œuvre de cette disposition, *la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*)

- L'égalité des sexes et le pouvoir du Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 13 CE)

- L'égalité des sexes et sa consécration par le juge communautaire comme un droit fondamental reconnu par l'ordre juridique communautaire ([Arrêt du 2 août 1993, Ministère public et Direction du travail et de l'emploi / Levy \(C-158/91, Rec. p. I-4287\) \(cf. points 9, 16-17, 21-22 et disp.\)](#))

- L'égalité des sexes : un principe d'abord appliqué par le juge communautaire tel que spécifiquement consacré dans le traité (c'est-à-dire à travers la seule interdiction des discriminations entre les sexes en matière de rémunération), puis peu à peu étendu à d'autres domaines ayant ultérieurement fait l'objet de directives (*voir, principalement, la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil*)

- L'égalité des sexes : un principe également d'application au troisième sexe (voir [Arrêt du 30 avril 1996, P / S et Cornwall County Council \(C-13/94, Rec. p. I-2143\) \(cf. points 20-24 et disp.\)](#)) pour l'inadmissibilité du licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle ; voir encore très récemment l'[arrêt du 27 avril 2006, Richards \(C-423/04\) \(cf. points 24, 38, disp. 1\)](#), pour l'inadmissibilité d'une législation nationale refusant une pension de retraite dans les conditions prévues pour les femmes à une personne passée légalement du sexe masculin au sexe féminin)

- La protection de l'égalité des sexes dans la jurisprudence communautaire : un exposé excluant, par souci de simplicité, la matière de la sécurité sociale (voir notamment, dans ce domaine, la *directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale*) et insistant délibérément sur quelques aspects critiques

- La protection de l'égalité des sexes dans la jurisprudence communautaire : entre déconvenues rencontrées dans la légitime recherche ambitieuse d'une égalité des sexes en matière de rémunération par le juge communautaire (1) et limites de la solution offerte par le juge communautaire à la recherche d'une égalité des sexes dans les autres matières (2).

1. Les déconvenues rencontrées dans la recherche ambitieuse d'une égalité des sexes en matière de rémunération par le juge communautaire

1.1. L'interprétation extensive de la notion de rémunération ou le légitime tir groupé du juge communautaire sur toutes les discriminations entre les sexes en matière de rémunération au sens large

1.1.1. Une interprétation extensive dépassant progressivement la notion stricte de rémunération

1.1.1.1. *Une interprétation extensive de la notion de rémunération (La notion de "rémunération" au sens de l'article 119 du traité comprend tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient consentis, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, que ce soit en vertu d'un contrat de travail, de dispositions législatives ou à titre volontaire ([Arrêt du 4 juin 1992, Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin / Bötzel \(C-360/90, Rec. p. I-3589\)](#) (cf. al. 11-15))*

1.1.1.2. *Une interprétation dépassant progressivement la notion stricte de rémunération*

- *Pour une application à une cotisation à un régime de retraite payée par l'employeur au nom des employés au moyen d'un montant complémentaire du salaire brut ([Arrêt du 11 mars 1981, Worringham et Humphreys / Lloyds Bank \(69/80, Rec. p. 00767\)](#) (cf. al. 17, disp. 1))*

- *Pour une application aux prestations versées par un employeur à un travailleur à l'occasion de son licenciement ([Arrêt du 17 mai 1990, Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group \(C-262/88, Rec. p. I-1889\)](#) (cf. al. 13, 20, disp. 1))*

- *Pour une application à l'indemnisation de la participation à des stages de formation dispensant aux membres des comités d'entreprise les connaissances nécessaires à l'exercice de leur mandat ([Arrêt du 4 juin 1992,](#)*

[Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin / Bötzel \(C-360/90, Rec. p. I-3589\) \(cf. al. 11-15\)](#)

1.1.2. Une interprétation de la notion de rémunération poussée jusqu'à l'intégration des prestations de régimes professionnels de pensions, y compris les régimes de pension de la fonction publique

1.1.2.1. *Une intégration d'abord opérée s'agissant des régimes professionnels privés de pensions de retraite (voir principalement, [Arrêt du 17 mai 1990, Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group \(C-262/88, Rec. p. I-1889\)](#) (cf. al. 25-26, 28-30, disp. 2))*

1.1.2.2. *Une intégration ensuite étendue aux régimes de pension de la fonction publique ([Arrêt du 28 septembre 1994, Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds / Beune \(C-7/93, Rec. p. I-4471\)](#) (cf. points 43, 46-47, 57, disp. 1))*

1.2. Les limites avérées de l'application du principe d'égalité des sexes à la notion de rémunération telle qu'interprétée par le juge communautaire et la rectification du tir par les États membres

1.2.1. Les exigences posées par le juge communautaire pour la mise en œuvre de la jurisprudence *Barber* ou les limites avérées de l'application du principe d'égalité des sexes à la notion de rémunération telle qu'interprétée par celui-ci

1.2.1.1. *La nécessaire adoption par les employeurs ou régimes de pensions professionnels de mesures concernant la fixation d'un âge de la retraite uniforme pour les hommes et pour les femmes aux fins de se conformer à l'arrêt Barber et de rétablir une situation d'égalité*

1.2.1.2. *Le refus du juge communautaire d'admettre, malgré des justifications tirées de difficultés financières, le relèvement, aux fins du rétablissement d'une situation d'égalité, de l'âge de la retraite des femmes au niveau de celui des hommes pour les périodes d'emploi se situant entre le prononcé de l'arrêt Barber et la mise en œuvre d'un âge de la retraite uniforme (Arrêt du 28 septembre 1994, Smith e. a. / Avdel Systems (C-408/92, Rec. P. I-4435) (cf. points 17-22, 27, 31, disp. 1-3))*

1.2.2. La rectification du tir par les États membres et l'adoption d'un protocole pour contenir les implications de la solution du juge communautaire : le Protocole sur l'article 141 (ex-article 119) du traité instituant la Communauté européenne (dit "Protocole Barber") ("*Aux fins de l'application de l'article 141, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable*")

2. Les limites de la solution offerte par le juge communautaire à la recherche d'une égalité des sexes dans les autres matières

2.1. Les limites inhérentes à la base juridique des interdictions de discrimination entre les sexes dans les matières autres que la rémunération

2.1.1. Le choix de la directive comme instrument de promotion de l'égalité entre les sexes dans des domaines autres que la rémunération

voir principalement :

- La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil ;

- La directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ;

- La directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, la CEEP et la CES.

2.1.2. La consécration d'un effet direct seulement vertical des directives par le juge communautaire (*Arrêt de la Cour du 26 février 1986, M. H. Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), (152/84, Rec. 1986 p. 00723) (cf. al. 48)*)

2.2. Les limites inhérentes au contenu de la solution offerte par le juge communautaire au juge national dans sa quête de critères pour déterminer l'existence d'une discrimination entre les sexes

2.2.1. L'absence de véritable "solution clef en main" offerte par le juge communautaire au juge national

2.2.1.1. *La discrimination entre les sexes : la violation d'un droit fondamental souvent appréhendée comme une question statistique ou une affaire de circonstances (Pour établir si une règle adoptée par un État membre, selon laquelle la protection contre les licenciements abusifs ne s'applique qu'aux salariés ayant travaillé pendant une période minimale de deux ans, affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national, à qui il appartient de déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances juridiques et factuelles pertinentes, la date à laquelle il convient d'apprécier la légalité d'une telle règle, doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs*

féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite règle. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite règle ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (Arrêt du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez (C-167/97, Rec. p. I-623) (cf. points 50, 65, 76-77, disp. 3-5); voir également, pour l'inadmissibilité, en l'absence de justifications objectives, d'une réglementation étatique subordonnant à l'existence d'un contrat de travail l'affiliation à un régime de pension pour enseignants, sachant que ledit régime professionnel de pension compte un pourcentage nettement plus faible de femmes que d'hommes, l'arrêt du 13 janvier 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I-873) (cf. point 79, disp. 3), ou encore récemment, pour la qualification de discrimination indirecte de l'exclusion totale de l'emploi à temps partiel lors du calcul de l'ancienneté, lorsqu'une telle mesure frappe un pourcentage beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins, l'arrêt du 10 mars 2005, Nikoloudi (C-196/02) (cf. point 66, disp. 3)).

2.2.1.2. *La grande solitude du juge national pour trancher une éventuelle justification objective et étrangère à toute discrimination fondée sur le sexe (Lorsqu'elle frappe un pourcentage beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins, l'exclusion totale de l'emploi à temps partiel lors du calcul de l'ancienneté constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe contraire à la directive 76/207, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, à moins que cette exclusion ne s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si tel est le cas (Arrêt du 10 mars 2005, Nikoloudi (C-196/02) (cf. point 66, disp. 3))*

2.2.2. Le risque de divergences dans l'interprétation et l'application du principe d'égalité des sexes à travers les différents droits des États membres

- **L'égalité des sexes : une application par le juge communautaire pouvant donc suggérer quelques réflexions sur une légitime recherche du mieux qui a parfois pu s'avérer ennemie du bien ?**

- **L'égalité des sexes : une application par le juge communautaire pouvant suggérer quelques réflexions, parfois pour son ambition, parfois pour sa réserve**

*** Pour une application ambitieuse de l'égalité des sexes, du moins du point de vue de l'employeur (Les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, s'opposent au licenciement d'une employée qui a été engagée sans limitation de durée en vue de remplacer,**

dans un premier temps, une autre salariée pendant le congé de maternité de cette dernière et qui ne peut pas assurer ce remplacement, du fait qu'elle se trouve elle-même enceinte peu après son recrutement ([Arrêt du 14 juillet 1994, Webb / EMO Air Cargo \(C-32/93, Rec. p. I-3567\) \(cf. points 19, 24-26, 29 et disp.\)](#))

*** Pour des applications réservées de l'égalité des sexes**

° du moins du point de vue du père (On ne saurait considérer comme une discrimination au sens de la directive 76/207 la différence de traitement résultant de l'application d'une disposition du droit national, selon laquelle le père adoptif ne jouit pas de la faculté accordée à la mère adoptive de bénéficier du congé de maternité pendant les trois premiers mois qui suivent l'entrée effective de l'enfant dans la famille adoptive. Cette distinction se justifie, en effet, par le souci légitime d'assimiler dans la mesure du possible les conditions d'entrée de l'enfant dans la famille adoptive à celles de l'arrivée du nouveau-né dans la famille, pendant cette période très délicate ([Arrêt du 26 octobre 1983, Commission / Italie \(163/82, Rec. p. 03273\) \(cf. al. 16-17\)](#))

° du moins du point de vue des femmes dans certains postes de l'armée (Lorsque, lors de l'adoption de pareilles mesures, les autorités nationales compétentes font usage de la faculté qui leur est offerte par l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207, elles disposent d'une marge d'appréciation qui, dans le cas des unités d'assaut que constituent les Royal Marines britanniques, leur permet de considérer, sans méconnaître le principe de proportionnalité, que les conditions spécifiques d'intervention de celles-ci, et en particulier la règle de l'interopérabilité à laquelle elles sont soumises, justifient que leur composition demeure exclusivement masculine. Il s'ensuit que l'exclusion des femmes du service dans de telles unités combattantes spéciales peut être justifiée, en vertu de ladite disposition, en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause ([Arrêt du 26 octobre 1999, Sirdar \(C-273/97, Rec. p. I-7403\) \(cf. points 15-16, 19-20, 27, 31-32, disp. 1-2\)](#)), application réservée spécialement comparativement à l'ouverture aux femmes, dans certains Etats membres comme la France, de postes de combat, telles que pilote de combat dans l'armée de l'air (1995), commandos de l'Air et Groupement de sécurité et d'intervention de la gendarmerie nationale (GSIGN) (1999) ou encore la filière fusilier-commando (2001), les restrictions d'emploi pour les femmes militaires ne se limitant plus aujourd'hui en France qu'aux emplois à bord des sous-marins, aux emplois de sous-officiers relevant des branches et des unités de la subdivision d'arme de la gendarmerie mobile à l'exception de la garde républicaine et du groupement de sécurité et d'intervention de la

gendarmerie nationale et de la musique de la gendarmerie mobile (voir [pour un dossier complet : www.defense.gouv.fr/sites/defense/actualites_et_dossiers/les_femmes_dans_les_armees](http://www.defense.gouv.fr/sites/defense/actualites_et_dossiers/les_femmes_dans_les_armees)), et ce, même s'il est vrai que la Cour a condamné depuis l'exclusion générale des femmes des emplois militaires par des dispositions nationales (allemandes en l'occurrence), qui excluaient d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire (Arrêt du 11 janvier 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69) (cf. points 15-16, 19-20, 27, 29-32 et disp.))

*

*

*

Bibliographie indicative:

Lhernould, (J. Ph.), Discrimination entre les sexes : retour sur la problématique de la comparabilité des situations : CJCE 8 juin 2004 aff. 220/02, Revue de jurisprudence sociale, N°1 (2005), p. 9-10.

Ingeborg (H.), Égalité hommes-femmes et sécurité sociale : jurisprudence de la Cour européenne de justice, Revue internationale du travail, Vol. 143 (2004), N°4, p. 325-370.

Fuentes Garcia (M.), Évolution récente de l'égalité entre femmes et hommes dans le droit communautaire du travail, L'Observateur de Bruxelles, N°55 (2004), p. 29-32.

Chavrier (H.), Le contentieux de l'égalité de traitement entre hommes et femmes devant la Cour de justice : (dernières applications), in L'égalité de traitement entre hommes et femmes, 2000, p. 21-49.

Masselot (A.), La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination : vers une clarification, Cahiers de droit européen, N° 5-6 (2000), p. 637-656.

Ingeborg (H.), La lutte contre la discrimination selon le sexe au niveau supranational : l'égalité de rémunération et de traitement dans l'Union européenne, Revue internationale du travail, N°4 (1999), p. 421-454.

Laigre (Ph.), Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels sept ans après l'arrêt Barber, *Revue de jurisprudence sociale* N°4 (1997), p. 242-246.

McCrudden (C.), *Equal treatment and occupational pensions: Implementing European Community Law in the United Kingdom following the post-Barber Judgments of the European Court of Justice*, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 46, Nos. 3 and 4, 1995, p. 376-404.

Van Raepenbusch (S.), La jurisprudence de la Cour de justice des CE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, *Revue de jurisprudence sociale* 1994, N°1, p. 3-12.

Hudson (D.), *Some reflections on the implications of the Barber decision*, *European Law Review* 1992, vol. 17/1992, p. 163-171.

Labayle (H.), Égalité des sexes et traitement du sexe le plus favorisé dans la Communauté, propos sur la jurisprudence récente de la Cour de justice, *Revue du Marché commun* 1990, N°333, p. 39-46.