



L'élaboration de la directive 76/207/CEE : une anomalie européenne ? De l'égalité de rémunération à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances

Sophie Jacquot

► To cite this version:

Sophie Jacquot. L'élaboration de la directive 76/207/CEE : une anomalie européenne ? De l'égalité de rémunération à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances. L'égalité d'emploi hommes/femmes et la 'fabrique' du droit, Jun 2013, Paris, France. pp.19-31. hal-02408963v1

HAL Id: hal-02408963

<https://sciencespo.hal.science/hal-02408963v1>

Submitted on 26 Jul 2021 (v1), last revised 10 Dec 2021 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

**L'élaboration de la directive 76/207/CEE : une anomalie européenne ?
De l'égalité de rémunération à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances**

Sophie Jacquot

Introduction

Une interrogation principale : le processus d'élaboration puis de prise de décision ayant conduit à l'adoption de la directive 76/207/CEE correspond-il à une anomalie européenne (absence de compétence, le traité de Rome couvrant uniquement la question de « l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ») ou bien doit-il plutôt être compris comme une suite logique, voire évidente, de l'intégration européenne, alors en cours depuis près de 20 ans (lecture fonctionnaliste du processus d'intégration européenne développé par Ernst Haas dès 1968 : mécanisme de *spill over*, effet boule de neige, l'intégration entraîne toujours plus d'intégration, dans ce cas l'égalité de rémunération mène presque « nécessairement » à l'égalité de traitement et à l'égalité des chances) ?

On verra que la lecture fonctionnaliste semble a priori celle qui possède la plus grande force explicative ici. Cependant, afin de cerner au mieux tout ce qui se joue avec la négociation puis le vote de la première directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, il faut prendre en compte d'une part le rôle fondamental joué par un petit nombre d'acteurs stratégiques, notamment au sein de la Commission européenne et de la DG V tout particulièrement, et, d'autre part, le rôle de ce que l'on peut appeler l'ouverture d'une fenêtre d'opportunité politique lors de l'année 1975 qui est celle durant laquelle se déroule les négociations et où la directive est votée, avant d'être publiée au JOCE en février de l'année suivante. En effet, l'année 1975 est une année charnière qui voit se dérouler, au niveau communautaire et international, des événements qui vont permettre la création d'une fenêtre d'opportunité politique particulièrement favorable aux revendications en matière d'égalité entre les femmes et les hommes en général, et à la directive 76/207 en particulier. Les projecteurs au cours de cette période sont braqués sur l'action de la Communauté européenne de l'époque notamment lors de la Conférence mondiale de l'ONU sur les femmes qui se déroule à Mexico cette année-là. Cette dernière va ordonner le faisceau des variables favorables et le diriger spécifiquement sur la directive afin de faciliter son adoption.

1. La sphère restreinte de l'action communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes

Non-discrimination et lutte contre les distorsions de concurrence.

Le fondement unique en 1957 (et jusqu'en 1997) de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes est constitué par l'article 119 du traité de Rome. Cet article porte sur l'égalité de rémunération entre travailleurs féminins et masculins et il est le seul qui fasse référence à la question de l'égalité. L'article 119 fait partie du premier chapitre (« dispositions sociales ») du Titre III du Traité, intitulé « La politique sociale ». Il marque

donc l'inclusion de l'action publique communautaire en matière d'égalité dans la dimension sociale du projet européen, telle que définie et délimitée par les compétences accordées aux institutions européennes. L'action publique communautaire concernant l'égalité entre les femmes et les hommes n'est pas un isolat, elle fait partie d'un ensemble plus large, doté de règles et de frontières. D'un point de vue juridique, comme le constate Catherine Barnard, « [la] réalisation de l'égalité des sexes [est même] le pilier central et le plus profondément élaboré de la politique sociale fragile de la Communauté européenne »¹. Pour paraphraser Giandomenico Majone, on pourrait dire que la politique d'égalité fait partie de l'« espace politique » de la politique sociale européenne, c'est-à-dire qu'elle fait partie de cet « ensemble de politiques qui sont tellement interconnectées qu'il est impossible de formuler des conclusions descriptives ou analytiques d'une quelconque utilité concernant l'une d'entre elles sans prendre en compte les autres »². Cette situation d'imbrication implique qu'il n'est pas possible de réfléchir sur les évolutions de la politique d'égalité sans s'interroger sur les évolutions de la politique sociale, et, de la même façon, d'étudier les modifications de la politique sociale en laissant la politique d'égalité hors de l'analyse. Or, dès 1957 dans le contexte de la Communauté européenne en construction, la politique sociale est partie intégrante du processus de construction du marché et elle est largement circonscrite à ce rôle, ce qui rejaillit nécessairement sur la politique d'égalité entre les femmes et les hommes. C'est en ce sens que cette dernière est soumise à ce que Ilona Ostner et Jane Lewis désignent comme « *the Paid Employment Nexus* » : il est constitué par la conjonction de la philosophie inhérente à la législation européenne et à la participation à la construction du Grand marché, de la règle de l'unanimité au Conseil des ministres et de l'absence de consensus parmi les Etats membres pour favoriser une extension de la politique hors du seul champ de l'emploi salarié³. Durant cette première période, l'attention qui a été accordée aux femmes et à leurs droits n'a en effet dérivé que de leur statut de travailleuses et n'a concerné que le marché du travail (rémunération, accès à l'emploi, à la formation, conditions de travail, sécurité sociale), cela en accord avec les objectifs généraux du Traité. La définition de l'égalité retenue par la Communauté est donc une définition strictement limitée qui ne prend pas en compte l'environnement des problèmes relatifs au marché du travail.

Pourtant, l'article 119, et c'est là toute sa force, est polysémique.

L'inclusion de l'article 119 dans le traité de Rome est déterminante en ce qui concerne la définition de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes. Elle est tout d'abord déterminante en termes de contenu. C'est cet article qui permet l'existence de l'action publique dans ce domaine en donnant la légitimité juridique et politique à la Commission européenne de faire des propositions et de développer une action qui va peu à peu constituer ce que l'on pourra désigner comme une politique publique. Dans le même temps, l'article 119 définit restrictivement le domaine d'action possible de cette politique : c'est-à-dire l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière de rémunération entre travailleurs féminins et masculins. Il constitue donc tout à la fois la force et la faiblesse

¹ BARNARD, Catherine, « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », dans ALSTON, Philip (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 219.

² MAJONE, Giandomenico, « Quelle politique sociale pour l'Europe ? », dans MENY, Yves, MULLER, Pierre, QUERMONNE, Jean-Louis (dir.), *Politiques publiques en Europe*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1995, p. 276. Voir également MAJONE, Giandomenico, *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 1996, « Régulation sociale, initiative politique et protection des intérêts diffus », p. 71-102.

³ OSTNER, Ilona, LEWIS, Jane, « Gender and the Evolution of European Social Policies », dans LEIBFRIED, Stephan, PIERSON, Paul (eds), *European Social Policy. Between Fragmentation and Integration*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1995, p. 177.

de la politique communautaire d'égalité, il la rend légitime et la limite dans le même mouvement :

« N'oubliez pas que ce n'était pas l'égalité des hommes et des femmes, c'était l'égalité dans les rémunérations et le travail. On ne pouvait pas sortir de ce cadre là car le traité de Rome est un traité économique. Donc on n'avait pas de mandat pour sortir. Il fallait toujours toujours piloter les choses pour ne pas déborder, ne pas sortir des limites fixées par le Traité. »⁴.

Dès le début des négociations en 1956, la France, qui dispose d'une législation sur l'égalité de salaire⁵, soumet à ses partenaires des demandes spécifiques qu'elle considère comme des compensations à la baisse des barrières douanières. Parmi ces compensations figure la reconnaissance par l'ensemble des Etats membres du principe de l'égalité de salaire, réclamée par les industriels français des secteurs à forte main d'œuvre féminine comme le textile, qui craignent la concurrence, dans le nouvel espace économique, des pays qui ne pratiquent pas l'égalité salariale à travail égal. Le contexte était celui de la crise de Suez, de la guerre d'Algérie, et, après l'échec de la Communauté européenne de défense (CED) en 1954, il s'agissait d'apaiser la France et de faire des concessions en sa faveur et l'article 119 sera une de ces concessions.

Comme le retrace Catherine Hoskyns à partir des archives du Conseil des ministres⁶, la question de l'égalité de salaire commence à faire l'objet d'une réflexion spécifique, et non plus seulement comme un coût social parmi d'autres, à partir de l'automne 1956 quand les Français présentent leurs demandes de compensation. Une première version d'un article du futur traité est rédigée en octobre 1956 qui cite « l'application de l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes pour un même travail et pour un travail de même valeur ». C'est à ce moment que la responsabilité de la rédaction définitive de l'article va être attribuée à un groupe d'experts dans le domaine social, qui devra fournir un texte compatible avec la Convention 100 de l'OIT. Le texte final maintiendra donc la formulation forte et affirmative selon laquelle « Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite l'application du principe de l'égalité ». Le terme « salaire » est remplacé par celui de « rémunération », plus large (il inclut également « tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature »). En revanche, la formulation « travail de même valeur », qui permet la comparaison entre rémunérations masculines et féminines dans des emplois différents, est supprimée. C'est cette même expression, qui se trouve dans la Convention 100, qui sera reprise dans la directive sur l'égalité de rémunération en 1975 et à laquelle les rédacteurs du Traité reviendront en 1997 à Amsterdam. Sous cette dernière forme, ce texte est tout d'abord situé, en tant qu'article 46, dans une section sur les distorsions de concurrence, avant d'être déplacé dans la section sur la politique sociale, en tant qu'article 119, afin de donner à cette dernière un petit peu plus de « chair ».

Ainsi, et comme cela est bien connu, l'article 119 n'a pas été introduit dans le traité de Rome dans un désir de justice sociale ou afin de promouvoir l'égalité des sexes. Les négociateurs cherchaient avant tout à rédiger un texte qui puisse être signé par toutes les parties. Comme le

⁴ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

⁵ La législation française de l'époque sur le sujet est constituée des éléments suivants : préambule de la Constitution de 1946 qui proclame que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes » ; arrêté du 30 juillet 1946 qui abroge les dispositions relatives aux abattements jusqu'alors autorisés pour les salaires féminins ; loi du 1^{er} février 1950 qui prévoit que les conventions collectives nationales susceptibles d'être étendues doivent comprendre obligatoirement des dispositions concernant « les modalités d'application du principe à travail égal, salaire égal pour les femmes et pour les jeunes » ; SMIG introduit en 1950 qui repose sur une grille unique pour les femmes et pour les hommes.

⁶ *Ibid.*, p. 55-57.

dit d'ailleurs joliment Jacqueline Nonon, fonctionnaire à la Commission européenne dès 1958 et qui s'est très largement chargée de développer le socle initial et fondamental de la politique communautaire d'égalité entre 1974 et 1981 :

« l'article 119 [...] c'était pas du tout pour le bonheur des dames »⁷.

Il s'agissait d'abord, en imposant l'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et masculins, d'éviter tout risque de dumping social. Il fallait garantir des conditions de concurrence égalitaire entre les industriels des Etats membres, notamment dans les secteurs à forte consommation de main d'œuvre féminine. « Le raisonnement qui a conduit à l'inclusion de l'article 119 était lié [...] à la question de l'intégration économique : la main d'œuvre était considérée comme une marchandise et un facteur de production ; et les Etats membres ne devaient pas chercher à obtenir des avantages, du point de vue de la productivité, en permettant des discriminations sur la rémunération du travail. »⁸ La logique est donc la même, à un degré moindre, que celle de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité (article 6 du traité de Rome) qui constitue par définition le péché majeur dans une Communauté qui vise à instaurer un marché commun entre plusieurs Etats membres. Il s'agit d'éviter la concurrence déloyale et le protectionnisme. La prohibition de la discrimination, dans le cas du sexe comme dans le cas de la nationalité, a donc une fonction économique.

Néanmoins, l'article 119 possède, dès son insertion dans le traité un certain nombre de caractéristiques qui expliquent que son interprétation ne puisse être univoquement économique. Ce sont ces caractéristiques qui vont justifier que la Cour de justice dans son arrêt *Defrenne II*⁹ puisse considérer que l'article 119 « fait partie des objectifs sociaux de la Communauté ». Plus précisément, la Cour insiste en effet sur la « double finalité »¹⁰ de l'article 119 : « *d'une part*, [il] a pour fonction d'éviter *que*, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des Etats qui ont effectivement réalisé les principes de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main d'œuvre féminine ; [...] *d'autre part*, cette disposition relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens »¹¹. Il s'agit, à la fois, de lutter contre les désavantages concurrentiels et d'être un instrument de progrès social dans une union qui est économique, mais qui cherche également à promouvoir (en tant que sous-produit de l'intégration économique) « un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale » (art. 2, traité de Rome).

Ces caractéristiques, qui permettent une lecture complexe de l'article 119, sont liées à sa position dans le traité. Tout d'abord, comme le remarque la Cour¹², l'article sur l'égalité de rémunération est inséré dans le Titre VIII sur la politique sociale. Ensuite, au sein du chapitre sur les dispositions sociales, l'article 119 se démarque : « les bases formelles du Traité en

⁷ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

⁸ STONE SWEET, Alec, CAPORASO, James A., « La Cour de justice et l'intégration européenne », *Revue française de science politique*, vol. 48, n° 2, avril 1998, p. 231.

⁹ Arrêt de la Cour du 8 avril 1976. *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Affaire 43/75.

¹⁰ *Ibid.*, attendu de l'arrêt n° 8 (italiques ajoutées).

¹¹ *Ibid.*, attendu de l'arrêt n° 9 et 10 (italiques ajoutées).

¹² *Ibid.*, attendu de l'arrêt n° 11 : « [...] cette finalité est accentuée par l'insertion de l'article 119 dans l'ensemble du chapitre consacré à la politique sociale, dont la disposition liminaire, à savoir l'article 117, marque 'la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès' ».

matière de protection sociale (articles 117-122) sont assez faibles : le Traité accorde aux institutions communautaires une compétence pour mettre en œuvre une politique sociale, sans toutefois spécifier les obligations particulières auxquelles les Etats membres seraient soumis. *La grande exception réside dans l'article 119*, qui oblige les Etats membres à garantir 'l'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et travailleurs masculins pour un même travail' »¹³. Cette robustesse rédactionnelle est la conséquence du déplacement de cet article en cours de négociations et de son passage de la section sur les dispositions sur la concurrence à celle sur la politique sociale.

C'est également par cette liaison avec les dispositions sur la concurrence que l'on peut expliquer que la rédaction de l'article 119 soit liée au calendrier de l'établissement du marché commun décrit dans l'article 7, obligeant les Etats membres à agir « au cours de la première étape », c'est-à-dire à mettre en œuvre l'égalité de rémunération avant le 31 décembre 1961.

L'article 119, dans sa complexité même, pose donc des questions centrales concernant les relations entre l'économie et le social, la possibilité de construction d'un marché commun sans dimension sociale, ou la nature intrinsèquement duale de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes.

2. 1975, l'ouverture d'une fenêtre d'opportunité politique

2.1. Une « suite logique » au niveau communautaire

L'article 119 du traité de Rome devait initialement entrer en vigueur au plus tard à la fin de la première étape du marché commun, c'est-à-dire le 31 décembre 1961. Il a cependant connu une longue période de sommeil. Ignoré par les Etats membres¹⁴, jusqu'en 1976, date du deuxième arrêt *Defrenne* qui lui a reconnu un effet direct et à la suite duquel l'article 119 est donc considéré comme pouvant « engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder »¹⁵.

Plus précisément, le Conseil des ministres prend conscience dès le mois de mai 1960, lorsqu'il décide d'accélérer la première étape de la réalisation du marché commun, que l'égalisation des rémunérations masculines et féminines est restée lettre morte. La Commission prend alors l'initiative d'élaborer un programme de mise en œuvre de l'article 119 et émet une Recommandation en direction du Conseil afin de demander aux Etats membres de lui communiquer les mesures prises au niveau national sur cette question avant juin 1961. Cette demande reste cependant également sans réponse, et un « groupe article 119 », composé de représentants de la Commission et des Etats membres ainsi que de juristes et statisticiens, est alors mis sur pied pour tenter de pallier les problèmes techniques d'harmonisation. Cependant, alors que la date butoir du 31 décembre 1961 approche, la France fait part de ses exigences et refuse le passage à la deuxième étape du marché commun si l'engagement inscrit dans l'article 119 n'est pas tenu (ce qu'interdisent d'ailleurs formellement les termes du traité). Une solution est alors trouvée dans l'urgence. Le Conseil adopte ce jour-là une Résolution intergouvernementale sur l'égalité de rémunération qui proclame des objectifs à atteindre, et instaure pour cela un calendrier jusqu'au 31 décembre 1964¹⁶. Cette solution politique à un problème juridique, cette absence de respect formel des

¹³ STONE SWEET, Alec, CAPORASO, James A., *op. cit.*, 1998, p. 230 (italiques ajoutées).

¹⁴ WARNER, Harriet R., « Social Policy in Practice: Community Action on Behalf of Women and its Impact in the Member States », *Journal of Common Market Studies*, vol. 22, n° 2, 1984, p. 141-167.

¹⁵ Arrêt de la Cour du 8 avril 1976. *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Affaire 43-75.

¹⁶ HOSKYNS, Catherine, *op. cit.*, 1996, p. 60-65 ; HUBERT, Agnès, *op. cit.*, 1998, p. 57-65.

engagements du traité par les gouvernements sera d'ailleurs fortement condamnée par la Cour de justice quinze ans plus tard. Revenant sur l'obligation de résultat qu'imposait le texte de l'article 119 aux Etats membres dans un délai déterminé et sur les devoirs de la Commission en tant que gardienne du traité, la Cour considère que « l'obligation imposée par le traité n'a pas été tenue par certains Etats membres et que les institutions communes ont insuffisamment réagi contre cet état de carence »¹⁷, et, plus sévèrement encore, qu'« admettre le contraire risquerait d'ériger la violation du droit en règle d'interprétation »¹⁸ et de fragiliser une Communauté fondée sur le respect du droit. Néanmoins, la Résolution intergouvernementale permet le passage à la deuxième étape de la réalisation du marché commun et, bien que le « groupe article 119 » continue à se réunir, la question de l'égalité de rémunération retombe plus ou moins dans l'oubli par la suite, d'autant plus lorsque se déclenche la crise constitutionnelle de 1965-1966 (« crise de la chaise vide »).

Le « groupe article 119 » continue à se réunir après 1961 et notamment à produire des données et des statistiques. Grâce à ce travail, la Commission présente en 1965 un rapport d'application concernant l'article 119 dans les Etats membres et les mesures prises en matière d'égalité salariale : « [les] 'remarquables progrès' mentionnés en début de rapport s'y trouvent passablement contredits par le fait qu'aucun Etat membre n'[a] complètement procédé à la mise en œuvre de la résolution [du Conseil du 31 décembre 1961] »¹⁹.

Le *Premier programme de politique économique à moyen terme* rédigé par la Commission en 1967 est le premier texte communautaire à faire directement référence aux femmes : elles sont considérées comme une réserve de main d'œuvre sous-exploitée et sous-formée. Des mesures concernant les taux d'imposition ou la sécurité sociale sont envisagées, de même que, déjà, des aides à la garde d'enfants ou le développement du travail à temps partiel pour encourager les femmes mariées à rejoindre le marché du travail :

« Il y avait à la DG des affaires économiques et financières un grand projet qui concernait toute l'Europe des Six, c'était le projet de politique économique à moyen terme. On voulait donc planifier un peu à la manière française [...]. Il y a eu un rapport sur les travaux de ce groupe de travail, alors le rapport a été très intéressant [...] et il y avait un texte qui concernait les femmes parce qu'on prévoyait qu'on allait manquer de main d'œuvre [...]. C'était bien la première fois qu'on se penchait sur les femmes et c'était encore une fois pas pour faire leur bonheur, mais tout simplement parce qu'on pensait qu'on allait devoir faire face à une pénurie de main d'œuvre qualifiée. On avait bien les travailleurs étrangers [...]. Chacun allait de son côté à la pêche aux bras, mais à ce moment là on savait qu'on arriverait vite à épuiser les réserves de l'immigration, et la dernière réserve c'est toujours les femmes, on va de nouveau les chercher. Donc, il fallait d'abord les former, premier point c'était la formation professionnelle, c'était l'accès à l'emploi [et il fallait] également penser à la famille parce qu'il ne fallait pas non plus casser l'idée familiale, donc il fallait prévoir des crèches ou des systèmes d'aménagement du temps de travail. [...] Tout ça était dans ce rapport de politique économique à moyen terme, ce qui veut dire qu'on prenait en compte les problèmes des femmes. Pas tellement sous l'angle de l'égalité, on parlait d'amélioration du travail des femmes, accès à l'emploi, etc., d'ailleurs c'était les années 1960, le niveau d'éducation générale s'élevait rapidement. »²⁰.

L'angle, on le voit, est strictement économique, la question du travail féminin commence à susciter de l'intérêt en tant, justement, que solution économique. Il faut également se rappeler que la Résolution intergouvernementale, permettant le passage à la seconde phase du marché intérieure malgré le non respect des obligations contenues dans l'article 119, demandait à la

¹⁷ Arrêt de la Cour du 8 avril 1976. *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Affaire 43-75, attendu n° 33.

¹⁸ *Ibid.*, attendu n° 34.

¹⁹ HUBERT, Agnès, *op. cit.*, 1998, p. 61.

²⁰ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

Commission de faire régulièrement rapport au Conseil sur l'état d'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et masculins. Dans ce cadre, la Commission commande à la sociologue Evelyne Sullerot, auteure en 1968 d'une *Histoire et sociologie du travail féminin*²¹, un rapport sur le sujet. Cette étude, intitulée *L'emploi des femmes et ses problèmes dans les Etats membres de la Communauté européenne*²², est publiée par la Commission en 1970.

L'étude est transversale et thématique, plutôt qu'organisée sous la forme d'une comparaison de monographies nationales. Elle permet par conséquent de dégager de grandes tendances et de souligner la nature structurelle des désavantages et obstacles que rencontrent les femmes sur le marché du travail. Dans sa préface, le Directeur général des affaires sociales de l'époque écrit que cette analyse ouvre « le champ d'une réflexion prospective communautaire dans lequel [peuvent] s'inscrire les futures initiatives »²³, et, en effet, les principales conclusions sur les liens entre discrimination en matière de rémunérations, ségrégation sexuelle horizontale et verticale du marché du travail et nécessité de développement des modes de garde par les autorités publiques sont par la suite reprises dans les rapports périodiques de la Commission au Conseil sur l'égalité de salaires²⁴. Ce rapport aura un double effet, celui d'attirer l'attention sur la question des femmes et de l'emploi, et celui de constituer une ressource importante pour les actions normatives qui vont suivre. De plus, il s'inscrit alors dans le cadre d'un nouveau volontarisme en matière sociale de la Communauté, qui sera symbolisé par le *Programme d'action sociale* de 1974 qui contient une proposition de directive sur l'égalité de rémunération. La Commission affirme sa compétence en matière sociale et annonce dès son rapport périodique de 1973 le déclenchement d'éventuelles procédures d'infraction envers les Etats membres qui contreviendraient encore à l'article 119. Comme l'explique cette fonctionnaire européenne, grande connaisseuse de la politique sociale européenne en général et de la politique communautaire d'égalité en particulier, le *Programme d'action sociale* de 1974 a représenté un tournant, l'affirmation d'une volonté de rééquilibrage entre économique et social et surtout d'accroissement de l'attention politique sur le sujet :

« Si on jette un regard un peu historique, la politique d'égalité est au fond née dans les années 70 avec la première directive de 75. Au départ elle a été conçue tout d'abord de manière relativement technique si je puis dire, comme la mise en place de ce qui était un des seuls éléments à l'époque sociaux du Traité qui était l'égalité de rémunération, l'article 119 de l'époque, qui était, comme vous le savez probablement, un article économique plus que social puisque demandé par la France pour éviter des distorsions de concurrence. Donc, au fond, le premier élément a été de développer cet aspect. Donc c'était assez technique. Puis c'est devenu un domaine plus politique peu après cette période avec le programme d'action sociale, c'était en 74. [C'était] un programme d'action sociale qui essayait, globalement, d'améliorer les conditions de travail des gens d'un côté, et de promouvoir l'emploi de l'autre. »²⁵

Le Programme de 1974 fait suite à une réunion des chefs d'Etat et de gouvernement tenue à Paris en 1972, au cours de laquelle ceux-ci ont « affirmé que l'expansion économique n'est pas une fin en soi, mais doit se traduire par une amélioration de la qualité aussi bien que du niveau de vie [et] qu'une action vigoureuse dans le domaine social revêt pour eux la même importance que la réalisation de l'union économique et monétaire »²⁶, et ont demandé à la

²¹ SULLEROT, Evelyne, *Histoire et sociologie du travail féminin*, Paris, Gonthier, 1968.

²² SULLEROT, Evelyne, Commission des Communautés européennes, *L'emploi des femmes et ses problèmes dans les Etats membres de la Communauté européenne : abrégé du rapport de Mme E. Sullerot*, Luxembourg, 1972 [2^e ed.].

²³ SULLEROT, Evelyne, *op. cit.*, 1972 [2^e ed.], p. 7.

²⁴ Voir HOSKYNS, Catherine, *op. cit.*, 1996, p. 84-85.

²⁵ Entretien membre de la Commission européenne.

²⁶ CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Résolution du Conseil concernant un programme d'action sociale*, 21 janvier 1974 (JO C n° C 013 du 12/02/1974).

Commission de prévoir des actions allant dans ce sens. Ce programme, voté par le Conseil en janvier 1974, reflète la montée, partout en Europe, de mouvements sociaux, et il adopte lui aussi un langage assez déterminé, réaffirmant que le développement économique ne peut être recherché pour lui-même et, surtout, que la Communauté doit disposer d'une politique sociale propre. Les objectifs qui y sont déclinés sont au nombre de trois : « réalisation du plein et du meilleur emploi au niveau communautaire, national et régional, condition essentielle d'une politique sociale efficace ; amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès ; participation croissante des partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté et des travailleurs à la vie des entreprises »²⁷. Les recommandations concernant l'égalité entre les femmes et les hommes en matière d'« accès à l'emploi et à la formation et la promotion professionnelle ainsi que les conditions de travail, y compris les rémunérations »²⁸, tout comme la proposition de directive sur l'égalité des rémunérations féminines et masculines, font partie de la section relative « au plein et meilleur emploi », de même que les mesures prévues pour encourager la participation au marché du travail d'autres groupes exclus, les handicapés et les migrants.

Le *Programme d'action sociale* est donc approuvé début 1974, peu avant que les effets du premier choc pétrolier ne se fassent réellement sentir, ce qui permettra à certaines des mesures sociales qui y figurent d'être approuvées par le Conseil dans les deux années qui suivent, avant que l'Europe sociale ne commence à « marqu[er] le pas »²⁹, rendant impossible toute avancée significative à partir du début des années 1980.

Quoi qu'il en soit, dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, ce *Programme d'action* est le tremplin, le point d'accroche de l'action de la Communauté et des initiatives de la Commission. Comme l'explique une des fonctionnaires européennes chargées de développer cette action :

« [avec le Programme d'action sociale] on a eu la première chance véritable pour avoir un mandat de la part des Etats membres, de la part du Conseil, parce qu'avant ça n'existait pas »³⁰.

2.2. La conjonction des contextes politiques et économiques

Ce vote était considéré comme politiquement profitable, permettant d'envoyer un signe aux mouvements féministes nationaux et de reconnaître le fait que les femmes représentaient une partie de plus en plus importante de la main d'œuvre des Etats membres.

Développement des mouvements de femmes à travers l'Europe.

Importance de la directive : passage au niveau communautaire de l'égalité de rémunération à l'égalité de traitement et donc passage de la prise en compte des femmes déjà présentes sur le marché du travail à la nécessité de les attirer sur le marché du travail (interdiction de la discrimination basée sur le sexe dans les domaines de la sélection des candidatures, de la formation professionnelle, des droits à la sécurité sociale, du licenciement, etc.).

2.3. L'Année internationale des femmes et la conférence de Mexico

Jusqu'à l'adoption du Programme d'action sociale en 1974 il n'avait cependant pas vraiment été fait mention de la possibilité d'une deuxième directive après celle sur l'égalité de rémunération. Jacqueline Nonon elle-même pensait que le processus aboutirait au mieux à

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, par. 4.

²⁹ QUINTIN, Odile, FAVAREL-DAPAS, Brigitte, *op. cit.*, 1999, p. 18.

³⁰ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

une Résolution. Mais l'Année internationale des femmes de l'ONU semble sur ce point avoir eu une importance cruciale³¹.

« On a eu une chance historique qui est que cette négociation se déroulait dans l'année 1975, la première Année internationale des femmes des Nations Unies. Vous ne pouvez pas savoir à quel point [ça a joué]. Parce qu'il fallait légiférer, c'était essentiel d'avoir une directive. Moi je l'ai toujours dit, c'était vraiment notre chance historique parce que je me rappelle que, au groupe des questions sociales du Conseil tout le monde traînait les pieds 'oui, quand même, une directive, ohlala...' [...] Je me rappelle avoir demandé la parole au sein du groupe et d'avoir dit : 'Mais, Messieurs, alors que les Nations Unies lancent l'Année internationale des femmes, que tous les pays du monde se mobilisent, vous, les Européens, vous allez traîner les pieds et oser nous dire qu'une vague recommandation suffit, non, vraiment, vous êtes rétrogrades'. J'ai dit au Conseil, j'étais avec mon directeur souvent, mais il était bien d'accord sur ce que je disais : 'Nous sommes en 1975, année décrétée comme année internationale des femmes, vous n'allez pas refuser aux femmes un texte législatif qui assure l'égalité [...] nous allons aller en tant que Communauté européenne parler comme un seul homme, le commissaire Hillery³² va s'exprimer au nom de l'Europe et vous allez dire 'non, nous on ne veut rien faire', ça ne tient pas debout', ça je m'en suis servi [...]. J'ai dû le dire comme ça, plus ou moins. Et puis ils ont dit 'd'accord', ils ont lâché, parce que sinon ça tournait à la recommandation, et ça il fallait pas, il fallait vraiment s'accrocher à une directive, un instrument contraignant. [...] Et après, il y a l'attaché, le conseiller français qui était là, et, quelques années plus tard, il vient me dire 'si on avait su dans quoi vous nous emmeniez... on n'aurait jamais accepté !'. Oui, puisque après ça les a engagés beaucoup plus loin ! »³³.

La tenue de la première Conférence des Nations Unies sur les femmes cette année-là à Mexico, première des trois conférences de la Décennie des Femmes, fait donc partie du faisceau de facteurs favorables à l'adoption de cette directive.

3. Le processus de négociation

3.1. L'initiative stratégique de la Commission

- La mise en place du Groupe ad hoc sur l'emploi des femmes

Le premier embryon de structuration du secteur communautaire de l'égalité entre les femmes et les hommes naît de façon informelle grâce à l'engagement de femmes des premiers Etats membres et autour de Jacqueline Nonon, première responsable de cette question à la Commission européenne. C'est elle, fonctionnaire française à la Commission depuis 1958, qui est chargée, au sein de la Division sur l'emploi et la formation professionnelle, de développer les propositions politiques contenues dans le rapport commandé par la Commission à Evelynne Sullerot et publié en 1970. Il s'agit de promouvoir l'emploi des femmes, notamment des mères, sur le marché du travail. Ce dossier qui lui est confié prend une ampleur particulièrement importante après l'adoption du *Programme d'action sociale* en 1974, avec la mise en œuvre de la Résolution du Conseil et la préparation de la directive dérivée de l'article 119. Elle décide alors de créer un groupe de travail sur la question de l'emploi des femmes réunissant des représentants des Etats membres. Ces groupes sont courants et la procédure habituelle pour les constituer est que la Commission demande aux gouvernements de nommer des fonctionnaires ou des experts. La procédure sera ici largement contournée³⁴, au grand

³¹ Hoskyns, p. 101.

³² Patrick Hillery, commissaire chargé des Affaires sociales dans la Commission Ortolí de 1973 à 1976, puis président de la République d'Irlande, de 1976 à 1990.

³³ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

³⁴ « Le fameux 'groupe ad hoc' qui défraie la chronique dans le landerneau communautaire » : Jacqueline Nonon, dans MAN, Victoria, Marcelle Devaud. *Itinéraire exceptionnel d'une femme politique française*, Paris, Eulina Carvalho, 1997, p. 102.

mécontentement y compris des partenaires sociaux et en particuliers des syndicats (domination des femmes issues de professions libérales et perte de solidarité au sein du mouvement syndical)³⁵, afin de s'assurer de la participation de femmes engagées et particulièrement impliquées. Marcelle Devaud, qui est une des figures importantes du féminisme pré-deuxième vague en France, co-fondatrice notamment du CILAF³⁶ et du Comité du travail féminin³⁷, raconte ainsi dans un ouvrage d'entretiens qui lui est consacré :

« Mon amie Jacqueline Nonon, femme de grande qualité et de grand cœur, était en charge, à la Commission des Communautés européennes, d'un service étudiant les problèmes du travail. Elle avait eu l'occasion de voir fonctionner le bureau de Washington³⁸, et s'interrogeait sur la possibilité de transposer ce modèle en Europe. Avec des amies communes, belges, luxembourgeoises, allemandes, nous décidâmes de nous réunir périodiquement avec Jacqueline, d'une manière tout à fait officieuse, dès la fin des années soixante. »³⁹.

C'est ce groupe informel qui constituera en grande partie le groupe de travail de la Commission sur l'emploi des femmes, plus tard désigné sous la simple appellation de « Groupe *ad hoc* », qui élaborera dans un rapport, les premières propositions de directives sur l'égalité entre les femmes et les hommes, et qui rédigera les premières versions du texte de la directive 76/207 sur l'égalité de traitement (Eliane Vogel-Polsky) lors d'une des 4 réunions que le groupe tiendra au cours de l'année 1974.

Mais, le travail de ce groupe ne s'arrête pas à ce travail législatif ponctuel, et, toujours selon les mots de Marcelle Devaud :

« Notre [Groupe *ad hoc*] était très actif (il s'élargissait en fonction des nouveaux partenaires européens), et les Britanniques, qui fournissaient un effort remarquable par l'action de l'*Equal Opportunity Committee*⁴⁰, décidèrent en [1980] de nous inviter pour une rencontre de travail et de décision à Manchester, siège de leur organisation. Au cours de cette réunion fut votée, à l'unanimité, l'institutionnalisation de notre comité *ad hoc*. La résolution fut acceptée par la Commission européenne, et c'est ainsi que fut créé le 'Comité consultatif pour l'égalité des chances', le 9 décembre 1981. »⁴¹.

Avant de voir ses statuts amendés en 1995⁴² et sa composition modifiée, voire normalisée, le Comité consultatif bénéficiait d'une grande indépendance de fonctionnement. C'est la Commission qui en choisissait elle-même les membres à titre personnel, au sein des organismes nationaux chargés de l'égalité, et non pas les Etats qui les désignaient comme cela est d'usage. Ce Comité fait figure d'exception dans la sphère de la comitologie, il est, comme l'explique un fonctionnaire de l'époque, « très unique », à la fois comité d'experts et « comité des sages », portant une voix respectée et écoutée⁴³.

Le Comité consultatif inaugure un format de fonctionnement caractéristique du secteur communautaire de l'égalité au cours de cette même période, mêlant rencontres informelles et

³⁵ Hoskyns, p. 101-102.

³⁶ Le Comité international de liaison des affaires féminines (CILAF) est fondé, notamment par Marcelle Devaud, Irène de Lipkowski et Georgette Barbizet, au moment de l'obtention par les femmes du droit de vote en 1946. Il participera, entre autres, à la création du Planning familial.

³⁷ Ce Comité fut mis en place en France en avril 1966. Il fut la seule structure à s'occuper des questions d'égalité, par l'intermédiaire de l'emploi, jusqu'à la création, en 1974, du Secrétariat d'Etat à la condition féminine.

³⁸ Il s'agit du *Women's Bureau* américain qui, dès les années 1950, comportait, selon Marcelle Devaud, « une centaine de fonctionnaires » et était en charge de tous les aspects concernant le travail et l'emploi des femmes.

³⁹ dans MAN, Victoria, *Marcelle Devaud. Itinéraire exceptionnel d'une femme politique française*, Paris, Eulina Carvalho, 1997, p. 70.

⁴⁰ Qui est présidé par Betty Lockwood qui fait partie du Groupe *ad hoc*.

⁴¹ dans MAN, Victoria, *op. cit.*, 1997, p. 71-72.

⁴² COMMISSION EUROPEENNE, *Décision de la Commission modifiant la décision 82/43/CEE relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes*, 19 juillet 1995, 95/420/CE (JO L 249 du 17.10.1995).

⁴³ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

structures officielles, l'engagement pour la cause des femmes et pour l'Europe, et privilégiant les réseaux de sociabilité, les relations interpersonnelles, l'amitié.

- *La définition du périmètre (restreint) du texte* : « ne pas lâcher la proie pour l'ombre »

Le Groupe *ad hoc*, par le biais notamment de la plume d'Eliane Vogel-Polsky, est donc responsable de la rédaction de la première version de la directive en juin 1974. Jacqueline Nonon est en charge sur cette base de la rédaction d'un Mémoire explicatif qui nécessitera jusqu'à 9 versions avant sa forme définitive. Le processus de rédaction associera le Service juridique de la Commission bien sûr mais il sera également l'occasion d'une consultation des partenaires sociaux avant son adoption par le Collège des commissaires.

Au cours de ce processus, 2 points ont été tout particulièrement sujet à controverse, chacun étant lié à la question de savoir ce que recouvrait la notion d'« égalité sur le lieu de travail » et jusqu'où il était possible d'aller au-delà de l'égalité de rémunération :

- garde d'enfant et réconciliation des responsabilités familiales et professionnelles,
- actions positives.

Au final, le Mémoire précise bien que la politique familiale reste en dehors du champ de compétence de la Communauté et que les modes de garde ou les congés parentaux ne seront pris en considération qu'en tant qu'avantages liés à l'emploi. De même, il se limite, en ce qui concerne les actions positives, à recommander une plus grande ouverture des financements issus du Fonds social européen aux projets de formation professionnelle en direction des femmes⁴⁴.

Première version du texte : égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de promotion et de conditions de travail. Pas de mention des mesures d'articulation entre vie professionnelle et vie familiale et mention timide des actions positives (« mesures appropriées »). Pas de mention de la discrimination indirecte.

Base légale : article 235 (et non article 119) : proposition de nouvelles mesures, au-delà du périmètre de l'article 119.

Préambule : reprise de la formulation de l'article 117 : « la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès ».

Le contenu de la première directive de 1978 sur la sécurité sociale devait initialement être partie intégrante de la directive de 1976 sur l'égalité de traitement. Cependant, c'est Jacqueline Nonon, responsable des négociations pour la Commission, qui décide finalement, après la première version du texte, de ne pas inclure cet aspect dans la proposition soumise au Conseil afin d'assurer le vote du texte :

« [on nous] a dit 'écoutez, laissez tomber sinon vous n'aurez pas la directive, si vous voulez la directive maintenant, dans la foulée de l'année des femmes [de l'ONU], lâchez et puis vous ferez une directive *ad hoc* plus tard' »⁴⁵.

Contexte : avec l'arrêt *Defrenne I*, la CJCE a considéré que les questions de sécurité sociale ne relevaient pas du champ de l'article 119, appelant ainsi au développement du droit dérivé sur ce point.

3.2. L'évolution du contenu du texte

Groupe de travail sur les questions sociales du Conseil des ministres.

Consensus a priori assez élevé et volonté d'adopter la *directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à*

⁴⁴ Hoskyns, p. 102-103.

⁴⁵ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail au cours de l'Année internationale des femmes.

Débats cependant assez importants : GB ne souhaite pas aller plus loin que sa législation existante, All souhaite limiter au maximum les implications d'un texte dont il n'existe pas d'équivalent national⁴⁶.

Le texte final est assez largement modifié par rapport à la proposition de la Commission :

- Définition de l'égalité de traitement : l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, qu'elle soit directe ou indirecte. Cette directive est importante et innovante au niveau européen car, même si elle n'en donne pas de définition, elle affirme explicitement l'interdiction de la discrimination indirecte, permettant ainsi de ne pas limiter le principe d'égalité à l'égalité formelle. De plus, la directive 76/207 est le premier texte international, avant même la Convention CEDAW de l'ONU en 1979⁴⁷, à évoquer la possibilité de l'égalité des chances par le biais d'actions positives (même si la directive, dans sa rédaction finale, n'*encourage* pas les actions positives, mais les *permet* uniquement)⁴⁸.
- Périmètre des dispositions : aussi limité que possible, c'est-à-dire le domaine de l'accès à l'emploi et les conditions de travail (y compris le licenciement). Suppression d'une référence à « l'éducation générale » à propos de l'égalité de traitement en matière de formation professionnelle. Suppression de toute référence aux questions de sécurité sociale.
- Etendue des dérogations : le texte prévoit des exceptions relatives à certaines activités professionnelles et il précise également qu'il n'est pas fait obstacle à certaines dispositions protectrices (grossesse, maternité). Néanmoins, d'une façon générale, toutes les législations protectrices nationales (comme celles relatives au travail de nuit des femmes par exemple) doivent être supprimées ou étendues à tous les travailleurs.

Conclusion

La directive 76/207/CEE et le régime de genre de la Communauté européenne : une extension dans les limites de l'égalité *dans* le marché.

Un *spill over* sous contrainte, en particulier en ce qui concerne le passage de la sphère publique (emploi et marché du travail) à la sphère privée (responsabilités familiales notamment).

Les débuts de la construction européenne sont marqués par l'idée selon laquelle toute forme de discrimination (que ce soit à raison du sexe ou de la nationalité) représente un avantage concurrentiel. L'interdiction des discriminations est donc, avant tout, un élément nécessaire, permettant la construction et le fonctionnement d'un marché commun au sein duquel les facteurs de production peuvent circuler librement et sans distorsion de concurrence ou risque de dumping social.

Cette conception de la lutte contre les discriminations, qui dérive de la vocation originelle de la construction européenne et qui constitue le raisonnement sur la base duquel l'action de la Communauté en matière d'égalité entre les femmes et les hommes s'est développée à partir

⁴⁶ Hokyns, p. 104.

⁴⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1979.

⁴⁸ Entretien membre de la Commission européenne, Bureau des femmes.

des années 1970, fait la spécificité du cadre communautaire : « [au niveau européen], le principe de non-discrimination n'est pas conçu et dirigé *contre* les mécanismes de marché (comme c'est le cas en France, où sa protection relève de la sauvegarde de l'ordre public, ce 'mécanisme perturbateur du jeu normal des contrats') mais se trouve au contraire promu *en leur nom*. »⁴⁹.

Un autre élément de contrainte concerne la perception, au sein des institutions européennes, des frontières légitimes du principe d'égalité et du public auquel il s'adresse. En juin 1989, la Cour de justice rend l'arrêt *Achterberg*, dans lequel elle proclame : « l'article 119 du traité CEE, ainsi que la directive 75/117 du Conseil, du 10 février 1975 [...], et la directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976 [...], tendent à réaliser l'égalité de traitement entre hommes et femmes, non pas de façon générale, mais uniquement en leur qualité de travailleurs. »⁵⁰. Par cette affirmation, la Cour donne son interprétation de l'étendue des compétences qui reviennent aux instances communautaires en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et souligne donc que ces compétences concernent non pas l'égalité en tant que telle, et dans toutes les dimensions de ce principe, mais uniquement l'égalité dans le cadre du marché du travail.

Cette interprétation de la Cour de justice européenne est importante car elle contribue largement à définir et à légitimer une image de la politique communautaire d'égalité et des ressortissants auxquels elle s'adresse, c'est-à-dire une femme, saisie exclusivement dans sa relation au marché du travail. Or, les images sont bien sûr importantes pour à la fois définir, délimiter, mais aussi donner un sens à une politique.

Cette vision de la législation communautaire sur l'égalité de droit correspond également à l'idée d'une égalité *dans* le marché, ne franchissant donc pas les limites de la frontière public/privé. C'est donc un autre des aspects importants de cette politique : les interventions dans les domaines personnels ou domestiques ne relèvent pas des compétences de la législation ou de la Cour européennes. C'est donc dans et à partir de ces limites qu'il est possible d'agir pour les différents acteurs du secteur.

La spécificité de la politique communautaire d'égalité entre les femmes et les hommes est d'être incluse dans un cadre de référence extrêmement contraignant, mais pourtant, elle peut être décrite, selon les mots de Stephan Leifried et Paul Pierson, comme une politique militante (« *activist* »⁵¹), développée de façon particulièrement volontariste. Cette situation, qui peut paraître contradictoire, s'explique par le fait que les membres de la communauté de politique publique du secteur de l'égalité ont été en mesure de mettre en place une forme d'autonomie cognitive de la politique et de justifier sa situation à bien des égards exceptionnelle, cela dans les limites de la compatibilité avec le marché.

Le régime de genre propre à la Communauté européenne se construit ainsi tout d'abord dans le cadre de la logique de l'égalité *dans* le marché : les actions en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes sont justifiées dans la mesure où elles ne dépassent pas les limites de l'organisation et du fonctionnement du marché intérieur. Toutefois, cette conception particulière se double d'une autre logique qui vient la renforcer et donner tout son sens à l'égalité *dans* le marché : tant qu'elles respectent ces frontières, les mesures de lutte contre les discriminations à l'encontre des femmes bénéficient d'une certaine légitimité à se développer de façon autonome. Cette autre logique est celle de l'exception. Cela signifie que les membres du secteur communautaire de l'égalité vont avoir recours et être imprégnés d'une conception

⁴⁹ CALVES, Gwénaëlle, « 'Il n'y a pas de race ici.' Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique Internationale*, n°17, octobre 2002, p. 184 (italiques dans le texte original).

⁵⁰ Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 27 juin 1989. *J.E.G. Achterberg-te Riele et autres contre Sociale Verzekeringsbank*. Affaires jointes 48/88, 106/88 et 107/88 (cons. 12).

⁵¹ LEIBFRIED, Stephan, PIERSON, Paul, « Social Policy. Left to Courts and Markets ? », dans WALLACE, Helen, WALLACE, William (dir.), *op. cit.*, p. 270.

selon laquelle les inégalités sexuées ne sont pas des inégalités comme les autres. C'est cette situation d'exceptionnalité qui permet de légitimer une politique substantielle au bénéfice des femmes. L'argumentaire de l'exception permet de dépasser le discours économique relatif aux distorsions de concurrence. Il permet de justifier la défense des droits des femmes à être traitées de façon égale à celle des hommes sur le marché du travail, puis de développer l'idée selon laquelle elles peuvent également bénéficier dans ce cadre de droits particuliers et de traitements spécifiques (que ce soit, par exemple, en tant que travailleuses enceintes ou à temps partiel comme le reconnaît la Cour, ou que ce soit par l'intermédiaire des mesures d'action positive qui s'adressent uniquement aux femmes). Cette logique de l'exception s'appuie sur une conception qui imprègne fortement les représentations des acteurs et des actrices de l'égalité en fonction de laquelle « les femmes ne sont pas une catégorie »⁵².

Ce discours porte une vision des discriminations basées sur le sexe comme « exceptionnelles » car incomparables. La différence des sexes est présumée universelle, elle est immuable et constitue un clivage qui structure l'ensemble des sociétés humaines. Il y a un primat de la différence des sexes sur toutes les autres différences (ethniques, sociales, etc.), et celle-ci est donc le seul critère de distinction légitime. Par conséquent, l'action publique destinée à lutter contre les inégalités que subissent les femmes est porteuse d'une légitimité spécifique.

⁵² Voir BERENI, Laure, LEPINARD, Eléonore, « 'Les femmes ne sont pas une catégorie' : les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, vol. 54, n° 1, février 2004, p. 71-98.