EUI Working Paper RSC No. 96/18

L'arrêt "Kalanke", expression du discours dualiste de l'égalité

LOUIS CHARPENTIER

EUI WORKING PAPERS

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

UP
321
02094
EUR

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
3 0001 0026 6404 5

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

EUI Working Paper RSC No. 96/18

Charpentier: ***L'arrêt "Kalanke", expression du discours dualiste de l'égalité***

WP
321.0209
4 EUR

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

The Robert Schuman Centre was set up by the High Council of the EUI in 1993 to carry out disciplinary and interdisciplinary research in the areas of European integration and public policy in Europe. While developing its own research projects, the Centre works in close relation with the four departments of the Institute and supports the specialized working groups organized by the researchers.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

ROBERT SCHUMAN CENTRE

L'arrêt "Kalanke", expression du discours dualiste de l'égalité

LOUIS CHARPENTIER

EUI Working Paper **RSC** No. 96/18

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Louis Charpentier
Printed in Italy in April 1996
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Sommaire

I. Formel ou concret: l'action positive comme dérogation à l'égalité de traitement.
II. Absolu ou conditionnel: l'action positive comme quota.
III. Externe ou interne: le problème social de l'égalité.
IV. Pour une définition de l'action positive: directe et indirecte.
V. L'après "Kalanke".

L'auteur remercie la Prof.ssa L. Gianformaggio (Université de Sienne) pour ses commentaires et pour les conversations qui lui furent précieuses tout au long de la rédaction de cet article. Ses remerciements s'adressent également aux Prof. Y. Mény (Centre Robert Schuman/IUE) et S. Sciarra (IUE) pour leurs conseils et l'attention qu'ils ont prêtée à la lecture de cet article.

Cet article devrait paraître dans la *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, juillet 1996 et une traduction italienne dans *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1996).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Les juges qui ont suivi les conclusions de l'Avocat Général Tesauro dans l'affaire "Kalanke"[1] ont, en censurant la loi du Land de Brême, rendu une décision que l'on peut lire comme une tentative ou, en tous les cas, dont le résultat apparaît comme une volonté de réserver au concept d'action positive une voie fort étroite dans le droit social communautaire.

A cette fin, l'Avocat général a procédé de trois manières. Tout d'abord, en posant les actions positives prévues par l'Article 2, paragraphe 4 de la Directive 76/207/CEE[2] comme une *dérogation* au principe de l'égalité de traitement, il circonscrit leur champ d'intervention aux seules fins d'égaliser les points de départ (égalité des chances) et exclut donc qu'elles puissent avoir pour objet l'égalité des résultats (I). Il procède ensuite par l'assimilation de la mesure en cause à un *quota*, sujet dont on sait qu'il est particulièrement sensible sur le plan constitutionnel et qui a pour effet de restreindre considérablement les conditions de validité des actions positives (II). Enfin, la restriction des initiatives en matière d'actions positives s'opère au moyen de l'*externalisation* du problème social de l'égalité dont les causes profondes se trouveraient en dehors de l'organisation. Par conséquent, l'organisation de travail n'est jamais interrogée, ni même présentée en tant qu'institution génératrice de mécanismes excluants et discriminants pour les femmes (III).

En fait, la décision de la Cour de Justice est caractéristique d'une pensée dualiste de l'égalité qui se décline en une série de couples de concepts antagonistes: formel/concret, départ/arrivée, absolu/flexible, conditionnel/inconditionnel, interne/externe. Notre propos sera donc, en dépassant ces oppositions, de retrouver la cohérence et la logique du concept d'action positive de sorte qu'il prenne enfin la place qui devrait être la sienne au coeur d'un droit de l'égalité fondé sur la réalité sociale et non pas sur une seule norme universelle. Si la Cour de Justice vient, avec l'arrêt "Kalanke", donner un sérieux coup de frein aux initiatives en matière d'action positive, le principe demeure, et il est remarquable que, à ce jour, il n'ait encore jamais fait l'objet d'une véritable définition. A la différence des oppositions que nous aurons examinées précédemment, la distinction entre *action positive directe et indirecte* que nous introduirons ici, loin de dénoncer la faiblesse du concept, en constitue la structure dialectique permettant de régénérer des possibilités que la pensée

---

[1] *CJCE* 17 octobre 1995, aff. 450/93 Kalanke.

[2] Directive du Conseil du 9 février 1976 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. *J.O.C.E.* N° L 39/40 du 14.2.76.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

juridique a, jusqu'à ce jour, négligé (IV). Enfin, l'arrêt "Kalanke" constitue la démonstration éclatante de l'urgence qu'il y a de donner au concept d'action positive *une base juridique ferme et stable* dans un droit social communautaire rénové (V).

Avant de se livrer à une analyse de la problématique de l'égalité et des actions positives telle qu'elle ressort de la décision de la Cour de Justice dans l'affaire "Kalanke", il convient d'exposer brièvement les faits.

Le litige renvoie à la question de la compatibilité entre l'article 2(4) de la directive 76/207/CEE qui prévoit la possibilité du recours à des actions positives[3], et l'article 4 de la loi du Land de Brême du 20 novembre 1990, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les services publics (*Ladesgleichstellungsgesetz*, ci-après: "LGG"). Ce dernier prévoit que, en cas d'affectation à un grade plus élevé, les femmes dont la qualification est égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité si elles sont sous-représentées. On entend par sous-représentation, le fait que les femmes ne constituent pas au moins la moitié des effectifs aux différents grades de la catégorie de personnel concernée, ainsi qu'aux différents niveaux prévus par l'organigramme. En l'espèce, les deux candidats, M. Kalanke et Mme Glissman, étaient en compétition pour un poste de chef de département au sein du service des espaces verts de la ville de Brême, grade auquel les femmes sont nettement sous-représentées. Après que le comité du personnel ait refusé de donner son accord à la promotion du candidat masculin (proposée par la direction du service) et tandis que l'arbitrage sollicité aboutissait, de son côté, à une recommandation en sa faveur, une commision de conciliation fut invitée à se prononcer. Celle-ci, considérant que les deux candidats possèdaient une qualification égale, recommanda alors que la préférence soit donnée à la candidate de sexe féminin conformément à la loi du Land sur l'égalité.

M. Kalanke a alors saisi l'*Arbeitsgericht* (tribunal du travail) et demandé d'être nommé au poste vacant, au motif que l'article 4 de la LGG en instaurant un système de quotas serait contraire aux dispositions du droit national allemand. Mais son recours fut rejeté en première instance ainsi qu'en appel. Cependant, le *Bundersarbeitsgericht*, instance d'appel, devait conclure que le droit national ne permettait pas de trancher définitivement le litige dont la résolution dépend de l'applicabilité de l'article 4 de la LGG, et que la solution à cette question

[3] *"La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er, paragraphe 1".*

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

renvoie, quant à elle, à l'interprétation de la directive 76/207/CEE. Il a donc saisi la Cour de Justice des Communautés Européennes de deux questions préjudicielles sur la compatibilité de la mesure prévue par la LGG avec l'article 2(4) de la directive européenne.

I - Formel ou concret: L'action positive comme dérogation à l'égalité de traitement

Poser l'instrument Action Positive comme dérogatoire à l'égalité de traitement c'est renvoyer à l'éternelle opposition entre égalité formelle et égalité substantielle. Or, si la distinction formel/concret est utile en ce qu'elle permet de prendre la mesure des ambiguïtés et des paradoxes que recèle la notion même d'égalité, leur *opposition* - comme si elles désignaient deux objectifs différents et incompatibles - nous semble, en revanche, pour le moins spécieuse. En réalité, cette distinction reflète moins l'existence d'une dichotomie entre deux "types" (formel ou concret) d'égalité que l'on pourrait séparer aisément, qu'elle ne représente une manifestation de la pensée dualiste à travers laquelle les juges se font les gardiens d'une hypocrisie collective[4]. Aujourd'hui, il est plus que temps de dépasser cette opposition, ainsi que toutes celles qu'elle permet de justifier, et de rompre avec la représentation naïve sur laquelle elle se fonde.

En effet, à moins de faire preuve d'une grande naïveté ou, plus exactement, d'un cynisme à tout épreuve, on peut difficilement soutenir que l'objectif poursuivi par l'égalité des droits, l'égalité devant la loi ou, pour employer la terminologie d'usage, l'égalité *formelle*, n'est autre que celui d'assurer une égalité *réelle* entre ses destinataires. Ainsi, lorsque l'article 119 du Traité de Rome fut adopté, l'objectif était bien, quelles qu'en soient les véritables motivations (et on sait qu'elles n'étaient pas sociales et encore moins féministes[5]), d'assurer dans les

---

[4] J'emprunte cette expression à Pierre Bourdieu, "Les Juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", in F. Chazel et J. Comaille (ss la direc. de), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, col. Droit et Société, 1991, pp. 95-99.

[5] La volonté politique de réaliser l'égalité de rémunération correspondait alors à des considérations de stricte compétition économique. Il s'agissait de garantir l'égalité... des conditions de concurrence des industries des différents Etats membres. La crainte de distortions consécutives à un différentiel de coûts salariaux avait été mise en avant par de puissants lobbies industriels. Ce fut particulièrement vrai en France pour l'industrie de la construction mécanique et, surtout, pour l'industrie textile (dont la main d'oeuvre est très majoritairement féminine) qui redoutaient la possibilité d'un "dumping social" de la part d'entreprises italiennes et néerlandaises (ces pays n'ayant pas encore ratifié la Convention

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

faits une égalité de rémunération entre travailleurs masculin et féminin pour un même travail (puis pour un travail de valeur égale). En fait, l'énoncé même d'un principe d'égalité et son inscription dans un texte de loi constitue, en soi, la première étape dans une périodisation qui voit l'effectivité et l'efficacité de l'égalité se développer et se renforcer en séquences successives. En d'autres termes, *la substantialité* ne saurait être un *état* permettant d'*opposer* les mesures proclamant l'égalité formelle à celles qui en assurent la concrétisation. En se livrant à cet exercice, l'Avocat Général Tesauro lui-même semble éprouver quelques difficultés. En effet, après nous avoir dit que *"la réglementation nationale litigieuse tend donc à atteindre une égalité de résultats ou mieux une répartition égale des postes de travail, du seul point de vue numérique, entre hommes et femmes"*[6], il affirme que l'égalité numérique ne saurait être qu'une égalité purement formelle ce dont, selon lui, les femmes ne sauraient se satisfaire[7].

Si l'on admet donc ce qui nous semble être une évidence: la substantialité n'est pas un état mais un *processus* et que, par conséquent on ne saurait jouer l'égalité formelle contre l'égalité concrète, la controverse se déplace vers la question de savoir comment garantir cette égalité substantielle. En d'autres termes, nous voilà confrontés à une nouvelle manifestation de la pensée dualiste où, cette fois, l'égalité des chances renverrait à l'opposition points de départ/points d'arrivée. Ainsi, la Cour a-t-elle jugé que la mesure prévue par la loi du Land de Brême est incompatible avec la directive 76/207/CEE parce qu'elle *"substitue à la promotion de l'égalité des chances, envisagée à l'article 2, paragraphe 4, le résultat auquel seule la mise en oeuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir"*[8]. On le voit, le dualisme réside ici dans l'opposition entre égalité des chances (c'est à dire l'égalité des points de départs dans l'accession à une fonction d'autorité ou d'influence) et égalité des résultats (l'attribution de cette fonction). Encore une fois, il faut, nous semble-t-il, réfuter cette présentation du droit de l'égalité comme autant de couples de concepts antagonistes "formel/concret", "départ/arrivée". En effet, séparer l'égalité formelle de l'égalité

---

n°100 de l'OIT de 1951 sur l'égalité de rémunération) dont les charges salariales globales étaient inférieures.

[6] Point 13 des conclusions.

[7] *"La femme ne mérite pas d'atteindre une simple égalité numérique, égalité qui n'est donc que formelle"*. Point 28 des conclusions. Est-ce la fragilité de ses arguments qui a amené l'Avocat Général à invoquer l'intérêt des femmes elles-mêmes afin de rendre son discours, à défaut d'être convaincant, plus séduisant encore?

[8] Attendu 23.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

concrète ou opposer l'égalité des chances à l'égalité des résultats, c'est vider l'égalité de sa substance même. En fait, tout au long du processus de "substantialisation" du principe d'égalité, si l'égalité des résultats marque un degré d'intensité supplémentaire par rapport à l'égalité des chances, elles tendent, toutes deux, vers le même objectif: l'égalité concrète. Et si, progressivement, on s'éloigne du "formalisme" juridique ce n'est que pour mieux se rapprocher de la finalité effective contenue, dès l'origine, dans la loi même. En effet, avec son inscription dans la loi, l'égalité reçoit un *sens* c'est à dire non seulement une *signification*, mais aussi une *direction*, ce que le mot français "sens" suggère[9].

Afin de donner son "sens" à l'égalité (*sa signification*), on sait que le principe de non-discrimination énonce quelles sont parmi les distinctions, exclusions et préférences qu'un employeur peut légitimement opérer au sein de son personnel, celles qui sont illicites puisque susceptibles de provoquer (directement ou indirectement) des discriminations. Ainsi, dans l'affaire "Kalanke", la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement a, en écartant tout critère qui aurait pu discriminer directement (le sexe) ou indirectement (l'ancienneté[10]) Mme Glissman, permit de garantir l'égalité des points de départ qui se traduit ici par la reconnaissance d'une qualification équivalente. Il reste que l'employeur se trouve désormais confronté à la nécessité de recourir à un critère forcément subjectif afin d'attribuer la promotion à laquelle tant M. Kalanke que Mme Glissman peuvent également aspirer. Alors, pour qu'il ne reste pas à l'état de voeu ou d'exigence non satisfaite, le "sens" de l'égalité (*sa direction*) implique, cette fois, que l'on retienne le sexe en qualité de critère licite permettant d'opérer une distinction entre les deux candidats de telle sorte que l'attribution

---

[9] Ricoeur, "Le juste entre le légal et le bon", *Esprit*, Septembre 1991, p.7.

[10] En raison de l'entrée plus tardive des femmes sur le marché du travail et des interruptions plus fréquentes pour elles que pour les hommes, car liées non seulement à la maternité, mais également à l'inégale répartition des tâches de soins et d'éducation, l'utilisation du critère d'ancienneté pour l'attribution d'une promotion peut se révéler indirectement discriminatoire. Malgré tout, la Cour a affirmé dans son arrêt Danfoss que l'usage du critère d'ancienneté n'avait pas à être spécialement justifié par l'employeur (att.25). Dans l'arrêt Nimz, elle vient nuancer cette position en affirmant qu'une différence dans la prise en compte de l'ancienneté entre travailleurs à temps partiel et à temps plein en vue de la promotion à un grade supérieur ne saurait être justifiée que dans la mesure où l'employeur est capable d'établir l'existence d'une relation *"entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées"*. *CJCE* 17 octobre 1989, aff. 109/88 Danfoss, Rec.3199; *CJCE* 7 février 1991, aff. 184/89 Nimz, Rec.I-297.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

de la promotion soit conforme au principe d'égalité, tant d'un point de vue déontologique (l'égalité devant la loi) que téléologique (l'égalité des résultats).

Il reste que, en opposant l'égalité concrète à l'égalité formelle, l'Avocat Général Tesauro parvient à *"mettre l'universel de son côté"*, ce qui a pour effet de doter ses arguments (au moins en apparence) d'une force extraordinaire[11]. En effet, en se référant à l'égalité comme principe supérieur, neutre et universel, il peut affirmer de manière péremptoire que *"la vérité est que* toute action spécifique *en faveur d'une catégorie minoritaire, ou, en tout cas, vulnérable, s'oppose au principe de l'égalité au sens formel"*[12]. En réalité, le discours consistant à opposer l'action positive au principe de l'égalité formelle (ou à la présenter comme une dérogation à l'égalité de traitement) ne tire son universalité que du caractère irréel d'une situation dans laquelle la reconnaissance de l'égalité entre les hommes et les femmes serait fondée sur la méconnaissance de leurs particularités, de leurs intérêts propre, bref de leur "différence". Or, le principe de différence est un élément essentiel dont l'égalité ne signifie pas la négation, mais l'élimination des conséquences défavorables et, à ce titre, appelle l'adoption d'actions positives. En effet, ouvrir la voie aux actions positives, c'est refuser l'absolutisme de l'égalité par la fusion, par l'effacement de toute différence et de toute spécificité, et accepter que le droit des hommes et des femmes à l'égalité ne peut être fondé que sur une réalité historique et sociale sans que, pour autant, ses prétentions à l'universalité ne s'en trouvent anéanties.

---

[11] *"Les juristes sont les gardiens hypocrites de l'hypocrisie collective, c'est-à-dire du respect de l'universel. Le respect verbal qui est universellement accordé à l'universel est une force sociale extraordinaire et, comme chacun le sait, ceux qui arrivent à mettre l'universel de leur côté se dotent d'une force sociale non négligeable. Les juristes, en tant que gardiens "hypocrites" de la croyance dans l'universel, détiennent une force sociale extrèmement grande. Mais ils sont pris à leur propre jeu et ils construisent, avec l'ambition de l'universalité, un espace des possibles, donc des impossibles, qui s'imposent à eux qu'ils le veuillent ou non, pour autant qu'ils entendent rester au sein du champ juridique"*. Bourdieu, "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", *op.cit.*, p. 99.

[12] Point 11 des conclusions. C'est moi qui souligne.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

II - Absolu ou conditionnel: l'action positive comme quota

L'assimilation de l'action positive prévue par la loi du Land de Brême à un régime de quotas constitue une nouvelle variation sur le même thème dualiste de la pensée juridique. Cette fois, on est confronté à l'antagonisme entre égalité formelle présentée comme égalité de traitement entre *individus appartenant à des groupes différents*, et égalité substantielle entendue comme égalité *entre les groupes eux-mêmes*. En d'autre termes, le dualisme formel/concret se décline ici en un nouveau couple de concepts antagonistes "absolu/conditionnel" permettant d'examiner la légalité d'un traitement préférentiel visant l'égalité de fait entre les groupes eu égard au droit des individus à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances. Or, ce qui est remarquable ici, c'est que l'assimilation par la Cour de la mesure litigieuse à un quota (une mesure absolue et inconditionnelle), sans que celle-ci n'expose de manière satisfaisante les motivations de sa décision, a pour effet d'éluder complètement la question de la proportionalité de l'instrument action positive (son caractère flexible et conditionnel) par rapport à l'égalité formelle entre individus.

En intervenant sur les conditions de la compétition de manière à les rendre équitables, l'égalité des chances débouche forcément, du point de vue des individus, sur des résultats inégaux. Ainsi, dans l'affaire "Kalanke" qui met en présence deux individus dont la qualification a été reconnue de valeur égale et qui peuvent donc, à ce titre, prétendre également à une promotion, comment s'assurer de ce qu'un traitement préférentiel en faveur des femmes (justifié par leur sous-représentation au niveau de responsabilité considéré) ne soit pas créateur d'une inégalité de traitement entre les deux individus? En fait, on serait manifestement en présence d'un traitement inégal si la mesure adoptée afin d'assurer l'égalité concrète entre *les groupes* se révèlait être disproportionnée eu égard au principe d'égalité formelle entre *individus* indépendamment du groupe auquel ils appartiennent. Si l'on se réfère à la décision de la Cour de Justice ce serait bien le cas ici, ce qui a amené les juges a invalider la disposition de la loi du Land de Brême au motif qu'elle constituerait une *"réglementation nationale qui garantit* la priorité absolue et inconditionnelle *aux femmes lors d'une nomination ou promotion"* et qui par conséquent *"va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive".*[13] Cette décison est conforme aux conclusions de l'Avocat Général Tesauro qui dénonçait *"l'élément d'arbitraire inhérent à tout traitement préférentiel réservé,* de manière mécanique, *au groupe sous-*

[13] Attendu 22. C'est moi qui souligne.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

représenté et uniquement fondé sur ce motif"[14]. Or, la mesure prévue par la loi du Land de Brême n'est ni absolue, ni inconditionnelle et, à y regarder de plus près, il semblerait que, en fait d'arbitraire, on assiste à une volonté quelque peu forcée de faire entrer la mesure litigieuse dans le carcan extrêmement controversé du simple quota[15]. Or, ceci est particulièrement important, car de l'invalidité de la mesure liée à son caractère absolu et inconditionnel, on peut déduire que des actions positives consistant en un traitement préférentiel flexible et conditionnel seraient donc compatibles avec les "exceptions" à l'égalité de traitement prévues à l'articles 2(4) de la Directive 76/207/CEE.

Or, le traitement préférentiel en cause ne saurait être *absolu* dès lors qu'il est lié à la démonstration préalable d'une sous-représentation des femmes dans un secteur ou à un niveau de fonction donné. Et ce constat ne constitue pas, non plus, l'unique motif du traitement préférentiel puisqu'une femme ne peut s'en prévaloir qu'à la *condition* expresse que sa qualification ait été reconnue équivalente à celle de son concurrent masculin. Il semble que, à un certain moment, l'Avocat Général Tesauro lui-même ait admis le caractère flexible et conditionnel de l'action positive prévue par la loi du Land de Brême. Reprenant une typologie bien connue, il distinguait, en effet, la mesure litigieuse d'un *"quota rigide"*[16], c'est à dire absolu (un certain pourcentage de postes, fonctions etc.. réservé aux femmes) et inconditionnel (indépendant du mérite des personnes concernées par ces mesures). Bien au contraire, en assimilant le traitement préférentiel en question à un *"quota dit 'dépendant de l'aptitude'"*, il en soulignait bien le caractère secondaire par rapport un autre critère (ici la qualification), ce qui, nous semble-t-il contredit le caractère *"mécanique"* qu'il lui attribue par ailleurs[17]. Le glissement qui s'opère donc ici et qui consiste à

---

[14] Point 24 des conclusions. C'est moi qui souligne.

[15] Sur les controverses liées à la constitutionnalité des quotas: Gianformaggio, "Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n.422/1995 della Corte Costituzionale)", à paraître in *Il Foro Italiano*; Loschak, "Les hommes politiques, les 'sages' (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)", *Droit social*, février 1983, pp.131-137.

[16] Point 10 des conclusions.

[17] On retrouve, par conséquent, cette contradiction dans la décision de la Cour lorsqu'elle affirme que la directive 76/207 *"s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées"*. Or, si ce qui est *"automatique"* est ce *"qui, une fois mis en mouvement, fonctionne de lui-même"* (*Petit Robert*), c'est loin d'être le cas ici

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

parler de quota soumi à deux conditions précises: sous-représentation et qualification égale, pour, finalement, ne retenir que l'idée d'un quota simple ou pur, montre bien que, en réalité, ce qui est en jeu ce n'est pas tant la mesure en cause que "toute action *spécifique en faveur d'une catégorie minoritaire, ou, en tout cas, vulnérable*"[18]. Dès lors, désigner une action positive par le terme de "quota" n'a, au fond, aucune importance, si ce n'est sur le plan rhétorique car on sait combien ce terme est lourd de signification. En effet, le quota fait penser que toute mesure en faveur du groupe femmes est forcément prise au détriment de "victimes innocentes" d'un système juridique qui priviligierait certaines personnes à leur détriment alors qu'ils ne se sont jamais rendus coupables d'actes discriminatoires. Enfin, le quota ne se présente pas comme une mesure provisoire, condition essentielle à la validité des actions positives, mais comme un contingentement durable.

L'idée d'une discrimination à rebours attachée au régime de quota est liée aux controverses que ceux-ci suscitent inmanquablement dès lors qu'il s'agit d'assurer la protection d'un individu (appartenant à une minorité ou à un groupe minorisé) en s'assurant que, pour autant, un autre individu (appartenant à la majorité) ne soit pas discriminé sur la base de son sexe ou de sa race. Si le concept de quota induit donc l'idée de l'exclusion de certains individus issus du groupe dominant, on peut regretter que la Cour de Justice ne se soit pas livrée à une analyse détaillée de la mesure en cause au moyen du test de *proportionalité* (comme elle l'a souvent fait dans les affaires regardant les cas de discriminations indirectes) de manière à juger de sa validité eu égard au droit fondamental des individus à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances. Au lieu de cela, elle s'est contentée de suivre l'Avocat Général Tesauro qui dans une de ses figures rhétoriques affirme que la mesure litigieuse est *"assurément disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, ou, en tout cas, susceptible d'être poursuivi sur la base de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, (...) en ce que, loin de favoriser une égalité effective de chances pour les femmes, elle tend à leur accorder directement des résultats"*[19]. Or, qu'est ce donc que l'égalité des chances *effective*, sinon une égalité des chances se traduisant par un effet réel, tangible, concret, bref une une égalité de fait ou, en d'autres termes,

---

puisque le système d'action positive ne peut être déclenché que (i) lorsqu'on a préalablement vérifié que le groupe de travailleurs féminin est sous-représenté dans le secteur ou au grade considéré, et (ii) que l'on a fait la preuve de ce que la candidate dispose d'une qualification égale à celle de son compétiteur masculin.

[18] Point 11 des conclusions. C'est moi qui souligne.

[19] Point 25 des conclusions. C'est moi qui souligne.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

une égalité des résultats? Quoiqu'il en soit, un examen attentif aurait pourtant permis à la Cour de constater que le sexe (ou la répartition déséquilibrée des fonctions entre hommes et femmes) ne constitue pas le seul facteur justifiant la décision de promotion. En effet, dès lors qu'elle requiert que Mme Glissman se soit vu reconnaître une qualification égale à celle de son compétiteur, l'action positive ici en cause ne constitue donc pas un obstacle rigide et absolu à l'exercice par les hommes de leurs droits à être promu et ne saurait donc être disproportionnée par rapport à leurs droits à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances. En effet, la décision de la Commission d'arbitrage de préférer Mme Glissman à M. Kalanke ne remet à aucun moment en cause les attentes légitimes et fondées de ce dernier, pas plus qu'elle n'affecte ses droits à postuler, dans l'avenir, pour une autre promotion puisque l'action positive ne délimite pas (à la différence des quotas) les fonctions (leur nature et leur proportion) pour lesquelles seules des femmes pourraient se porter candidates.

Enfin, pour ce qui regarde la durée dont le caractère doit être forcément limitée dans le temps, sans quoi le traitement préférentiel se changerait en privilège (comme le "quota" tend à le faire penser), on voudrait souligner la conception, pour le moins tautologique, du temps selon l'Avocat Général Tesauro pour qui *"on ne voit pas clairement si (la mesure en cause) sera abrogée le jour où le pourcentage fatidique sera atteint ou si son mécanisme continuera à se déclencher chaque fois que le nombre de femmes sera inférieur à celui prescrit: en tout cas, il est permis de supposer que cela prendra longtemps"*[20]... Si l'homme est malhabile à manier le temps parce qu'il est perturbateur des constructions de l'esprit, à tel point que l'Avocat Général cherche même à le rendre incommensurable, la justice, elle, ne saurait, en aucun cas, se résoudre à un sophisme. Qu'il existe un hiatus entre le temps réel nécessaire pour achever une égalité de fait, et le temps tel qu'il est pris en compte par le concept de "mesure *temporaire",* personne, nous-semble-t-il, ne le nierait. Mais il importe de savoir si cette inadéquation revient à faire des actions positives des mesures illégales, ou si elle est imputable à l'état des choses actuellement en vigueur. En effet, on ne peut esquisser le futur sans partir du présent puisque l'avenir n'est rien d'autre que les anticipations portées par lui. Dès lors, répondre à la question "combien de temps?" par "longtemps" revient à reconnaître le caractère profondément inégalitaire de la situation actuelle. Par métonymie, le mot temps désigne moins le temps lui même que sa forme, et nous nous attacherons donc à le déployer (et non à l'abolir, comme l'avocat général) suivant deux axes: un premier axe contenant la suite des *instants* écoulés entre deux actions positives

[20] Point 24 des conclusions.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

indirectes, et un autre correspondant à la *durée* nécessaire à la réalisation d'un programme d'actions positives directes.

III - Externe ou interne: le problème social de l'égalité

Les conclusions de l'Avocat Général Tesauro constituent une opération remarquable d'externalisation du problème de l'égalité. Or, ce vers quoi tend le droit communautaire c'est, au contraire, l'internalisation, par les entreprises, du principe d'égalité entre travailleurs masculin et féminin dans leur activité d'auto-régulation d'un marché du travail spécifique dont les règles concernent: les conditions d'accès à l'emploi, les rémunérations, la définition des qualifications, les conditions de travail, le déroulement des carrières, la promotion, la sécurité de l'emploi... Tout au long de son exposé, l'Avocat Général parle pourtant de la situation des femmes dans les organisations, comme résultant de: *"désavantages"* et de *"déséquilibres"* qui ne seraient pas produits par les entreprises mais qui trouveraient leurs causes profondes dans la société globale, et plus particulièrement dans son système éducatif marqué par l'inadaptation de l'éducation et l'insuffisance de la formation des femmes, ainsi que dans la sphère privée et la prégnance du partage inégal des tâches et responsabilités domestiques. Il ne s'agit pas ici de sous-estimer l'importance de ces facteurs qui, en amont, influent négativement sur la position des femmes sur le marché du travail. Il s'agit de souligner le danger qu'il y aurait à laisser croire que l'organisation est un lieu où les rapports de pouvoir seraient absents du système d'attribution des places.

Or, lorsque l'Avocat Général Tesauro nous dit que: *"la* sous-représentation *des femmes dans un segment du travail, même si elle constitue* l'indice d'une disparité, *n'est pas nécessairement imputable à une* volonté consommée *de marginalisation au détriment des femmes"*[21], il se livre à un tour de passe-passe au moyen duquel il renverse les termes réels de l'équation. En réalité, la *sous-représentation* est une *disparité* qui, elle, est l'*indice d'une discrimination*. Pour ce qui est de la volonté - ou non - de discriminer, la Cour de Justice a déjà affirmé au cours de son abondante jurisprudence qui lui a permis d'élaborer le concept de "discrimination indirecte", que cela importait peu; ce qui compte c'est l'impact disproportionné de la décision ou de la politique en cause sur la situation des femmes à un certain niveau ou dans un secteur donné de l'organisation considérée. Poursuivant son raisonnement, l'Avocat Général

[21] Point 24 des conclusions. C'est moi qui souligne.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Tesauro conclu que *"ce qui est nécessaire en définitive, c'est toute une mutation de fond du modèle économique, social et culturel qui est à l'origine de la disparité"*[22]. C'est la *"structure sociale qui pénalise la femme, en particulier à cause de son double rôle"*[23] qui est donc en cause, et l'Avocat Général d'en déduire que les mesures d'action positive devraient se concentrer sur le versant de l'offre de travail. Or, prises isolément ou de manière exclusive, les actions sur les responsabilités familiales ou la formation des femmes sont porteuses d'une profonde ambiguïté. En effet, la "conciliation" peut se révéler un puissant moyen de découragement ou de pénalisation de l'activité des femmes. Quant à la formation, elle fait penser que l'organisation de la production répond à une rationalité unique et optimale ne devant rien aux rapports sociaux de sexe. Autrement dit, on serait seulement en présence de la reproduction à l'intérieur des organisations, de discriminations qui trouveraient leur fondement à l'extérieur, dans leur environnement et plus particulièrement dans la sphère privée et le système éducatif.

Il est vrai que le principe d'égalité entre hommes et femmes pose, en des termes nouveaux, la question de l'organisation du temps de travail, et l'Avocat Général situe justement son raisonnement à l'articulation du principe d'égalité et de la situation concrète des salariées dans la sphère privée. Mais, il le situe surtout dans la ligne de l'arrêt Stoeckel où la Cour avait rejeté l'idée selon laquelle la recherche de l'égalité concrète consisterait à traiter en droit de manière différentes les situations différentes des hommes et des femmes (en raison de la répartition inégale des responsabilités familiales) au motif qu'il s'agit là de *"préoccupations étrangères à l'objet de la directive (76/207/CEE)"* et, en l'occurence, de l'idée de protection de la femme au sens de l'article 2(3)[24]. L'Avocat Général se réfère également à l'arrêt Commission/France où la Cour avait condamné la généralité de la loi française de 1983 relative à l'égalité professionnelle parce qu'elle ne limitait pas le maintien des mesures particulières pour les travailleurs féminins aux seuls droits liés à la condition biologique de la femme: la grossesse et la maternité[25]. En fait, ce à quoi l'on assiste ici, n'est

---

[22] Point 28 des conclusions.

[23] Point 14 des conclusions.

[24] *CJCE* 25 juillet 1991, aff. 345/89 Stoeckel, rec.I-4047.

[25] *CJCE* 25 octobre 1988, aff. 312/86 Commission c. France, rec.6315. Il s'agit d'une constante dans la jurisprudence de la Cour de Justice qui, déjà avait affirmé que le champ d'application de la directive 76/207/CEE n'avait pas *"pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple"* (att.24). *CJCE* 12 juillet 1984, aff. 184/83 Hoffmann, rec.3047.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

rien d'autre qu'une généralisation de cette manière de raisonner à tout ce qui touche l'organisation et l'aménagement du temps de travail. Puisque la vie privée est réputée *"préoccupation étrangère"* à la directive 76/207/CEE, tout traitement préférentiel en faveur des femmes prioritairement chargées des tâches de soins et d'éducation dans la sphère privée, est donc jugé contraire au principe d'égalité formelle entre les salariés. En appelant à *"des mesures relatives à l'organisation de travail et, en particulier, à l'horaire de travail, ainsi que des structures destinées à l'enfance et autres mesures permettant de concilier les obligations familiales et professionnelles"*, mais en refusant qu'elles relèvent de l'article 2(4) de la directive[26], le discours dualiste de l'Avocat Général Tesauro oppose une nouvelle fois l'égalité concrète à l'égalité formelle, au risque de faire *"céder les rapports de droit devant les rapports de force"*[27].

En raison de l'entrée massive des femmes dans la vie active, *le temps* constitue désormais la composante essentielle d'un coût indirect résultant de la nécessité pour les familles d'arbitrer entre le coût des soins et de garde des membres dépendants et la renonciation à un second salaire. La "conciliation" entre vies professionnelle et familiale se fonde, en effet, sur une présomption d'activité des deux parents, et se déploie principalement sur deux fronts: l'indemnisation et la protection sociale de périodes de congé pour certaines éventualités (maternité, éducation)[28] et l'aménagement du temps de travail avec, en particulier, l'insistance sur le développement quantitatif et qualitatif (le "temps choisi") du travail à temps partiel. Or, l'égalité n'est pas un droit unilatéral (entre femmes et hommes) mais un droit "croisé", à la manière des fils d'une étoffe solidement tissés, avec les droits des travailleurs précaires. Dans ces conditions, comment peut-on espérer renforcer l'égalité par le temps partiel alors que la concordance des temps privé et professionnel est maintenue en dehors du droit de l'égalité et que, au même moment, on dérèglemente les formes de travail dites "flexibles"?

En effet, la multiplication des formes d'emplois précaires se traduit par la dispersion et l'accumulation des inégalités sexuelles et temporelles qui se superposent et se renforcent mutuellement. Plus nombreuses à travailler à temps partiel, les femmes sont affectées de manière disproportionnée par les inégalités

---

[26] Point 18 des conclusions.

[27] Supiot, "Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoekel)", *Droit social*, avril 1992, pp. 385.

[28] Sur ce point: Fagnani, "L'allocation parentale d'éducation: effets pervers et ambiguïtés d'une prestation", *Droit social*, mars 1995, pp.287-295; Vielle, "Politiques familiales et lutte contre la pauvreté, tendances récentes en Europe", *Revue belge de sécurité sociale*, n° 3, 1994.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

attachées à ce type de contrat de travail: accès à des postes déqualifiés, faibles responsabilités, absence de perspectives de promotion, exclusion du bénéfice de prestations versées au titre de régimes légaux ou professionnels de sécurité sociale (assurance santé, pension de retraite, indemnités de chômage), ainsi que des avantages en espèce ou en nature conférés aux travailleurs par le biais de conventions collectives (indemnités d'ancienneté et de licenciement, droit au congé annuel, programmes de formation, services sociaux mis à la disposition des salariés par l'entreprise...). En fait, tant que le principe d'égalité de traitement entre travailleurs précaires et protégés (ou "typiques") ne sera pas réalisé, loin d'une formule d'aménagement du temps de travail, le temps partiel restera une forme d'emploi spécifiquement "réservée" aux femmes (plus de 80% des travailleurs à temps partiel de l'union Européenne sont des femmes) au point même de constituer la *"figure emblématique de la division sexuelle du travail"*[29]. L'attirance qu'exerce les formes de travail à temps partiel ou réduit sur les femmes n'est pas tant l'expression d'un véritable choix que la manifestation d'un compromis entre charges familiales et professionnelles. En fait, elles puisent dans l'arsenal des mesures légales, réglementaires ou conventionnelles disponibles, les moyens de coordonner leur temps et celui de leurs dépendants[30]. Si le temps partiel permet de répondre au coût indirect du temps consacré aux tâches de soin et d'attention, ce n'est donc qu'en renforçant encore un peu plus la répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes.

L'avocat Général Tesauro présente enfin l'action sur l'éducation des femmes comme le moyen de corriger des déséquilibres ou disparités qui ne seraient pas produits par les entreprises, mais qui résulteraient d'une distortion originelle: la formation inadaptée ou insuffisante des femmes. Parce que l'on a constaté une coïncidence entre le bas niveau de qualification des femmes et leur maintien dans le chômage ou leur relégation dans le marché secondaire de l'emploi, on a alors pensé qu'en remédiant à la cause supposée - la formation -on arriverait à l'effet voulu: l'égalité. On est ici en présence d'une confusion évidente entre corrélation et cause, qui traduit, par ailleurs une vision mécaniste et linéaire de

---

[29] Maruani, "Partage du travail, partage du chômage: le travail à temps partiel en Europe", in *Rapports sociaux de sexe, "partage du travail" et temps de travail*, Rapport du GEDISST, Paris, 1994, p. 131.

[30] L'absentéisme étant la forme la plus achevée de ce processus en l'absence d'opportunités offertes par le droit du travail. Junter-Loiseau, "Innovations ou inégalités temporelles? Des textes aux allures équivoques", Contribution à la conférence sur *La réglementation du temps de travail dans l'Union Européenne*, IUE, Florence, 27-29 avril 1995, p. 11.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

l'éducation et de la formation professionnelle, vecteur idéal vers plus de progrès, plus de bonheur et plus d'égalité. Cette confusion reflète également une absence de prise de conscience de la nature discriminatoire de processus qui, dans l'entreprise, organisent l'accès des femmes à des emplois déqualifiés et à des statuts inférieurs à ceux des hommes. En effet, cette approche ne tient pas compte des théories de l'organisation qui ont montré que l'entreprise peut être le lieu d'apparition d'un système social quasi-autonome, et non pas la simple traduction locale de rapports de forces extérieurs et de pouvoirs sociétaux[31]. En revanche, l'externalisation du problème social de l'égalité véhicule toujours une vision de l'ordre social où les règles traditionnelles d'affectation, d'évaluation et de promotion des femmes et des hommes seraient régies par les mêmes critères neutres. Or, ces critères recouvrent, en réalité, la nature discriminatoire d'un processus qui voit le sexe déterminer l'emploi auquel on peut avoir accès et l'emploi fixer le statut du travailleur (sa qualification, son salaire, sa trajectoire professionnelle...).

En effet, l'importance prise, ces dernières années, par la Gestion des Ressources Humaines est venue mettre en évidence l'existence, dans les régulations de travail, d'un système social relativement intégré et autonome par lequel l'entreprise élabore sa propre loi qu'elle impose aux individus qui la composent. Participant d'un mouvement de décentralisation des rapports de travail encouragé par la dérèglementation, la "GRH" repose sur des présupposés qui sont ceux-là même de la flexibilité, à savoir: la capacité des entreprises à s'adapter à un environnement où la compétition est de plus en plus vive et l'innovation technologique toujours plus intense, comme condition *sine qua non* de leur survie[32]. Elle vise l'augmentation de la productivité au moyen d'un plus grand investissement (ou flexibilité fonctionnelle) de la part du personnel qui tend à être défavorable aux femmes en raison de leurs responsabilités familiales. Avec la "GRH" ce qui est à l'oeuvre c'est la recherche d'un nouvel état de régulation des rapports sociaux où le principe de justice s'incarne principalement dans la sécurité de l'emploi réservée à un groupe relativement restreint de travailleurs afin d'encourager leur adaptabilité et fidélité à l'égard de l'entreprise. La "GRH"

---

[31] M. Crozier, E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Le Seuil, Paris, 1977; M. Crozier, *On ne change pas la société par décrêt*, Fayard, Paris, 1978.

[32] Brewster, "European HRM. Reflection of, or challenge to, the American concept?", in P.S Kirkbride (Ed.), *Human Resource Management in Europe. Perspectives for the 1990s*, London and New York, Routledge, 1994. Piore, "Perspectives on Human Resource Management", *Review of Employment Topics*, n° 1, 1993. Teague, "Between new Keynesianism and deregulation: employment policy in the European Union", *Journal of European Public Policy*, n° 3, 1994.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

implique, par conséquent, l'existence d'une périphérie dont la fonction consiste, au gré des élargissements et rétrécissements successifs, à amortir les variations de court terme liées à la demande et à la production. Ainsi, cette flexibilité "quantitative" ou "externe" par le recours aux formes de travail flexibles ou précaires (et notamment du travail à temps partiel) est-elle cohérente avec un modèle de division des tâches de type taylorien incluant des tâches périphériques d'exécution allant de pair avec une remise en cause du statut social des travailleurs dans ses composantes principales (qualification, rémunération et protection sociale) et dans lesquelles les femmes sont sur-représentées.

IV - Pour une définition de l'action positive: directe et indirecte

On le voit, le passage d'un principe formel ou abstrait à la mise en oeuvre de mesures concrètes pour l'abolition, ou la réduction, des discriminations vient révéler le caractère problématique de la logique de traitement égal. L'introduction d'actions positives dans un droit social communautaire unidimensionnel dessine les contours d'un *"droit inégal"*[33] dont la partialité - qui n'est qu'*apparente* - est instrumentale. Elle constitue le moyen pour que l'objectif poursuivi par l'égalité des droits: l'égalité réelle, soit atteint. Or, vingt ans après l'adoption de la directive 76/207/CEE qui l'introduisait en droit communautaire, le concept d'action positive est toujours loin d'être clair et limpide, mais bien au contraire, reste vague, incertain, mal défini, voire même non défini. Nous proposons ici une définition générale de l'action positive dont la structure duale n'est pas confictuelle mais circulaire. Chaque *direction* - directe ou indirecte - ramène au *sens* originel de l'action positive et a pour objet d'en faire une notion qui soit, non seulement juridiquement opératoire, mais également susceptible de rendre effective une égalité aujourd'hui vidée de sa substance par le cercle vicieux de la pensée dualiste.

---

[33] J'emprunte l'expression, en la détournant, à L. Gaeta e L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive*, Torino, G. Giapichelli Ed., 1992. En effet, suivant Gianformaggio, le *"droit inégal"* ne saurait être, comme l'ont défini ses promoteurs, le traitement différent de situations différentes, puisque ceci n'est que l'expression du principe même d'égalité de traitement. Par conséquent, un droit véritablement (et non apparamment) inégal serait le traitement différent de situations égales. Gianformaggio, "Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n° 422/1995 della Corte Costituzionale)", *op.cit.*

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

L'objectif des actions positives est l'instauration d'une égalité de fait entre un groupe dominant et un groupe discriminé. Elles ne regardent donc pas, ou en tous les cas pas directement, l'égalité entre des individus. Naturellement, lorsqu'un groupe est discriminé, les discriminations sont subies individuellement; de même, l'amélioration de la position du groupe se traduit par l'amélioration des situations individuelles. Cependant, la question que posent les actions positives est celle des rapports sociaux de sexe, et par conséquent des systèmes sociaux et des structures organisationnelles qui régulent les relations entre les femmes et les hommes tant *de l'extérieur* qu'*à l'intérieur* des organisations. Avec les actions positives, il s'agit donc de réformer les organisations caractérisées par un déséquilibre manifeste entre les deux groupes[34], dans le *sens* d'une intégration de la "différence", c'est à dire des besoins, aspirations et intérêts propres aux femmes (*signification*), afin de permette l'ouverture aux femmes de tous les secteurs professionnels, métiers ou niveaux de responsabilité (*direction*)[35]. A partir de cette définition générale, nous proposons de distinguer selon que les actions positives visent *directement* ou *indirectement* les structures et cultures des organisations, et esquisserons un schéma des phénomènes temporels qui leur sont attachés, sachant que la légitimité des actions positives est inséparable de leur caractère temporaire.

Dans un concept dont on a souligné qu'il est tourné vers les groupes, l'*action positive indirecte* représente le pôle de l'individualité puisque celle-ci est destinée à des femmes indépendamment - mais en qualité de membre - d'un groupe discriminé. Il s'agit, comme dans l'affaire "Kalanke", d'un traitement préférentiel consistant à faire accéder des femmes à des fonctions données dès

---

[34] De la jurisprudence constante de la CJCE il ressort que l'on est en présence d'une discrimination indirecte *"lorsqu'une mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que la dite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe"* (att.31). *CJCE* 13 mai 1986, aff. 170/84 Bilka, rec.1620.

[35] Les entreprises ont traditionnellement eu intérêt à utiliser la différence des femmes dans des emplois moins qualifiés parce que *la qualification des travailleurs et des travailleuses* renvoie à l'acquis issu de la formation et de l'expérience qu'ils mettent en oeuvre pour effectuer leur travail. Or, parce qu'elle est réputée ne pas être acquise par des canaux institutionnels, la qualification des femmes est souvent présentée comme autant de "qualités": minutie, précision, soin, dextérité, goût du travail bien fait, rapidité, patience, résistance à la monotonie... qui résideraient en fait dans la "nature féminine". Dès lors, elle peut aisément être banalisée et niée par les employeurs. Valoriser la "différence" peut donc être porteur d'ambiguïté. Afin d'éviter qu'elle ne soit la source de nouvelles discriminations, on doit donc, à partir du concept de différence, renouveler non seulement la signification de l'égalité, mais lui donner également une nouvelle direction.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

lors qu'elles possèdent le niveau de qualification requis, et que leur groupe d'appartenance est sous-représenté dans le secteur ou au niveau hiérarchique considéré. On est bien en présence d'une action positive qui vise les structures (et donc les systèmes sociaux et les cultures qui contribuent à les réguler) et, plus particulièrement, les jeux de pouvoir et les mécanismes inégalitaires qui "bloquent" les femmes à un niveau de carrière inférieur à celui des hommes (le fameux "*plafond de verre*"), mais *de manière indirecte*[36]. En effet, c'est par le biais de l'accroissement du nombre de femmes dans des emplois, des responsabilités ou fonctions d'autorité et d'influence traditionnellement "réservés" aux hommes, que l'action positive indirecte est susceptible d'enclencher une réforme de la fonction identitaire de l'entreprise. La fonction identitaire de l'entreprise peut être comprise comme le travail permanent de création et de reconnaissance de la valeur historique et culturelle de ses acteurs. Elle pose donc à l'entreprise la question de l'impact de ses propres structures sur les modèles de relations au travail, c'est à dire sur les façons dont les individus ont de se situer dans l'organisation et d'y intervenir en tant qu'acteur collectif[37]. Or, cette fonction se traduit traditionnellement par l'attribution aux femmes d'une identité collective de *retrait* désignant un engagement réduit dans les rapports de travail et une volonté de lier leur sort le moins possible à l'organisation dont elles font partie, la sphère privée leur offrant d'autres occasions de s'impliquer socialement. L'attribution par les entreprises d'une telle identité au groupe des travailleurs féminins - et non le jugement d'appartenance par les femmes elles-mêmes à une catégorie de travailleurs "en retrait" - conduit à l'utilisation par les entreprises de leur "différence" à travers la construction sociale du travail féminin comme non-qualifié, incompétent techniquement, routinier, instable, dépourvu de perspective d'évolution ou de responsabilités.

En fait, *l'action positive indirecte est l'instrument de changements au sein d'une structure donnée* dans laquelle elle vient délimiter une nouvelle frontière de l'égalité. La présence de femmes à un certain niveau de responsabilité ou dans des fonctions encore largement perçues comme "masculines" permet, en effet,

---

[36] Notre approche se distingue de la typologie élaborée par Borgogelli selon laquelle ces actions positives (qu'elle qualifie de *"compensatrices"*) n'auraient pas pour objet d'*"éliminer les obstacles qui empêchent les femmes de poursuivre dans des conditions égales, certains résultats, mais qui vise à leur attribuer directement ces résultats: les obstacles ne sont pas éliminés, mais constituent la raison légitimant le traitement normatif différent sur la base du sexe"*. Borgogelli, "La tipologia delle Azioni Positive", in L. Gaeta, L. Zoppoli (Eds.), *Il diritto diseguale. La legge sulle Azioni Positive*, op.cit., p. 83.

[37] R. Sainsaulieu, *L'identité au travail*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1988 (1ère ed.1977).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

de repousser les limites de ce qui est socialement possible pour les femmes, de ce qui est culturellement acceptable. Ainsi l'action positive indirecte peut-elle enclencher une diversification des choix professionnels des femmes en les encourageant à s'insérer dans des milieux où elles sont largement sous-représentées. Au-delà de l'effet incitateur de mesures ponctuelles, la nomination de femmes à un certain niveau de hiérarchie a également pour effet d'élargir d'autant le vivier des nominations à l'échelon supérieur[38]. L'action positive indirecte a donc un effet cumulatif positif en permettant l'entrée des femmes dans un secteur ou à un niveau hiérarchique réel et potentiel. Son impact reste cependant étroitement lié à la question de la *qualification* de ses bénéficiaires et pose le problème de leur *nombre*.

L'action positive indirecte permet le détachement du groupe des dépendants et l'incorporation dans le groupe des détenteurs du pouvoir, et rivaux potentiels puisque, à terme les femmes doivent pouvoir prétendre occuper des postes égaux à ceux des hommes en terme d'expertise technique, de responsabilité ou d'autorité. Or, parce que l'action positive indirecte ne remet pas, comme son nom l'indique, *directement* en cause les mécanismes qui empêchent les femmes d'accèder, au même titre que les hommes, à des emplois qualifiés ou à des postes de responsabilité, ces derniers occupent une position de résistance potentielle particulièrement forte. Majoritaires dans l'encadrement, ils ont le pouvoir de bloquer la progression de femmes qui seraient stigmatisées comme autant de "créatures" de l'action positive. Ce n'est pas ici le lieu d'une exploration approfondie des techniques de contrôle que peut utiliser le groupe des travailleurs masculin pour maintenir sa propre conception des rapports sociaux de sexe, et donc son pouvoir et sa domination. On rappellera cependant que Crozier et Friedberg ont distingué quatre sources principales de pouvoir: l'utilisation des règles organisationnelles générales, les relations entre l'organisation et son environnement, la communication et l'information et, enfin, la maîtrise d'une compétence particulière[39]. Ainsi, détenteurs des postes qualifiés, ils peuvent les exclure de fait, en refusant de leur communiquer des informations ou autres "trucs de métier". La reconnaissance d'une compétence sanctionnée par *qualification égale* à celle de leurs concurrents masculins *eu*

---

[38] On peut imaginer que la promotion de certaines femmes, au moyen d'actions positives indirectes, ait pour effet de conférer à l'ensemble du groupe une nouvelle visibilité professionnelle, et que les femmes jusqu'alors "oubliées" dans des postes subordonnés puissent voir leur avancement ainsi favorisé.

[39] M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, op. cit., pp. 82-90 (coll. Point politique, 1992).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

égard à la fonction considérée[40] est donc un préalable nécessaire à (mais non une garantie de) l'intégration des femmes à un niveau hiérarchique ou dans un milieu de travail majoritairement masculin. En effet, être reconnu par sa qualification au sein du système de production est un élément identitaire majeur et est susceptible d'influer favorablement les comportements individuels et collectifs des hommes à l'égard des femmes bénéficiaires des actions positives indirectes[41]. En revanche, l'hostilité, la marginalisation, voire l'exclusion des bénéficiaires d'un traitement préférentiel aurait un impact exactement opposé à

---

[40] On voudrait souligner ici que la notion de "qualification égale" étant une notion juridique indéterminée, il importe qu'elle soit évaluée exclusivement au regard des exigences du poste considéré. Dans cette perspective il importe donc peu que la qualification de la candidate féminine soit inférieure (ou supérieure) à celle de son compétiteur masculin. Mais il faut que, comme ce dernier, elle possède *la qualification requise* par le poste. C'est la conclusion à laquelle était arrivée le *Bundersarbeitsgericht* (instance d'appel) alors que M. Kalanke, dans la demande dont il avait saisi en première instance l'*Arbeitsgericht*, contestait la décision de la commission de conciliation qui n'aurait pas pris en considération le fait qu'il possèdait une qualification supérieure à celle de Mme Glissman. Il arguait de sa plus grande expérience, de ses capacités à diriger et de sa flexibilité. A cet égard, la Cour a déjà accepté comme une évidence dans son arrêt Danfoss que retenir le critère de flexibilité (entendue comme l'adaptabilité de l'employé à des horaires et lieux de travail variables) pouvait être indirectement discriminatoire en raison de leurs responsabilités familiales plus lourdes. *CJCE* 17 octobre 1989 préc. L'importance du critère de qualification égale peut être utilement illustrée par la demande dont fut saisie la Cour de Justice en 1987, demande formée par Mme Delauche qui tendait à obtenir l'annulation d'une décision par laquelle son employeur, la Commission, avait rejeté sa candidature et avait nommé un autre candidat, masculin, à cet emploi. En rejetant cette demande la Cour évitait ainsi de répondre directement à l'argument avancé par la demanderesse selon lequel: *"lorsque plusieurs candidats sont reconnus également aptes à occuper un emploi et qu'il existe pour les emplois en cause une forte sous-représentation de l'un des deux sexes, la préférence doit être donnée au candidat sous-représenté"*. En effet, en l'espèce, la Cour constata que Mme Delauche n'était pas aussi qualifiée que le candidat masculin à occuper l'emploi litigieux, et en conclu que le moyen devait être rejeté *"sans qu'il soit nécessaire d'examiner si, lorsque les conditions énoncées (par la demanderesse) sont réunies, le candidat appartenant au sexe sous-représenté bénéficie effectivement d'un droit de préférence"... CJCE* 16 décembre 1987, aff. 11/86 E. Delauche c. Commission des Communautés européennes, rec.5345.

[41] En effet, l'intégration des femmes dans des secteurs ou à des niveaux hiérarchiques majoritairement masculins ne peut trouver sa légitimité que sur un ordre autre que naturel. En s'appuyant sur des connaissances et une qualification reconnue et validée, l'entrée des femmes dans un univers dont jusqu'alors elles étaient exclues ne se heurterait donc pas directement aux fondements masculins implicites de l'organisation. *"Que les femmes veuillent égaler les hommes dans l'ordre de la nature est perçu comme non légitime, qu'elles veuillent les égaler dans le domaine de la culture semble être plus acceptable"*. Ormos, "L'intégration des femmes dans les emplois traditionnellement masculins", *Revue française des affaires sociales*, juillet-septembre 1986, p. 149.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

celui recherché par les actions positives indirectes puisque cela ne manquerait pas de constituer un signal négatif et dissuasif pour le groupe des travailleurs féminin dans son ensemble. Or, l'efficacité des actions positives indirectes dépend étroitement de l'"effet de seuil" à partir duquel la présence de femmes entraîne une modification des règles et normes de l'organisation. A partir de quelle proportion les femmes disposent-elles d'une marge de manoeuvre suffisante pour affirmer leur "différence" et exercer une influence sur leur environnement? En deçà de quel seuil sont-elles réduites à vivre en état de marginalité permanente ou à opter pour l'assimilation comme condition de la réussite? En fait, la notion de minorité répond à celle de domination et non pas à une simple opération arithmétique, et raisonner en terme de pourcentages rappellerait par trop la problématique des quotas. Dès lors, sachant que les femmes ne constituent pas un "groupe minoritaire", mais puisqu'il faut bien chiffrer la mixité des organisations, il est donc important que l'égalité soit paritaire de manière à agir comme une référence, un seuil minimal, et non un quota qui encadrerait ou figerait l'action en faveur des femmes dans des limites quantitatives.

L'*action positive directe est l'instrument de changements structurels*. Elle ne constitue pas une mesure individualisée destinée à remédier à des discriminations indirectes aisément identifiables, mais une procédure de changement, une stratégie de réforme des règles et pratiques de l'organisation ayant une incidence discriminatoire sur le travail et l'emploi des femmes. Cette fois, l'analyse et l'action ne portent pas sur l'attribution immédiate d'un droit afin de favoriser, indirectement, l'élimination des obstacles qui préviennent l'obtention par les femmes de résultats égaux à ceux des hommes. Il s'agit de modifier directement les règles du jeu et de repenser les structures de manière à dévoiler, derrière des principes apparemment neutres, les mécanismes excluants et discriminants pour les femmes qui sont à l'oeuvre. En remettant en question la culture organisationnelle (les intérêts qu'elle protège, ceux qu'elle ne prend pas en compte), il s'agit de créer un espace intégrateur des différences liées au fait d'être un homme ou une femme dans l'entreprise, et non pas de les couler dans le moule unique et neutre des "ressources humaines".

On parlera donc de "plan" ou de "programme" d'actions positives directes dont l'objet doit être, entre autres choses, la réforme des conditions de travail, et notamment de l'organisation du temps de travail dont on a souligné l'importance dans le processus de "substantialisation" du droit de l'égalité. Ainsi, à une époque où pour faire partie des salariés protégés, il faut s'investir toujours plus dans l'entreprise, il devient urgent de repenser les temps de manière à ce que l'investissement plus important des femmes dans la sphère privée, qui constitue

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

déjà une inégalité, ne soit pas toujours plus pénalisé dans la sphère de production. En effet, la flexibilité entendue comme la capacité d'adaptation à des horaires et des lieux de travail variables peut, en raison de la répartition inégale des tâches familiales, jouer contre les intérêts des travailleurs féminin[42]. Par ailleurs, le temps pose également la question de la disponibilité, essentielle pour la participation des femmes au processus de décision: dans les activités professionnelles de représentation collective et syndicale, ainsi que dans les juridictions ou autres institutions sociales. Il pose encore la question de leurs possibilités de suivre une formation professionnelle destinée à accompagner ou préparer l'évolution de leur emploi, etc... Enfin, le temps est un élément essentiel de la définition du statut des salarié(e)s puisqu'il a des conséquences immédiates sur bon nombre de ses composantes: ancienneté, rémunération, promotion... jusqu'au licenciement et aux pensions de retraites. Il résulte que le temps soustrait au travail salarié pour être consacré à la maternité (congés de maternité) ou à des tâches éducatives (congé parental) devrait être conçu comme un moment normal de la carrière des travailleurs féminin et masculin et non pas comme une rupture dans leurs biographies professionnelles[43]. Les actions positives directes visent également la refonte du système de classification professionnelle de manière à s'assurer que les critères utilisés aux fins de déterminer la qualification des emplois[44] et les niveaux de rémunération ne soient pas basés sur des notions reflètant les valeurs masculines au détriment de valeurs féminines supposées s'exprimer prioritairement dans la sphère privée et seulement par extension dans le système de production, ce qui permet, on l'a déjà souligné, de banaliser ou nier la qualification des travailleuses.

On le voit, la promotion des actions positives directes repose forcément sur la persuasion et la recherche d'un consensus social par la voie de la négociation collective entre les partenaires sociaux. On peut cependant se demander si les

---

[42] *CJCE* 17 octobre 1989, Danfoss préc. Cependant, la Cour considère qu'il faut distinguer le critère de flexibilité selon qu'il est utilisé pour rémunérer cette capacité d'adaptation ou qu'il est utilisé pour rémunérer la qualité du travail effectué pour l'employeur.

[43] Supiot, "Temps de travail: pour une concordance des temps", *Droit social*, décembre 1995, p. 954. A cet égard, on notera que la loi italienne n° 903/1977 prévoit que les périodes d'arrêt obligatoires du travail pour raison de maternité sont comptées comme périodes effectives de travail, et ainsi, sont privées d'effet négatif sur l'ancienneté (art.3.2)

[44] Il convient de distinguer *la qualification des travailleurs et des travailleuses* (voir infra, note 35) de *la qualification des emplois*. Cette dernière renvoie à l'ensemble complexe des compétences demandées par les employeurs à la main d'oeuvre pour occuper tel ou tel poste de travail. C'est sur elle que se fondent les grilles de classification et c'est elle qui légitime la division du travail.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

organisations syndicales pour qui la valeur "égalité" n'a, jusqu'à ce jour, jamais été une priorité revendicative (remetttre en cause les structures génératrices d'inégalités dans les entreprises, amènerait forcément à prendre en compte les questions relatives à la place des femmes dans les syndicats eux-mêmes) sont véritablement en mesure de jouer un rôle moteur en la matière. D'où l'importance de l'introduction dans les droits nationaux d'une obligation de négocier sur les questions relatives à l'égalité dans le travail, négociation à laquelle pourrait prendre part (avec avis consultatif) les institutions nationales (éventuellement par le biais de leurs représentations locales) de l'égalité. En fait, la mise en place de programmes d'actions positives directes dépend de la capacité des entreprises à faire de l'égalité une valeur économique et sociale qui, au même titre que la santé et la sécurité des travailleurs par exemple, soit porteuse d'enjeux, mérite l'attention des acteurs, la mobilisation de leur énergie, l'attribution de moyens et de services, ainsi que la définition d'objectifs à moyen et long termes. Enfin, on soulignera également le rôle important que pourraient jouer pour promouvoir les actions positives directes, des techniques comme celle du *"contract compliance programs"*[45]. Car, en effet, l'action positive directe ne saurait constituer un mode de sanction adéquat. Si le juge peut obliger les partenaires sociaux à négocier, s'il peut même les obliger à conclure un accord, il n'a, par contre, aucune prise sur le contenu d'un programme d'actions positives directes et ne peut donc s'assurer que celui-ci ne devienne pas qu'un instrument de plus au service de la gestion des ressources humaines, et soit tout à fait compatible avec l'exclusion de femmes qui se différencieraient de la rationalité énoncée du sommet en fonction de la finalité économique de l'entreprise.

En revanche, l'action positive indirecte pourrait conférer une efficacité plus grande à un arsenal juridique peu effectif car reposant encore sur le modèle traditionnel du droit positif "traitement égal/violation/sanction (nullité de l'acte discriminatoire, amende ou réparation pécunière)[46]. En effet, l'action positive

---

[45] Cette procédure utilisée aux Etats-Unis depuis le milieu des années 1960, garantit que toute entreprise contractante avec le gouvernement fédéral doit s'engager à la non-discrimination et à la mise en oeuvre d'actions positives afin d'assurer l'égalité de traitement en matière d'embauche (et de sa publicité), d'avancement, de rémunération, de transferts, de formation. Par ailleurs, en fonction du montant du contrat qui les lie au gouvernement fédéral, les entreprises doivent satisfaire à certains critères d'emploi de leur personnel, des programmes d'actions positives (incluant des objectifs numériques et des calendriers de réalisation) peuvent également être requis. Les entreprises qui ne respectent pas ces conditions, peuvent voir leur contrat suspendu ou annulé.

[46] On notera que les lois française (1983) et italienne (1991) prévoient déjà que le juge puisse, dans certains cas, exiger des entreprises qu'elles adoptent des actions positives.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

indirecte permettrait à la fois de dynamiser le dispositif répressif et d'en simplifier la procédure puisqu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence de la volonté de discriminer, d'en identifier les coupables et les victimes (avec la difficulté d'établir la preuve d'une attitude délibérément hostile) pour déclencher la sanction. Et, surtout, elle doterait le pouvoir judiciaire de la possibilité d'enjoindre à un employeur de prendre, dans un délai déterminé, des mesures propres à assurer une meilleure représentation du groupe discriminé dans un secteur ou à un niveau de responsabilité donné. L'action positive indirecte apparaît donc *aussi* comme un nouvel outil (plus moderne, plus sophistiqué, plus efficace) dans un système juridique dont les mécanismes de sanctions traditionnels sont inopérant dans le processus de substantialisation du droit de l'égalité.

Enfin, on a déjà souligné que l'on ne saurait tirer argument du fait que le temps nécessaire à la modification des organisations dans le sens de la mixité sera long, pour remettre en cause le caractère temporaire des actions positives, et par conséquent leur légalité même. En effet, dans le cas de l'action positive indirecte illustrée par l'affaire "Kalanke", la structure temporelle ne renvoie pas à la représentation traditionnelle que nous donnons du temps au sens usuel de la durée: son déroulement à la fois mesurable et porteur d'une évolution. Ici, le temps ne doit pas être analysé dans sa continuité, mais dans sa discontinuité. Ainsi, l'action positive indirecte est-elle temporaire au sens où le temps est perçu dans la successivité d'instants: le laps de temps qui s'écoule entre, par exemple, l'attribution d'une promotion à une femme puis à un homme. En effet, on a montré que le sexe ne devient un critère licite de différenciation dans les seuls cas où un des candidats est membre d'un groupe sous-représenté *et* qu'il dispose du niveau de qualification requis. Il résulte que, jamais, durant toute la (longue) période où les femmes restent sous-représentées dans le secteur ou au niveau hiérachique considéré, le droit des hommes à être promu n'est suspendu ou leur est dénié: il s'exerce en alternance (lorsque leur concurrent féminin n'est pas reconnu comme suffisamment qualifié). En fait, le caractère temporaire de l'action positive indirecte tient à son intermittence et chaque instant relance la durée en inscrivant en elle le projet de l'action positive. En effet, l'action positive indirecte ne peut, on l'aura compris, se contenter de définir sa finalité dans l'instant (le temps bref), il lui faut, tout comme l'action positive directe[47], la projeter dans la durée (le temps long) puisque, dans les deux cas, l'objectif poursuivi est celui de la modification des structures organisationnelles qui régulent les rapports sociaux de sexe. L'idée exprimée par l'avocat général selon

[47] Ici, l'idée de durée est bien exprimée par l'usage des termes de "programme" (moyen terme) ou de "plan" (long terme).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

laquelle les actions positives (directe ou indirecte) ne sauraient donc être temporaires puisque nous ne pouvons pas en mesurer le déroulement, se transforme immédiatement en aporie. En effet, il faut bien que cesse le programme d'action positive directe ou que, après qu'une femme ait bénéficié d'une action positive indirecte, qu'un homme puisse exercer son droit à l'emploi ou à la promotion, pour que celles-ci aient un commencement et une fin, et présentent donc un intervalle mesurable. *"L'aporie du temps long ou bref est-elle résolue? Oui, si l'on admet que ce que l'on mesure, ce n'est pas les choses futures ou passées, mais leur attente ou leur souvenir"*[48].

V. L'après "Kalanke"

En droit communautaire, les actions positives trouvent leur fondement juridique à l'article 2(4) de la directive 76/207/CEE relative à la mise en oeuvre du principe d'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 aux conditions de travail. Cependant, elles n'y apparaissent qu'à la manière d'une dérogation au principe de l'égalité de traitement qui *"ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes"*. Or, cet aspect dérogatoire est perturbateur du sens même de l'égalité (tant dans sa signification que dans sa direction) puisque, comme dans l'affaire "Kalanke", en légitimant l'opposition égalité formelle/égalité concrète, il prend à contresens l'objectif social poursuivi: la "substantialisation" de l'égalité des droits. En 1984, la recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes[49] renonce à définir le concept, mais propose une taxinomie de mesures identifiables sur la base de l'objectif qu'elles se proposent d'atteindre: de la diversification des choix professionnels au partage des responsabilités professionnelles et sociales, de l'adaptation des qualifications professionnelles à l'aménagement des conditions de travail, de la formation professionnelle à l'organisation du temps de travail... Si, a priori, cette énumération (dont, par ailleurs, on peut penser qu'elle n'est pas exhaustive) présentait un avantage certain, celui d'élargir et diversifier le champ des actions positives, force est de constater que la réalité s'est largement traduite par le recentrage d'actions positives à caractère polycentrique autour de l'objectif traditionnel de formation

[48] P. Ricoeur, *Temps et récit* - Tome 1, Paris, éditions du Seuil, 1983, p. 40.

[49] *J.O.C.E* N° L.331 du 19.12.1984.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

des femmes[50]. Vingt ans après l'adoption de la directive 76/207/CEE, l'arrêt "Kalanke" vient donc révéler (et c'est sans doute son seul mérite) que l'Action Positive est encore un concept à la recherche de sa définition et de sa base juridique.

En fait, c'est dans l'affirmation du droit à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances en qualité de droit fondamental, que les actions positives sont susceptibles de trouver une assise juridique ferme et stable. D'une part, l'égalité entre hommes et femmes serait ainsi affirmée dans sa globalité et ne laisserait, par conséquent, aucune place aux controverses opposant les actions positives qui visent à assurer la mise en oeuvre d'une égalité concrète au principe formel de l'égalité des droits. Par ailleurs, en faisant du droit à l'égalité une obligation permanente, on pourrait également le mettre à l'abri de la déréglementation et de son cortège de mesures dites de "flexibilité" dont on connait les effets négatifs pour l'exercice par les femmes de leurs droits économiques et sociaux. Enfin, énoncé de manière claire et inconditionnelle, un droit fondamental à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances présenterait une double dimension d'immédiateté et de progressivité ou, en d'autres termes, d'un engagement à agir en vue de l'égalité de faits au moyen de mesures spécifiques. Ainsi, reconnaître le droit fondamental des hommes et des femmes à l'égalité de traitement comporterait, dans son libellé même, un caractère immédiat lui conférant un effet direct dans le chef des particuliers, et se doublerait, par ailleurs, d'un engagement spécifique en vue d'assurer à ses destinataires le plein exercice de ce droit. En d'autres termes, des actions positives devraient alors être explicitement prévues de façon à assurer (directement ou indirectement) la modification des structures de manière à garantir la présence et la participation des femmes à égalité avec les hommes dans tous les secteurs, professions ou niveaux de responsabilité.

Ainsi, le droit communautaire devrait-il se référer *à la fois* à des principes proclamatoires: l'égalité de traitement et la non-discrimination, et à des principes

---

[50] En effet, parmi les formes multiples que peuvent revêtir les actions positives, c'est la formation professionnelle qui domine fortement puiqu'on la retrouve dans chacun des Etats membres, parfois à l'exclusion de toute autre mesure. En fait, la formation apparaît comme une mesure transversale recoupant bon nombre des objectifs qui sont assignés aux actions positives. Si l'accent sur la formation vient combler l'écart qui existe entre hommes et femmes quant à l'accès aux programmes de formation professionnelle, ils ne mènent pas nécessairement à la déségrégation, mais, souvent, à de véritables politiques de surqualification consistant à exiger - dans la pratique - des diplômes plus élevés pour les femmes que pour les hommes, notamment aux échelon supérieurs. "La ségrégation professionnelle des femmes et des hommes dans la Communauté", *Europe Sociale*, supplément 3/93.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

exécutoires qui contraignent les Etats membres à des obligations de faire et peuvent même produire directement des effets sur des personnes privées. Dans cette perspective, il faut espérer que l'arrêt "Kalanke" aura un effet catalysateur susceptible de favoriser l'incorporation dans le Traité de l'Union du principe d'égalité entre hommes et femmes comme droit social fondamental[51]. En effet, cet arrêt montre bien que les concepts, les règles et les instruments dont disposent les juges de la Cour de Justice sont inadaptés pour affronter des questions qui mettent en jeu des droits fondamentaux et qui s'inscrivent dans un contexte de valeurs et de principes d'ordre constitutionnel. Aujourd'hui, on est en droit d'espérer que toutes les interrogations que la décision des juges fait désormais peser sur le concept d'action positive conduisent rapidement à une révision de la directive 76/207/CEE. Ainsi, est-il temps d'extraire les actions positives des dérogations à l'égalité de traitement prévues à l'article 2, et de leur consacrer un article susceptible de fonder, au niveau européen, la légitimité des actions positives dans le domaine de la vie professionnelle. Désormais, il devrait être clairement affirmé que les actions positives prises pour accéder à l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes tant de l'extérieur, qu'à l'intérieur de l'organisation de travail ne peuvent être considérées comme des actes discriminatoires pouvant être contestés devant les tribunaux nationaux. En effet, il est inconcevable de maintenir plus longtemps un système schizophrénique qui affirme d'une part l'égalité de traitement entre travailleurs masculin et féminin, et qui, dans le même temps, autorise qu'on lui *oppose* les mesures qui visent, justement, à lui donner son effectivité.

---

[51] A l'approche de la conférence intergouvernementale de 1996 pour une révision de Traité de l'Union, certains universitaires plaident pour qu'y soit inséré un certain nombre de droits sociaux fondamentaux sur la base desquels, il découlerait une obligation pour les institutions européennes et les Etats membres de prendre les mesures appropriées - générales ou spécifiques - de manière à garantir à leurs destinataires l'exercice de leurs droits économiques et sociaux. R. Blanpain, B. Hepple, S. Sciarra and M. Weiss, *Fundamental social rights: proposals for the European Union*, Leuven, Peeters, 1996; Lyon-Caen et Simitis, "L'Europe sociale à la recherche de ses références", *Revue du marché unique européen*, 4, 1993, pp. 109-122.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI) – Italy
Telefax No: +39/55/4685 636
E-mail: publish@datacomm.iue.it

From Name . . . . . .
Address. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .

❒ Please send me a complete list of EUI Working Papers
❒ Please send me a complete list of EUI book publications
❒ Please send me the EUI brochure Academic Year 1996/97

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author . . . . . .
Title: . . . . . .
No, Author . . . . . .
Title: . . . . . .
No, Author . . . . . .
Title: . . . . . .
No, Author . . . . . .
Title: . . . . . .

Date . . . . . .

Signature . . . . . .

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Working Papers of the Robert Schuman Centre

RSC No. 94/1
Fritz W. SCHARPF
Community and Autonomy Multilevel Policy-Making in the European Union *

RSC No. 94/2
Paul McALEAVEY
The Political Logic of the European Community Structural Funds Budget: Lobbying Efforts by Declining Industrial Regions

RSC No. 94/3
Toshihiro HORIUCHI
Japanese Public Policy for Cooperative Supply of Credit Guarantee to Small Firms - Its Evolution Since the Post War and Banks' Commitment

RSC No. 94/4
Thomas CHRISTIANSEN
European Integration Between Political Science and International Relations Theory: The End of Sovereignty *

RSC No. 94/5
Stefaan DE RYNCK
The Europeanization of Regional Development Policies in the Flemish Region

RSC No. 94/6
Enrique ALBEROLA ILA
Convergence Bands: A Proposal to Reform the EMS in the Transition to a Common Currency

RSC No. 94/7
Rosalyn HIGGINS
The EC and the New United Nations

RSC No. 94/8
Sidney TARROW
Social Movements in Europe: Movement Society or Europeanization of Conflict?

RSC No. 94/9
Vojin DIMITRIJEVIC
The 1974 Constitution as a Factor in the Collapse of Yugoslavia or as a Sign of Decaying Totalitarianism

RSC No. 94/10
Susan STRANGE
European Business in Japan: A Policy Crossroads?

RSC No. 94/11
Milica UVALIC
Privatization in Disintegrating East European States: The Case of Former Yugoslavia

RSC No. 94/12
Alberto CHILOSI
Property and Management Privatization in Eastern European Transition: Economic Consequences of Alternative Privatization Processes

RSC No. 94/13
Richard SINNOTT
Integration Theory, Subsidiarity and the Internationalisation of Issues: The Implications for Legitimacy *

RSC No. 94/14
Simon JOHNSON/Heidi KROLL
Complementarities, Managers and Mass Privatization Programs after Communism

RSC No. 94/15
Renzo DAVIDDI
Privatization in the Transition to a Market Economy

RSC No. 94/16
Alberto BACCINI
Industrial Organization and the Financing of Small Firms: The Case of MagneTek

RSC No. 94/17
Jonathan GOLUB
The Pivotal Role of British Sovereignty in EC Environmental Policy

RSC No. 94/18
Peter Viggo JAKOBSEN
Multilateralism Matters but How?
The Impact of Multilateralism on Great Power Policy Towards the Break-up of Yugoslavia

*out of print

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

RSC No. 94/19
Andrea BOSCO
A 'Federator' for Europe: Altiero Spinelli and the Constituent Role of the European Parliament

RSC No. 94/20
Johnny LAURSEN
Blueprints of Nordic Integration. Dynamics and Institutions in Nordic Cooperation, 1945-72

***

RSC No. 95/1
Giandomenico MAJONE
Mutual Trust, Credible Commitments and the Evolution of Rules for a Single European Market

RSC No. 95/2
Ute COLLIER
Electricity Privatisation and Environmental Policy in the UK: Some Lessons for the Rest of Europe

RSC No. 95/3
Giuliana GEMELLI
American Influence on European Management Education: The Role of the Ford Foundation

RSC No. 95/4
Renaud DEHOUSSE
Institutional Reform in the European Community: Are there Alternatives to the Majoritarian Avenue? *

RSC No. 95/5
Vivien A. SCHMIDT
The New World Order, Incorporated: The Rise of Business and the Decline of the Nation-State

RSC No. 95/6
Liesbet HOOGHE
Subnational Mobilisation in the European Union

RSC No. 95/7
Gary MARKS/Liesbet HOOGHE/Kermit BLANK
European Integration and the State

RSC No. 95/8
Sonia LUCARELLI
The International Community and the Yugoslav Crisis: A Chronology of Events *

RSC No. 95/9
A Constitution for the European Union?
Proceedings of a Conference, 12-13 May 1994, Organized by the Robert Schuman Centre with the Patronage of the European Parliament

RSC No. 95/10
Martin RHODES
'Subversive Liberalism': Market Integration, Globalisation and the European Welfare State

RSC No. 95/11
Joseph H.H. WEILER/ Ulrich HALTERN/ Franz MAYER
European Democracy and its Critique - Five Uneasy Pieces

RSC No. 95/12
Richard ROSE/Christian HAERPFER
Democracy and Enlarging the European Union Eastward

RSC No. 95/13
Donatella DELLA PORTA
Social Movements and the State: Thoughts on the Policing of Protest

RSC No. 95/14
Patrick A. MC CARTHY/Aris ALEXOPOULOS
Theory Synthesis in IR - Problems & Possibilities

RSC No. 95/15
Denise R. OSBORN
Crime and the UK Economy

RSC No. 95/16
Jérôme HENRY/Jens WEIDMANN
The French-German Interest Rate Differential since German Unification: The Impact of the 1992-1993 EMS Crises

RSC No. 95/17
Giorgia GIOVANNETTI/Ramon MARIMON
A Monetary Union for a Heterogeneous Europe

RSC No. 95/18
Bernhard WINKLER
Towards a Strategic View on EMU - A Critical Survey

*out of print

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

RSC No. 95/19
Joseph H.H. WEILER
The State "über alles"
Demos, Telos and the German Maastricht Decision

RSC No. 95/20
Marc E. SMYRL
From Regional Policy Communities to European Networks: Inter-regional Divergence in the Implementation of EC Regional Policy in France

RSC No. 95/21
Claus-Dieter EHLERMANN
Increased Differentiation or Stronger Uniformity

RSC No. 95/22
Emile NOËL
La conférence intergouvernementale de 1996
Vers un nouvel ordre institutionnel

RSC No. 95/23
Jo SHAW
European Union Legal Studies in Crisis?
Towards a New Dynamic

RSC No. 95/24
Hervé BRIBOSIA
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on Belgium

RSC No. 95/25
Juliane KOKOTT
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on Germany

RSC No. 95/26
Monica CLAES/Bruno DE WITTE
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on the Netherlands

RSC No. 95/27
Karen ALTER
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration

RSC No. 95/28
Jens PLÖTNER
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on France

RSC No. 95/29
P.P. CRAIG
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on the United Kingdom

RSC No. 95/30
Francesco P. RUGGERI LADERCHI
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on Italy

RSC No. 95/31
Henri ETIENNE
The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context
Report on Luxembourg

RSC No. 95/32
Philippe A. WEBER-PANARIELLO
The Integration of Matters of Justice and Home Affairs into Title VI of the Treaty on European Union: A Step Towards more Democracy?

RSC No. 95/33
Debra MATIER
Data, Information, Evidence and Rhetoric in the Environmental Policy Process:
The Case of Solid Waste Management

RSC No. 95/34
Michael J. ARTIS
Currency Substitution in European Financial Markets

RSC No. 95/35
Christopher TAYLOR
Exchange Rate Arrangements for a Multi-Speed Europe

RSC No. 95/36
Iver B. NEUMANN
Collective Identity Formation: Self and Other in International Relations

***out of print**

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

RSC No. 95/37
Sonia LUCARELLI
The European Response to the Yugoslav Crisis: Story of a Two-Level Constraint

RSC No. 95/38
Alec STONE SWEET
Constitutional Dialogues in the European Community

RSC No. 95/39
Thomas GEHRING
Integrating Integration Theory: Neofunctionalism and International Regimes

RSC No. 95/40
David COBHAM
The UK's Search for a Monetary Policy: In and Out of the ERM

***

RSC No. 96/1
Ute COLLIER
Implementing a Climate Change Strategy in the European Union: Obstacles and Opportunities

RSC No. 96/2
Jonathan GOLUB
Sovereignty and Subsidiarity in EU Environmental Policy

RSC No. 96/3
Jonathan GOLUB
State Power and Institutional Influence in European Integration: Lessons from the Packaging Waste Directive

RSC No. 96/4
Renaud DEHOUSSSE
Intégration ou désintégration? Cinq thèses sur l'incidence de l'intégration européenne sur les structures étatiques

RSC No. 96/5
Jens RASMUSSEN
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
Risk Management Issues - Doing Things Safely with Words: Rules and Laws

RSC No. 96/6
Olivier GODARD
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
Social Decision-Making under Conditions of Scientific Controversy, Expertise and the Precautionary Principle

RSC No. 96/7
Robert HANKIN
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
The Cases of Food and Pharmaceuticals

RSC No. 96/8
Ernesto PREVIDI
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
L'organisation des responsabilités publiques et privées dans la régulation européenne des risques: un vide institutionnel entre les deux?

RSC No. 96/9
Josef FALKE
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
The Role of Non-governmental Standardization Organizations in the Regulation of Risks to Health and the Environment

RSC No. 96/10
Christian JOERGES
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice: Legal Frameworks for Denationalized Governance Structures

RSC No. 96/11
Martin SHAPIRO
Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making.
The Frontiers of Science Doctrine: American Experiences with the Judicial Control of Science-Based Decision-Making

RSC No. 96/12
Gianna BOERO/Giuseppe TULLIO
Currency Substitution and the Stability of the German Demand for Money Function Before and After the Fall of the Berlin Wall

*out of print

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

RSC No. 96/13
Riccardo MARSELLI/Marco VANNINI
Estimating the Economic Model of Crime in the Presence of Organised Crime: Evidence from Italy

RSC No. 96/14
Paul DE GRAUWE
The Economics of Convergence Towards Monetary Union in Europe

RSC No. 96/15
Daniel GROS
A Reconsideration of the Cost of EMU The Importance of External Shocks and Labour Mobility

RSC No. 96/16
Pierre LASCOUMES/Jérôme VALLUY
Les activités publiques conventionnelles (APC): un nouvel instrument de politique publique? L'exemple de la protection de l'environnement industriel

RSC No. 96/17
Sharmila REGE
Caste and Gender: The Violence Against Women in India

RSC No. 96/18
Louis CHARPENTIER
L'arrêt "Kalanke", expression du discours dualiste de l'égalité

*out of print

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO
BIBLIOTECA

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.