

RAPPORT SUR LA MISE EN OEUVRE DE La directive 79/7 du 19 décembre 1978

Synthèse des résultats

Introduction

Titre 1

Contextualisation de la directive

Chapitre 1. L'évolution du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'ordre juridique communautaire

1.1. L'égalité entre hommes et femmes, principe fondamental du droit communautaire

Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le droit communautaire trouve son origine l'article 119 du Traité de Rome. Celui-ci se limitait à consacrer le principe de l'égalité de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe. Ce principe reposait à l'époque sur une double finalité, à la fois économique (éviter un désavantage concurrentiel au détriment des entreprises qui ont réalisé l'égalité de traitement) et sociale (la Communauté a pour mission d'assurer le progrès social et l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi).

Progressivement, au cours des années 80, le champ d'application du principe de l'égalité s'est étendu de la rémunération à tous les domaines liés à l'emploi et au travail par l'adoption de directives, recommandations et résolutions du Conseil et par la mise en place de programmes d'actions sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Le Traité d'Amsterdam consacre le principe d'égalité entre hommes et femmes comme un principe fondamental, à travers une série d'articles. En effet, le nouveau Traité fait de l'élimination des inégalités et de la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes une mission de la Communauté à promouvoir notamment par "une politique dans le domaine social" mais aussi par une démarche systématique en tant que dimension intégrante des politiques et actions communes (articles 2, 3.I, j° et 3.2. du Traité).

Cette approche nouvelle de la mise en oeuvre du principe d'égalité dans l'ensemble des politiques communautaires ("mainstreaming") consacre une politique suivie par la Commission depuis l'adoption de sa Communication "Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires".

La réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes est confirmée comme un principe fondamental de l'Union européenne.

1.2. De l'égalité formelle à l'égalité réelle : une évolution qualitative de la notion d'égalité en droit communautaire

Si la force contraignante du principe d'égalité s'est sans aucun doute accrue en droit communautaire par son affirmation comme principe fondamental, une autre évolution résulte de l'élargissement de son contenu. En effet, dès le moment où il est demandé à la Communauté, dans toutes ses actions, de chercher non seulement à éliminer les inégalités, mais aussi de *promouvoir l'égalité* entre les hommes et les femmes (article 3), on assiste à un saut qualitatif, d'une conception purement formelle à une conception réelle, concrète, de l'égalité. Cet article consacre en réalité l'approche "mainstreaming" qui résulte en partie de la plate-forme d'action de Pékin et de récentes initiatives de l'Union. Cette approche suppose :

de ne pas limiter les efforts de promotion de l'égalité à la mise en oeuvre de mesures spécifiques en faveur des femmes, mais de mobiliser explicitement en vue de l'égalité l'ensemble des actions et politiques générales, en introduisant dans leur conception, de façon active et visible, l'attention à leurs effets possibles sur les situations respectives des femmes et des hommes ("perspectives de genre").

L'élargissement de la notion d'égalité résulte par ailleurs des termes explicites de plusieurs articles du Traité d'Amsterdam. Alors que, dans le passé, l'Union s'était bornée à assurer partiellement l'*égalité de traitement* dans le monde du travail en poursuivant l'élimination d'un certain nombre de discriminations, le nouveau Traité mentionne à deux reprises la nécessité de favoriser l'*égalité des chances* entre les hommes et les femmes dans les politiques communautaires. Par ailleurs, dans le contexte de l'amélioration de la situation professionnelle, la politique des *actions positives* sort également renforcée du nouveau traité.

De nombreuses études ont dégagé les nuances qui distinguent et parfois opposent

égalité formelle et d'autres formes plus substantielles de l'égalité telles que l'égalité des chances et l'égalité de résultat. Nous nous référerons ici aux définitions de la *Théorie de la Justice* de RAWLS qui font autorité dans le champ de la théorie politique :

- *L'égalité formelle* consiste à traiter de manière similaire les personnes qui se trouvent dans la même situation objective sans opérer de distinction, notamment selon le sexe. L'égalité formelle constitue la condition nécessaire et suffisante de ce que RAWLS qualifie de «liberté naturelle» en vertu de laquelle la répartition des richesses et des biens est déterminée par les dispositions implicites dans l'idée de «carrières ouvertes aux talents». Ces dispositions présupposent une liberté égale pour tous et une économie de libre-échange. Elles exigent que tous aient au moins les mêmes droits (légaux) d'accès à toutes les positions sociales pourvues d'avantages. La répartition initiale des actifs et des capacités est fortement influencée par des contingences naturelles et sociales. La répartition actuelle des revenus et de la richesse est l'effet cumulatif de répartitions antérieures des atouts naturels et sociaux. Dans une telle conception, l'égalité, ou la similarité, des conditions sociales n'est pas recherchée comme une fin.
- *L'égalité des chances ou égalité libérale* implique, selon RAWLS, qu'il y ait dans tous les secteurs de la société des perspectives à peu près égales de culture et de réalisation pour tous ceux qui ont des motivations et des dons semblables. Les attentes de ceux qui ont les mêmes capacités et les mêmes aspirations ne devraient pas être influencées par des contingences sociales. L'interprétation libérale cherche donc à atténuer l'influence des contingences sociales et du hasard naturel sur la répartition. Pour parvenir à cette fin, il est nécessaire d'imposer au système social des conditions structurelles de base supplémentaires. Les dispositions du marché libre doivent être placées dans le cadre d'institutions politiques et légales qui règlent les courants principaux de la vie économique et qui préservent les conditions sociales nécessaires à la juste égalité des chances.
- *L'égalité de résultat, ou égalité démocratique*, enfin, met l'accent sur l'égalité dans la répartition actuelle des revenus et de la richesse et se fonde sur l'idée intuitive que l'ordre social n'est pas fait pour établir et garantir des perspectives plus favorables pour les plus privilégiés.

Compte tenu de ces distinctions et bien que l'on ne sache pas encore si la Cour

reconnaîtra un effet direct à certaines dispositions nouvellement introduites (cette question ne manquera pas de se poser, en particulier pour les articles 2 et 3), on peut considérer que l'article 13 du Traité (élimination des discriminations) a trait à l'égalité formelle. En revanche, les articles 2 et 3 ("mainstreaming"), ainsi que les articles 137 et 141 visent une conception substantielle de l'égalité.

- L'article 137 a trait de manière explicite à l'égalité de traitement dans le travail (égalité formelle) et à l'égalité des chances sur le marché du travail. On peut se rapporter à la définition que Rawls donne du terme "égalité des chances".
- L'article 141 al. 3 vise l'égalité formelle ("égalité de traitement) *et* l'égalité des chances en matière d'emploi et de travail. Notons que la réalisation simultanée de ces deux aspects de l'égalité ne présente aucune difficulté.
- Les mesures d'action positive prévues à l'article 141, 4. sont tolérées dans la mesure où elles sont destinées au sexe sous-représenté et permettent de favoriser l'*égalité des chances* ("faciliter l'exercice d'une activité professionnelle") ou l'*égalité de résultat* ("prévenir ou compenser des désavantages dans la carrières professionnelles").

En conclusion, en vertu de deux principes fondamentaux de l'interprétation juridique (hiérarchie des normes et primauté de la norme postérieure sur la norme antérieure), il nous semble que l'on pourrait arguer que les directives en matière d'égalité adoptées avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam devraient désormais être mises en oeuvre et interprétées à la lumière de cette double évolution :

- consécration dans le Traité de l'égalité entre hommes et femmes comme principe fondamental de l'ordre juridique communautaire;
- évolution qualitative de ce principe qui, depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam doit être compris comme visant la réalisation de l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes - notion qui n'est pas incompatible avec l'égalité formelle mais qui admet, désormais, sous certaines conditions, l'adoption d'actions positives et qui suppose de déterminer l'impact réel des mesures adoptées sur la situation respective des hommes et des femmes.

Il conviendrait dès lors d'apprécier toute disposition de droit national ou européen de la sécurité sociale en tenant compte du contexte dans lequel elle s'inscrit, contexte qui permettra d'envisager son impact réel sur la situation des

hommes et des femmes. Une telle interprétation, si elle devait être acceptée, rendrait caduque une partie des exceptions actuellement admises dans les directives et, à tout le moins, obligerait à revoir son interprétation et sa mise en oeuvre dans toutes les hypothèses où l'égalité de traitement, telle qu'elle a été comprise et appliquée, est incompatible avec la réalisation d'une égalité substantielle entre les femmes et les hommes.

Toutefois, dans le cadre limité du présent rapport, et en l'absence de jurisprudence de la Cour de Justice relative à l'effet direct éventuel des nouvelles dispositions du Traité, l'évaluation des systèmes nationaux de sécurité sociale a été réalisée à l'aune du concept relativement formel de l'égalité entre hommes et femmes ("égalité de traitement"), consacré à l'époque par la directive 79/7 et quelque peu étendu par la Cour de Justice à travers son interprétation de la notion de "discrimination indirecte".

Cependant, le rapport pose une série de questions et formule un certain nombre de recommandations qui vont au-delà de cette notion formelle de l'égalité pour aborder certaines problématiques, cruciales en matière de sécurité sociale, dans la perspective de la réalisation d'une égalité plus substantielle entre les hommes et les femmes. A cette fin, le rapport introduit de manière très générale (des études approfondies devront compléter ces informations) les grandes lignes de l'évolution du contexte social et économique dans lequel s'inscrivent les rapports sociaux de sexe sur le marché du travail et dans la famille, d'une part, et l'évolution des systèmes européens de sécurité sociale, de l'autre.

Précisons cependant que le chapitre "évolution sociale" - de même que les études ultérieures qui pourraient être entreprises sur cette question - présente également un intérêt majeur pour la mise en oeuvre des articles 7, par. 2 et 8, par. 2 de la directive 79/7, y compris dans l'hypothèse où l'on maintiendrait son interprétation et sa mise en oeuvre traditionnelles, antérieures à l'adoption du Traité d'Amsterdam.

De même, le chapitre consacré au contexte économique de l'évolution des systèmes de sécurité sociale présente un intérêt immédiat pour comprendre la nature et la valeur relative des "justifications objectives" généralement alléguées par les États membres pour éviter la condamnation de discriminations indirectes dans leurs systèmes de sécurité sociale.

Chapitre 2. L'évolution sociale

Élaborée dans les années soixante-dix, la directive 79/7 se limitait à appréhender la question de l'égalité entre les hommes et les femmes sous l'angle de l'égalité de traitement. Longtemps, selon une interprétation restrictive, ses effets concrets se sont bornés à l'élimination des dispositions qui, dans les systèmes de sécurité sociale, traitaient de manière différente les hommes et les femmes (discriminations directes).

L'interprétation tardive par la Cour de Justice de la notion de discrimination indirecte en référence notamment à la situation conjugale ou familiale a permis bien plus tard de prendre en compte certaines formes de ségrégation professionnelle. La voie paraissait ouverte vers la poursuite d'un objectif plus ambitieux d'égalité réelle, ou substantielle, entre les hommes et les femmes. Nous verrons cependant dans la suite de cette étude que cette évolution jurisprudentielle s'est rapidement heurtée à la possibilité laissée aux États membres par la Cour de justifier "objectivement" les discriminations indirectes décelées.

Il importe d'évoquer brièvement les changements sociaux intervenus au cours des dernières années. D'abord pour comprendre pourquoi l'égalité formelle ne conduit pas nécessairement à la réalisation d'une égalité substantielle. Mais aussi pour apprécier la pertinence du maintien des exclusions facultatives et temporaires au principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale admises par la directive 79/7 (articles 7 et 8).

Un premier changement social qui nous paraît notable dans le cadre de cette étude est le fait qu'il n'est plus concevable, désormais, d'appréhender le revenu de l'activité professionnelle féminine comme un "revenu d'appoint" du ménage. D'abord parce qu'en raison du changement des modes de consommation et de la généralisation du travail féminin, le double revenu est devenu au cours des dernières années la norme du bien-être pour une famille avec enfants dans l'ensemble des pays de l'Union européenne (dans tous les pays européens, la proportion de ménages mariés à deux revenus dépasse 50% et, dans un tiers d'entre eux, elle avoisine 75%). L'activité professionnelle féminine a connu un développement spectaculaire durant les années soixante-dix. Au cours des années quatre-vingts et quatre-vingt-dix, alors que beaucoup auguraient un ralentissement, voire une renversement du mouvement avec la crise économique, la croissance de la population active est demeurée presque exclusivement imputable aux femmes.

	Femmes				Hommes
	1983	1987	1991	1995	1995
B	58,8	63,8	68,1	72,0	93,6
D	58,2	61,5	67,8	74,2	93,5
F	68,4	71,9	75,1	78,5	95,8
NL	45,4	56,1	62,3	68,3	93,6
UK	63,1	69,9	73,7	74,6	93,6
EUR 12	-	61,1	66,1	-	
S	-	-	-	88,3	93,4
EUR 15	-	-	-	70,5	93,5

(Source: EUROSTAT, *Enquêtes sur les forces de travail*)

Ensuite parce que, pour la grande majorité des femmes, l'activité professionnelle est vécue comme une dimension essentielle de l'existence, meilleure garante d'autonomie et de sécurité économique dans un contexte de diversification des modèles familiaux, mais aussi source d'épanouissement individuel et constitutive de statut social. Il en va de même pour les droits sociaux associés à l'activité professionnelle.

Paradoxalement, en raison de la difficulté de concilier vie familiale et vie professionnelle, la présence d'enfants fait souvent obstacle au travail simultané des deux parents. Comme le souligne PITROU, «À côté de celui de l'argent, un bien trop rare pour les familles, le problème du temps est prédominant dans l'articulation entre travail et famille, car c'est un bien plus rare encore». Pour aménager leur temps quotidien, les familles doivent opérer un arbitrage entre la poursuite de leur activité professionnelle, moyennant des dépenses parfois considérables pour la garde des enfants, ou la renonciation à un second salaire. Le manque de temps se répercute à plus long terme sur le déroulement des carrières des parents et, par conséquent, sur l'évolution des revenus familiaux : la période de la vie professionnelle la plus productive se situe en général entre vingt-cinq à quarante-neuf ans, ce qui correspond à l'âge où la vie familiale apparaît la plus exigeante.

Dans l'hypothèse où l'un des conjoints renonce à l'exercice d'une activité

professionnelle pour assurer des responsabilités familiales, le recours au travail familial non rémunéré constitue un facteur de précarité économique important. C'est en général la femme qui supporte cette précarité et ce phénomène acquiert une visibilité particulière en cas de dissolution de la cellule familiale (on sait en effet que, dans 90% des cas, le chef d'une famille monoparentale est une femme). L'explication de cette situation réside dans le fait qu'au quotidien, l'entrée massive des femmes dans la vie active a entraîné une remise en question de la répartition traditionnelle des tâches, sans toutefois provoquer sa disparition. Le plus souvent, l'insertion professionnelle de la femme correspond à une augmentation légère de la participation masculine aux tâches domestiques. Les mentalités semblent en définitive beaucoup plus affectées par le travail professionnel féminin que les pratiques, comme le montre le tableau qui suit.

		D'après conjoint	D'après eux-mêmes
	B	61,0	60,8
	D (O))	71,1	60,7
	D (E)	62,7	42,7
	F	60,7	58,4
	NL	46,2	45,7
	UK	70,6	74,2
	EUR 12	65,4	61,6

(Source : EUROBAROMÈTRE n°34, *Emploi et famille dans l'Europe des douze*, 1991)

Dès lors, trois dimensions caractérisent l'activité professionnelle féminine. Celle-ci se démarque d'abord par des *interruptions de carrière plus ou moins longues et fréquentes*. Les raisons familiales constituent, pour les femmes, une cause d'interruption d'activité plus importante que les raisons professionnelles, à la différence des hommes.

	EUR 12	B	D (O)	D (E)	F	NL	UK
--	-----------	---	-------	-------	---	----	----

% activité discontin ue parmi femmes 22-60 ans		23,0	41,0	58,0	32,0	22,0	57,0
Chômage, faillite, fin de contrat	7,5	13,7	8,3	1,2	10,9	3,9	4,3
Emploi pas intéressan t, salaire trop bas	4,3	6,6	3,4	3,1	5,7	3,9	2,7
Trajets trop longs, horaires difficiles	3,6	4,6	3,6	4,7	3,9	4,2	1,7
Déménag ement	7,2	7,9	7,0	5,2	9,7	6,3	7,2
Raisons personnell es (santé, recyclage, etc.)	13,3	8,3	15,5	10,1	10,6	16,0	10,1
T o t a l raisons liées au travail	36,0	41,0	38,0	24,0	41,0	34,0	26,0
Élever des enfants	43,6	35,8	33,7	59,6	43,0	47,5	58,8

S'occuper d'un membre adulte de la famille	2,2	1,2	2,1	0,9	1,8	0,8	2,6
Désir du conjoint	9,9	12,9	13,8	9,0	8,2	8,0	7,5
Position du conjoint le permet	8,4	11,3	12,7	6,2	6,1	9,7	5,1
T o t a l r a i s o n s f a m i l i a l e s	64,0	59,0	62,0	76,0	59,0	66,0	74,0

(Source : EUROBAROMÈTRE n°34, *Emploi et famille dans l'Europe des douze*, 1991)

La *ségrégation professionnelle* constitue une autre dimension nécessaire à la compréhension des caractéristiques de l'emploi féminin. Dans l'ordre juridique communautaire, c'est la notion de "discrimination indirecte", développée plus loin, qui permet le mieux d'appréhender le phénomène de ségrégation. Les pays où les taux d'activité féminins sont les plus élevés présentent des niveaux de ségrégation égaux ou même supérieurs aux pays où les taux féminins de participation au marché du travail et la croissance économique sont faibles.

La ségrégation se rapporte à la composition hommes/femmes de certains statuts, professions ou formes d'emplois. La ségrégation présente par conséquent plusieurs aspects :

- Ségrégation, parmi les personnes actives entre les travailleurs occupés et les travailleurs au chômage. Les femmes sont surreprésentées dans cette seconde catégorie.

		Hommes	Femmes
--	--	---------------	---------------

	B	6,4	11,2
	D	6,3	9,2
	F	8,8	12,8
	NL	5,5	8,0
	S	8,0	6,0
	UK	8,6	6,3
	EUR 15	8,1	11,3

(Source : EUROSTAT : Enquête sur les forces de Travail – Résultats 1995)

- Ségrégation des statuts professionnels : les effectifs des aides familiaux sont constitués en grande majorité de femmes, à l'inverse de la catégorie des employeurs et travailleurs indépendants;
- Ségrégation dans certains secteurs d'activité : la majorité des femmes travaillent dans le secteur des services, où elles représentent plus de la moitié des effectifs;
- Ségrégation professionnelle : les femmes sont surreprésentées dans certaines professions du secteur tertiaire telles que les services domestiques (90,4%), la santé (71,8%) et l'enseignement (65,4%); Elles représentent 64,8% du personnel des services et des ventes et 66% des employés de type administratif;
- Ségrégation dans la hiérarchie professionnelle : les femmes représentent la moitié de l'effectif des ouvriers et employés non qualifiés, mais moins d'un tiers des effectifs de la catégorie des dirigeants et cadres supérieurs.
- Ségrégation dans certaines formes d'emploi, qui diffèrent de l'emploi "typique" (continu, à plein temps, à durée indéterminée, au service de l'employeur, dans l'entreprise etc.) par certaines de leurs caractéristiques. Les tableaux qui suivent témoignent de certaines de ces formes de discrimination sexuelle.

	Temps complet		Temps partiel	
	Hommes	Femmes	Hommes	Femmes

B	67,4	32,6	12,5	87,5
D	66,6	33,4	12,6	87,4
F	62,7	37,3	18,0	82,0
NL	78,8	21,2	26,6	73,4
S	63,7	36,3	21,1	78,9
UK	67,3	32,7	17,7	82,3
EUR 15	66,1	33,9	19,1	80,9

(Source : EUROSTAT, *Enquête sur les forces de travail – Résultats 1995*)

		Hommes	Femmes
	B	38,2	61,8
	D	55,0	45,0
	F	48,0	52,0
	NL	42,3	57,7
	S	—	—
	UK	42,7	57,3
	EUR 12	53,0	47,0

(Source : COMMISSION EUROPÉENNE, *Les femmes et les hommes dans l'Union européenne*)

Longtemps centrées sur l'attitude des femmes à l'égard du travail, les problématiques sur le temps partiel se sont progressivement redéployées vers une analyse de la construction sociale d'une forme d'emploi spécifiquement féminine. Au point de départ de cette évolution, un constat statistique : si, depuis le début des années 1980, le recours au travail à temps partiel a considérablement augmenté, dans la plupart des pays, cette croissance est due pour l'essentiel à la multiplication des créations d'emploi à temps partiel. Cette observation a conduit à distinguer, derrière le terme générique de «travail à temps partiel», deux logiques sociales fondamentalement divergentes : les transformations, à la demande des salariées, de contrats de travail du plein temps vers le temps partiel et les créations, par les employeurs, d'emplois à temps partiel. Dans le dernier cas, le temps partiel est imposé comme politique de gestion du personnel et comme alternative au chômage et ne répond pas nécessairement aux souhaits ou aux besoins de la travailleuse. Comme pour le temps partiel, il convient de distinguer, pour les emplois temporaires, la discontinuité (alternance famille/travail avec une logique familiale dominante) et la précarité (alternance travail/famille avec une logique professionnelle dominante). Imposés par les lois du

marché, travail à temps partiel ou travail temporaire ne constituent plus des aménagements du temps de travail, mais de nouvelles formes d'emploi qui peuvent donner lieu à des discriminations en matière de statut professionnel ou de rémunération.

En effet, outre le caractère socialement inadéquat des horaires qu'effectuent de nombreux travailleurs à temps partiel ou temporaires, ces formes d'emploi témoignent en général d'une plus grande précarité que le travail à temps complet et à durée indéterminée. Cette observation vaut, par définition, pour le travail temporaire qui ne garantit aucune stabilité. Mais les corrélations entre travail à temps partiel et activité temporaire montrent que la part des emplois à temps partiel temporaires est supérieure à la part des emplois à temps complet temporaires. De manière générale, le travail à temps partiel est moins stable que le travail à plein temps, et cette instabilité est d'autant plus grande que l'horaire est réduit. De même, par rapport aux emplois permanents, une plus grande proportion d'emplois temporaires sont à temps partiel. La proportion de femmes occupant des emplois temporaires à temps partiel était, en 1991, de 4,21%, dans l'Europe des douze, soit près de trois fois supérieure à la proportion masculine.

Il convient par ailleurs d'observer, à propos du travail à temps partiel, que ses avantages pour les employeurs sont fréquemment liés à la possibilité d'éviter les charges sociales ou les primes pour heures de travail supplémentaires et de maintenir une ségrégation sexuelle — et donc des taux de rémunération plus faibles dans les secteurs féminisés. Cette situation résulte en partie du fait que de nombreux législateurs ont réduit ou éliminé la désincitation à l'emploi temporaire ou partiel en allégeant les charges sociales, fiscales ou légales qui grevaient ce type d'emploi.

Enfin, soulignons que la plupart des emplois atypiques involontaires s'adressent à des salariés peu diplômés ou non qualifiés et n'offrent aux travailleurs que de faibles perspectives de promotion et d'évolution de leur compétence professionnelle.

En synthèse, ces différentes formes de ségrégation sexuelle se croisent, se conjuguent et se renforcent mutuellement, contribuant à reléguer la main-d'œuvre féminine dans des emplois dont les conditions sont moins favorables que celles de la main-d'œuvre masculine.

Enfin, les femmes subissent nombre de *discriminations dans l'emploi*,

notamment salariales. En 1993, le salaire moyen des femmes occupées dans l'industrie manufacturière était, à l'échelle européenne, entre 30 et 40% inférieur à celui des hommes, pour les employées, et entre 15 et 35% inférieurs à celui des hommes pour les ouvrières. La notion de discrimination est bien connue ; pour importante qu'elle demeure, nous ne la développerons pas ici.

Bien qu'il demeure difficile d'évaluer le poids des variables explicatives repérées (différence d'éducation, d'expérience professionnelle, de responsabilités, etc.) de ces trois phénomènes, leur cause semble résider pour une part importante, selon de nombreuses études sociologiques et économiques, dans la non-reconnaissance de la valeur sociale de l'activité professionnelle des femmes. Il importe de comprendre que cette conception de l'activité professionnelle féminine - considérée comme accessoire tant du point de vue des revenus du ménage, que du point de vue des tâches de soins et d'éducation qui incombent aux femmes dans la cellule familiale -, a également marqué la construction et l'histoire des systèmes de sécurité sociale, contribuant à consolider les phénomènes de ségrégation, de discrimination et de discontinuité de l'activité professionnelle féminine. Elle sous-tend notamment les multiples formes de familialisation des droits à la sécurité sociale, qui, pour les femmes, sont autant d'obstacles à la constitution de droits propres et autonomes. Par ailleurs, le caractère discontinu des trajectoires professionnelles féminines, la faiblesse des salaires et la superposition de formes diverses de ségrégation sexuelle se répercutent sur l'accès et le montant des prestations sociales féminines. Soulignons également que la renonciation temporaire, complète ou partielle, à une activité professionnelle en vue d'assumer des responsabilités de soins et d'éducation, constitue une véritable éventualité professionnelle que les systèmes de sécurité sociale ne reconnaissent que rarement. En effet, ceux-ci se réfèrent aujourd'hui encore au modèle du travailleur dépourvu de responsabilités de soins et d'éducation à l'égard de ses proches, travaillant à temps plein, à durée indéterminée et sans discontinuité jusqu'à l'âge de la retraite.

Les travaux du Réseau de la Commission européenne sur la situation des femmes dans le marché du travail portant sur les systèmes d'imposition et de droits à la sécurité sociale ont clairement montré l'existence de préjugés persistants ou importants en faveur de ce modèle du "soutien de famille unique" dans plusieurs États membres. Ces préjugés influencent les décisions relatives à l'emploi et aux heures de travail du point de vue de l'offre, notamment au sein du ménage. Les recherches les plus récentes de ce Réseau montrent qu'un préjugé parallèle opère sur la demande, plus spécifiquement par le biais de l'impact exercé par la

sécurité sociale sur le coût de différentes heures de travail.

Compte tenu des changements sociétaux intervenus au cours des dernières décennies, l'égalité réelle suppose, en matière de sécurité sociale, qu'une attention soutenue et continue soit accordée aux effets des dispositifs en place sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'accès à l'emploi et au marché du travail.

L'égalité des chances en matière de sécurité sociale suppose qu'à la référence à un individu déconnecté de toutes responsabilités familiales (et donc susceptible de travailler à plein temps, à durée indéterminée, etc.) se substitue la référence à un individu susceptible de *travailler tout en assumant certaines responsabilités familiales* (soins et éducation des enfants, soins aux proches malades, dépendants ou en fin de vie etc.).

Cette référence nouvelle suggère, bien entendu, une meilleure adéquation de la sécurité sociale aux formes atypiques d'emploi et aux carrières discontinues, mais également l'abandon de certaines dispositions qui se fondaient sur la spécialisation, voire sur une séparation radicale des rôles masculins et féminins. En effet, ces techniques (parmi lesquelles figurent les différentes formes de familialisation des droits et les réductions de charges patronales pour les horaires de très courte ou de longue durée) favorisent une conception de l'activité professionnelle *exclusive* de l'activité familiale ou domestique et, inversement, une conception de l'activité familiale exclusive de l'activité professionnelle "typique". Elles font donc obstacle à l'insertion professionnelle féminine et à l'engagement masculin dans les tâches familiales. Enfin, l'égalité des chances suppose le développement de congés parentaux, indemnisés au même titre et selon les mêmes modalités que d'autres éventualités sociales classiques (maladie, vieillesse) et destinés tant aux hommes qu'aux femmes, ainsi que la disponibilité et l'accessibilité financière de structures d'accueil pour les enfants de travailleurs.

Chapitre 3. L'évolution des systèmes de sécurité sociale : mise en balance du principe de l'égalité et de l'équilibre financier

Avant d'être un problème *technique*, le financement des systèmes de sécurité sociale est un problème *politique* qui renvoie aux *différentes conceptions de la solidarité mises en oeuvre pour assurer une protection collective de la sécurité d'existence*.

L'idée même d'équilibre financier qui, aujourd'hui, se présente comme un postulat, constitue en réalité un choix politique. Il renvoie à deux formes d'adéquation :

- L'adéquation des recettes aux dépenses;
- L'adéquation du financement aux objectifs.

Dans la plupart des systèmes européens, l'équation de l'équilibre financier se définit en fonction de tout ou partie des variables suivantes.

FINANCEMENT	<=>	OBJECTIFS
RECETTES	<=>	DÉPENSES
Cot. E./T. - %		Prest. T. - %
- Base de calcul ("rémunération")		- Base de calcul
- Plafonds/planchers		- Plafonds/planchers
+ Subventions publiques		x C.A. personnel (catégories et nbre d'assurés)
+ Financement alternatif (couverts)		x C.A. matériel (risques)
Total recettes		Total dépenses

Pendant toute la période d'expansion économique ("trente glorieuses"), qui correspond aussi à la période d'expansion de la sécurité sociale, le progrès social dicte la hausse des recettes. L'État intervient systématiquement pour couvrir la hausse de certaines dépenses mais aussi pour éponger les déficits des différentes branches.

L'année du premier choc pétrolier est aussi celle où, pour la première fois, apparaît l'objectif politique d'équilibre financier de la sécurité sociale, déjà mis en avant depuis un certain temps, dans certains pays, par les organisations patronales. Désormais, il sera fait un lien direct entre l'équilibre des finances publiques et l'équilibre budgétaire d'organismes - dont ceux de la sécurité sociale - qui dépendent en partie des subventions de l'État.

Cette période correspond également à la mise en oeuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les systèmes de sécurité sociale,

conformément aux dispositions de la directive 79/7. Compte tenu de la nécessité nouvelle de contenir les dépenses de sécurité sociale dans les limites d'une enveloppe fermée, l'élimination des discriminations directes et l'ouverture des droits sociaux aux femmes se traduit dans la plupart des cas par une réduction des prestations (taux, plafonds, planchers de prestations) pour l'ensemble des assurés sociaux et/ou par la création de nouvelles catégorisations des assurés sociaux (champ d'application personnel des régimes) productrices de discriminations *indirectes* à l'égard des femmes.

Par la suite, les options de politique économique adoptées par les gouvernements seront toujours plus étroitement liées aux contraintes définies à un niveau supranational : principalement celles fixées par les critères de convergence du Traité de Maastricht - et plus particulièrement, l'objectif de réduction du déficit public. Par ailleurs, alors qu'à l'origine, les thèmes de la consommation et de l'impact des transferts sociaux sur l'économie étaient prédominants, ce sont aujourd'hui les thèmes de la compétitivité et de l'emploi qui orientent surtout les décisions. Ces deux impératifs plus récents conduisent les décideurs européens et nationaux à brandir un nouveau leitmotiv : la réduction des charges patronales. C'est donc à une réduction globale de l'enveloppe budgétaire des systèmes de sécurité sociale que l'on assiste, réduction qui, de manière générale, s'opère au détriment des droits de sécurité sociale. Cette réduction pénalise doublement les femmes : d'une part, elle constitue un obstacle à l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'accès à l'emploi et, de l'autre, elle entraîne fréquemment une limitation de l'accès aux droits sociaux pour les emplois "atypiques" ainsi qu'une familialisation accrue des droits, au détriment des femmes. Face à la survenance des différentes éventualités sociales, la sécurité économique et sociale des femmes est dès lors renvoyée à la "solidarité familiale", elle-même fragilisée, comme nous l'avons souligné, par l'évolution des formes familiales.

On peut certes espérer que les lignes directrices pour l'emploi adoptées par le Conseil en 1998 et 1999 permettront d'améliorer certains aspects de l'inégalité entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, et notamment le statut social de l'emploi atypique. Mais paradoxalement, depuis l'adoption de la directive 79/7 et, en particulier, dans le contexte politico-économique des dernières années, on peut affirmer que la protection sociale des femmes n'a cessé d'être mise à mal.

Ce phénomène suscite une question fondamentale : la mise en oeuvre du principe de l'égalité est-elle subordonnée à la réalisation de conditions économiques

déterminées au niveau européen? En d'autres termes encore, la réalisation de ces conditions économiques peut-elle se poursuivre au mépris du principe fondamental de l'égalité entre les hommes et les femmes? Pour poser la question plus clairement encore, quel est le véritable statut de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'ordre juridique communautaire : idéal à atteindre ou principe fondamental ; obligation de moyen ou obligation de résultat?

À propos de la recevabilité des justifications "objectives" aux discriminations indirectes, la Cour de Justice des Communautés européennes n'a pas hésité, à maintes reprises, à trancher en faveur de la première hypothèse. Nous évoquerons cette jurisprudence dans le point suivant.

Titre 2

Mise en oeuvre de la directive 79/7

Chapitre 1. La directive et son interprétation - l'ordre juridique communautaire

1.1. Objectif

La directive vise la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale. Les auteurs qui ont analysé la jurisprudence de la Cour relative à la directive 79/7/CEE ont montré que la notion de discrimination n'a pas entraîné de remise en cause significative de la norme androcentriste, ou assimilationniste - soit la référence à l'individu répondant au comportement "masculin" d'activité professionnelle. Les causes de cette indigence résident, comme nous le verrons, dans la structure-même de la directive, mais aussi dans l'interprétation jurisprudentielle restrictive de ses champs d'application personnel et matériel. Enfin, la conception relativement formelle de l'égalité élaborée par la Cour de Justice des Communautés européennes n'est pas étrangère à cette situation.

1.2. L'égalité de traitement

L'article 4 de la directive définit le principe de l'égalité de traitement comme :

- L'absence de toute discrimination fondée sur le sexe,
- soit directement,
- soit indirectement par référence, *notamment*, à l'état matrimonial ou familial,

- *en particulier* en ce qui concerne :
 - le champ d'application de régimes et les conditions d'accès aux régimes;
 - l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations;
 - le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations.

Le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité.

Commentaire :

Nous aborderons successivement les notions de discrimination directe, de discrimination indirecte et les “justifications objectives” apportées aux discriminations indirectes.

- **La notion de discrimination directe**

Nonobstant les matières soustraites ou exclues facultativement du champ d'application de la directive 79/7, la Cour semble condamner systématiquement les discriminations directes qui lui sont soumises. Il convient cependant de souligner que, récemment, la notion de discrimination directe a été invoquée à plusieurs reprises pour octroyer aux hommes des avantages réservés aux femmes en raison des charges familiales que celles-ci assument. Après un premier alignement sur le plus avantageux des régimes, il résulte généralement dans l'ordre juridique interne une réduction ou une disparition de ces avantages tant pour les travailleurs masculins que féminins et un retour à la norme androcentriste pour tous.

- **La notion de discrimination indirecte**

La notion de “discrimination fondée indirectement sur le sexe” va au-delà de l'inégalité formelle. Développée par la Cour dans le cadre de la libre circulation des travailleurs dès 1974, l'interprétation de la notion de “discrimination indirecte” apparaissait *a priori* de nature à réaliser une égalité substantielle entre les hommes et les femmes, par l'élimination des inégalités résultant de différentes formes de ségrégation : ségrégation des hommes et des femmes entre la sphère familiale et professionnelle; ségrégation des hommes et des femmes, sur le marché du travail, dans certaines formes d'activités (typiques/atypiques),

professions, secteurs, etc. Or, ce n'est qu'en 1989 que la Cour condamnera pour la première fois l'existence d'une discrimination indirecte en matière de sécurité sociale.

Par ailleurs, alors que la directive elle-même ne restreint en aucune manière la portée de la notion de "discrimination indirecte", la jurisprudence de la Cour de Justice a, progressivement, limité cette portée : la Cour a rejeté la plupart des cas qui lui étaient soumis en matière de sécurité sociale, arguant de la présence de justifications objectives, indifférentes au sexe.

En réalité, en matière de sécurité sociale, l'affaire ***Ruzius-Wilbrink*** constitue le seul exemple de condamnation d'une discrimination indirecte. Dans cette affaire néerlandaise, la Cour a reconnu l'existence d'une discrimination indirecte lorsque la législation d'assurance incapacité de travail introduit un mode de calcul plus favorable pour les prestations des travailleurs à plein temps que pour les prestations des travailleurs à temps partiel, alors que ces derniers sont en majorité des femmes.

La difficulté de déceler l'existence de discriminations indirectes constitue certainement une première cause de la pauvreté de la jurisprudence de la Cour en la matière : les recherches consacrées à l'égalité des chances en matière d'accès à l'emploi et au marché du travail et au rôle important de la structure des prestations de sécurité sociale à cet égard n'ont connu un essor véritable qu'au cours des quinze dernières années. Nombre de statistiques nationales sur les bénéficiaires de prestations et sur le marché du travail demeurent encore insuffisamment ventilées par sexes, ou présentées de telle manière qu'il demeure malaisé de cerner la concentration sexuelle (proportion des hommes et des femmes) à l'intérieur de certaines catégories statistiques (allocataires de prestations, travail à temps partiel etc.). Or ces informations sont essentielles à la détection des discriminations indirectes.

Mais dans les affaires ultérieures relatives à des discriminations à l'égard de travailleurs à temps partiel - affaires dans lesquelles la discrimination indirecte n'était pas contestée - , la Cour a systématiquement admis l'existence de raisons objectives étrangères au sexe et justifiant la discrimination indirecte.

En 1997, l'article 2 de la directive "charge de la preuve" entérinera la définition de la Cour en définissant comme suit la notion de "discrimination indirecte" dans les cas de discrimination fondée sur le sexe :

une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié et nécessaire et ne puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés.

Signalons cependant qu'en principe, la Cour n'est pas tenue par cette définition restrictive dans le cadre de la directive 79/7.

- Les justifications objectives de la discrimination indirecte

En 1976, l'arrêt **Defrenne II** mettait en évidence la double finalité de l'article 119 du Traité, à la fois économique (éviter le dumping salarial qui contrecarre la libre concurrence) et sociale (assurer le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens, conformément au préambule du Traité). Dans le domaine de la sécurité sociale, la première finalité semble désormais avoir pris le pas sur la seconde, notamment à travers les raisons objectives admises par la Cour de Justice des Communautés européennes pour justifier les discriminations indirectes.

Rappelons qu'alors que les discriminations directes ne peuvent en aucun cas être justifiées, l'existence de facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe et objectivement justifiés permet d'éviter la condamnation d'une discrimination indirecte. Le caractère objectif de la justification exige que les moyens choisis :

- répondent à un besoin véritable (réalité);
- soient aptes à atteindre l'objectif poursuivi (adéquation);
- soient nécessaires à cet effet (proportionnalité).

Alors qu'en d'autres matières (par exemple discrimination fondée sur la nationalité), la Cour entreprend une vérification de fait, systématique, de chacun de ces éléments, elle se refuse en général à cet examen concret dans les matières soumises à la directive 79/7. Elle se borne à vérifier si le motif invoqué est objectivement étranger à toute discrimination fondée sur le sexe. Si ce motif relève d'une compétence des États membres (politique sociale, par exemple, en vertu des articles 117 et 118 du Traité), la Cour se contentera d'apprécier si "le législateur national peut raisonnablement estimer que la législation en cause est nécessaire pour atteindre un tel objectif".

La Cour a toujours admis le caractère objectif des justifications qui lui ont été proposées par les États membres. Son contrôle apparaît particulièrement laxiste dans tous les cas où le gouvernement soutient que la prestation en cause a pour objet de garantir un minimum social. Or, la Cour donne à la notion de «garantie d'un minimum social» une acception très large — et souvent contestable — qui va, comme dans l'arrêt *Molenbroek*, jusqu'à inclure certaines prestations des régimes de base contributifs. L'objectif de garantie d'un minimum social sert en général de justification objective pour les discriminations fondées sur l'utilisation de notions analogues à la notion de "chef de famille". La Cour admet en effet la nécessité, dans un contexte de restrictions budgétaires, de garantir aux bénéficiaires un minimum social lié à leur statut familial. Or, on sait désormais que la technique de familialisation des droits est nécessairement productrice de discriminations indirectes.

En revanche, les discriminations fondées sur les caractéristiques de l'emploi occupé sont généralement justifiées par la nécessité de maintenir la viabilité des régimes de sécurité sociale fondés sur le principe contributif ou, plus simplement, de réserver les prestations aux personnes qui tiraient de leur activité professionnelle un revenu estimé suffisant, voire de répondre à une "demande sociale" d'emplois mineurs en réponse à laquelle il importe de maintenir des dispenses de cotisations, sous peine de faire disparaître ces emplois et de stimuler le travail clandestin et la fraude aux "faux-indépendants"! En d'autres termes, il est toujours possible, en matière de sécurité sociale, de justifier objectivement l'exclusion de travailleurs atypiques.

Cette évolution jurisprudentielle nous paraît inquiétante. D'abord parce qu'elle vide la notion de discrimination indirecte de toute substance en matière de sécurité sociale. Ensuite parce que le laxisme de la Cour à l'égard de discriminations indirectes résultant de la familialisation des droits, permet d'étendre à l'infini les dérogations aux principes de l'égalité de traitement qui, en principe, n'autorisent le maintien de droits dérivés que dans certaines branches et à certaines conditions. Enfin parce que les travailleurs atypiques apparaissent désormais soustraits au principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale.

- **Conclusions partielles**

En matière d'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de la sécurité

sociale, l'efficacité du droit européen semble limitée à la condamnation de discriminations directes.

En effet, à travers une conception stricte de la notion de discrimination condamnable, la Cour tend à éliminer toute distinction formelle selon le sexe. Cependant, en acceptant très largement les justifications objectives des discriminations indirectes, la Cour se refuse à inscrire cette approche dans la perspective de l'égalité des chances pour les travailleurs qui ont des responsabilités familiales ou qui occupent des formes d'emploi précaires. Par une appréciation très lâche des justifications objectives, la Cour a considérablement allégé la charge de la preuve normalement exigée de la part des États membres pour justifier une discrimination. Elle a ainsi renoncé à établir une hiérarchie entre le principe d'égalité, d'une part, et certains impératifs politiques et économiques, de l'autre. L'interprétation téléologique dont elle est coutumière cède ici le pas à une mise en balance de différents intérêts politico-économiques et du principe de l'égalité, sans que soit attachée une pondération quelconque à chacun de ces enjeux. On peut imaginer que cette jurisprudence est susceptible d'évoluer à la faveur de l'affirmation du caractère fondamental du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le Traité d'Amsterdam.

Sous une apparence de neutralité, cette conception de l'égalité mène à une consolidation du modèle de la spécialisation des rôles masculins et féminins. Elle entraîne diverses conséquences :

- Aveugle à la ségrégation professionnelle et à la situation défavorable des femmes sur le marché du travail, elle autorise le maintien des inégalités entre travailleurs typiques et atypiques dans les systèmes nationaux de sécurité sociale.
- Les personnes qui n'adoptent pas le modèle traditionnel d'activité professionnelle, et notamment les travailleurs atypiques, sont conçues comme économiquement dépendantes d'un travailleur "typique". La jurisprudence de la Cour légitime le maintien et le développement de formes multiples de familialisation des droits. En cela, il convient de signaler qu'elle va à l'encontre de la politique de la Commission qui encourage l'individualisation des droits sociaux. Nous y reviendrons par la suite.

Enfin, les arrêts *Roks* et *Posthuma-van Damme*, *Intégrity*, *Van Cant* - confirmé par l'arrêt *De Vriendt* - et leurs conséquences en droit interne belge et

néerlandais démontrent que, dans le domaine de la sécurité sociale, l'évolution actuelle de la jurisprudence européenne relative à la directive 79/7 tend :

- d'une part, à encourager le retrait des avantages pour tous les assurés lors du rétablissement de l'égalité formelle après la constatation d'une discrimination directe,
- et, de l'autre, à l'impossibilité pratique d'obtenir la condamnation des nouvelles dispositions lorsque seule peut être constatée une discrimination indirecte.

1.3. Champ d'application personnel :

L'article 2 précise que la directive s'applique à l'ensemble de la population active, y compris :

- les travailleurs indépendants;
- les travailleurs dont l'activité est interrompue par une maladie, un accident ou un chômage involontaire;
- les personnes à la recherche d'un emploi;
- les travailleurs retraités;
- les travailleurs invalides.

Commentaire :

Soulignons d'emblée que le terme "y compris" laisse ouverte la possibilité d'inclure dans le champ d'application personnel de la directive d'autres catégories que celles qui y sont reprises. La liste de l'article 2 n'apparaît donc pas comme exhaustive.

Dans l'affaire **Drake**, la Cour a dû se prononcer sur la soumission au champ d'application personnel de la directive d'une femme mariée qui abandonne sa profession pour s'occuper de sa mère, handicapée profonde. La Cour admet qu'une personne relève du champ d'application personnel de la directive et, en conséquence, appartient à la «population active» dès lors que :

- cette personne a été occupée,
- et que son activité a été interrompue par l'un des risques couverts par la directive, même si ce risque n'affecte qu'indirectement cette personne (en l'espèce, le risque affectait la mère de Madame Drake).

En d'autres termes, dans ce premier arrêt, la Cour donne une large acception au terme «population active» puisqu'elle inclut les personnes dont l'activité a été *indirectement* interrompue par un risque social. Cependant la Cour limite cette définition aux seuls risques sociaux énumérés par l'article 3, paragraphe 1er de la directive. Cette approche ne permet donc pas de couvrir des personnes qui interrompent leur activité en raison d'un risque non prévu par l'article 3, paragraphe 1er, même lorsqu'il est reconnu par le système national de sécurité sociale. Une telle interprétation exclut par conséquent du champ d'application de la directive les personnes qui ont interrompu leur activité pour cause de maternité ou pour pourvoir aux soins et à l'éducation d'un enfant, éventualités auxquelles sont soumises principalement les femmes.

Dans l'arrêt **Johnson**, la Cour se prononcera pour la première fois sur le cas d'une travailleuse qui interrompt son activité professionnelle, pendant une longue période, pour s'occuper de son enfant. Pour la Cour :

Une personne qui a quitté son activité professionnelle pour s'occuper de l'éducation de ses enfants n'entre pas dans le champ d'application de la directive 79/7 en tant que travailleur dont l'activité est interrompue par un des risques visés par la directive, étant donné que l'interruption d'emploi due à l'éducation des enfants ne figure pas parmi les risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1er, sous a) de la directive.

Il nous semble que la Cour disposait d'une marge d'interprétation suffisante pour considérer que les risques énumérés à l'article 2, relatif à la définition de la «population active», n'étaient évoqués qu'à titre illustratif et que d'autres éventualités, au caractère impérieux, pouvaient être de nature à provoquer l'interruption d'une activité ou d'une recherche d'emploi. Conformément à la vision assimilationniste qui, nous l'avons vu, caractérise toute la jurisprudence relative aux directives «égalité», la Cour n'a pas saisi l'occasion qui se présentait avec l'affaire Johnson, d'assimiler aux risques traditionnels un risque traditionnellement considéré comme «féminin». On aurait pu concevoir une telle réticence si la question avait concerné le champ d'application matériel de la directive mais il ne s'agissait ici que de définir son champ d'application personnel.

Dans l'arrêt **Achterberg-te Riele**, la Cour a ouvert le champ d'application personnel du principe de l'égalité de traitement à une autre hypothèse, en précisant que : «l'article 2 de la directive 79/7 doit être interprété en ce sens que celle-ci ne s'applique pas à des personnes qui n'ont pas exercé d'activité et qui ne sont pas à la recherche d'un emploi». Conformément à la lettre de l'article 2,

le terme «population active» couvre donc aussi les personnes qui n'ont jamais exercé d'activité mais sont à la recherche d'un emploi.

Dans l'arrêt *Johnson*, la Cour franchira un pas supplémentaire en admettant que la directive s'applique également à un demandeur d'emploi, même lorsque la recherche d'emploi a été interrompue par l'un des risques énumérés dans la directive. Dans le même arrêt, la Cour indique aux juridictions nationales les éléments à prendre en considération pour déterminer si une personne est effectivement à la recherche d'un emploi.

Enfin, un dernier arrêt, *Züchner*, permet de mieux circonscrire la définition que donne la Cour de la notion de «population active». Madame Züchner s'occupe à temps complet de son mari, devenu invalide à la suite d'un accident, et qui requiert des soins importants. Madame Züchner n'a interrompu pour ce faire aucune activité professionnelle au moment de l'accident et n'était pas à cette époque à la recherche d'un emploi. Madame Züchner soutient qu'elle fait partie de la population active parce qu'elle a suivi une formation pour pouvoir dispenser les soins que requiert son mari, que l'importance et l'intensité des soins qu'elle prodigue font de cette activité une activité professionnelle et que, si elle ne s'occupait pas ainsi de son mari, une autre personne, dont ce serait la profession, devrait le faire moyennant rémunération. Le juge allemand saisit la Cour d'une question préjudicielle par laquelle il lui demande si Madame Züchner relève du champ d'application personnel de la directive. La Cour répond que par «activité», il convient d'entendre «à tout le moins une activité économique, c'est-à-dire une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large».

En synthèse, la Cour de Justice des Communautés européennes n'a pas été jusqu'à étendre le champ d'application personnel de la directive 79/7 aux personnes exerçant à titre gratuit une quelconque activité dans la sphère familiale. Toutefois, la notion de «population active» est elle-même définie de manière telle qu'elle inclut une proportion importante de personnes professionnellement inactives, notamment lorsque celles-ci sont à la recherche d'un emploi. En effet, la Cour a, conformément au texte de l'article 2, étendu le champ d'application personnel de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale aux personnes qui exercent, ont exercé ou sont à la recherche d'une activité rémunérée.

Par ailleurs, la Cour admet dans le champ d'application personnel de la directive

les personnes dont la recherche d'emploi ou l'activité a été interrompue par l'un des risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1er, dont la survenance affecte directement ou indirectement ces personnes. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1er ne reprend parmi les risques ni la maternité ni les soins d'un jeune enfant, si bien qu'une personne qui interromp son activité ou une recherche d'emploi pour de telles raisons n'est pas soumise à la directive. En revanche, en théorie, une personne qui interromp son activité pour prendre soin d'une personne dépendante malade ou invalide demeure soumise au principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale.

1.4. Champ d'application matériel

Nous aborderons successivement le principe général de circonscription du champ d'application matériel de la directive, ses extensions, ses exclusions, ses exclusions facultatives et sa complémentarité avec le champ d'application de la directive 76/207.

En ce qui concerne la pertinence du maintien des exclusions et des exclusions facultatives à la lumière de l'affirmation du caractère fondamental de l'égalité en droit communautaire depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam, nous renvoyons le lecteur à la première partie de ce rapport. Si l'on devait considérer que le maintien des exceptions à la directive se justifie, celle-ci nous paraît désormais devoir être interprétée de manière téléologique, en référence au principe d'égalité. Les exclusions au principe d'égalité devraient dès lors nécessairement, et plus que jamais dans cette hypothèse, être interprétées de manière restrictive.

- **Principe général**

L'article 3 de la directive précise que celle-ci s'applique aux régimes légaux qui assurent une protection contre les risques suivants :

- maladie,
- invalidité,
- vieillesse,
- accident du travail et maladie professionnelle,
- chômage.

- **Extensions**

La directive s'applique également aux dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où elles sont destinées à compléter ou suppléer les régimes couverts par la directive.

Commentaire :

A priori, le critère qui détermine le champ d'application de la directive est celui des “risques couverts”, peu importe l'intitulé des régimes légaux ou des dispositions d'aide sociale qui permet de couvrir ces risques.

Il convient de souligner que les régimes ou prestations (en nature ou en espèces) destinés à couvrir le “*care*” (ou encore “coût indirect des responsabilités familiales”, soit la nécessité pour un travailleur de renoncer à une activité professionnelle pour prendre soin de membres dépendants de la famille -enfants en bas âge ou malades, parents invalides-) ainsi que les allocations dépendance, versées directement à la personne dépendantes, ne sont pas couverts par la directive. Ces prestations ou régimes existent dans de nombreux systèmes et, sous certaines conditions, sont de nature à favoriser l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

Il ressort des arrêts *Drake* et *Smithson*, ainsi que des décisions *Jackson et Cresswell*, mais aussi *Richardson* et *Atkins*, que la Cour ne considère qu'une prestation est soumise au champ d'application matériel de la directive que lorsqu'elle constitue tout ou partie d'un régime légal de protection contre l'un des risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1er de cette directive *et* qu'elle est directement et effectivement liée à la protection contre l'un quelconque des risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1er. Pour déterminer si la prestation est ou non directement liée à cette protection, la Cour se réfère à l'intention du législateur qui l'a instituée et non pas au résultat effectif auquel aboutit la prestation.

Cette jurisprudence ne permet en aucune manière d'assurer l'égalité de traitement pour les prestations de sécurité sociale qui ne protègent pas effectivement contre l'un des risques visés par la directive et qui ne sont pas, en outre, prévues dans le cadre de la protection instituée par le législateur pour couvrir ces risques.

Il en résulte notamment que l'indemnisation des responsabilités familiales par des prestations de sécurité sociale (exemple : prestations de sécurité sociale

destinées à couvrir le congé parental) est en principe exclue de l'application du principe d'égalité de traitement.

- **Exclusions**

La directive ne couvre pas :

- les dispositions concernant les prestations de survivants;
- les dispositions concernant les prestations familiales, sauf lorsque celles-ci sont accordées au titre de majorations de prestations dues en raison des risques couverts par la directive;
- les régimes professionnels.

Commentaire :

SOHRAB souligne à juste titre que la directive 79/7 exclut du champ d'application du principe d'égalité un certain nombre de risques et de prestations que l'on pourrait qualifier de «féminins» (survie, prestations familiales). La structure de la directive répond donc à une conception assimilationniste de la sécurité sociale, fondée sur le modèle de l'individu masculin, seul soutien économique de la famille et dépourvu de responsabilités de soins et d'éducation.

En ce qui concerne la troisième exclusion (régimes professionnels), on se rappellera que la Cour a assimilé ces derniers à de la rémunération, si bien que les régimes professionnels sont désormais directement soumis à l'article 119 du Traité (actuellement article 141). Cependant, une certaine confusion règne désormais sur la nature (légale ou professionnelle) des régimes publics de sécurité sociale. En effet, les arrêts *Beune* et *Evenopoulos* soumettent directement à l'article 119 du Traité certaines prestations de régimes publics de sécurité sociale en raison de la qualité "professionnelle" des régimes en question.

- **Exclusions facultatives**

L'article 7 prévoit que les États membres ont la *faculté* d'exclure du champ d'application de la directive certaines dispositions. Il s'agit :

- 1) de la fixation d'un âge de retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations (*litt.a*);

- 2) des avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants (*litt.b*);
- 3) l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants (*litt.b*);
- 4) l'octroi de droits à prestations de vieillesse ou d'invalidité au titre des droits dérivés de l'épouse (*litt.c*);
- 5) l'octroi de majorations de prestations à long terme d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail ou de maladie professionnelle pour l'épouse à charge (*litt.d*);
- 6) des conséquences résultant de l'exercice, avant l'adoption de la présente directive, d'un droit d'option à l'effet de ne pas acquérir de droits ou de ne pas contracter d'obligations dans le cadre d'un régime légal (*litt.e*).

Commentaire :

L'existence de telles dispositions n'est pas considérée *a priori* comme discriminatoire. Mais les États membres peuvent, en vertu de l'article 7, se réserver le droit de laisser subsister des inégalités de traitement (discriminations directes ou indirectes) en ce qui concerne de telles dispositions. Nous examinerons successivement les dispositions qui relèvent d'une approche de familialisation des droits et celles qui relèvent d'un objectif de compensation du partage inégal des tâches domestiques entre les hommes et les femmes.

- Droits dérivés et familialisation des droits

La directive 79/7 soustrait donc au champ d'application du principe de l'égalité de traitement une série de droits fondés sur la présomption de dépendance économique des femmes à l'égard de leur conjoint. Nous avons déjà vu que l'article 3, paragraphe 2 prévoit que la directive ne s'applique pas aux dispositions concernant les prestations de survivants (ce qui se traduit dans certains systèmes par des conditions d'accès à la pension de survie plus sévères pour les survivants masculins que pour les survivants féminins).

Certaines dispositions visées à l'article 7 par. 1 reflètent également un modèle familial "traditionnel" - dans lequel l'activité professionnelle de l'homme constitue la principale source de revenus du ménage, alors que la femme se réserve l'exercice de travaux domestiques non rémunérés - et sont de ce point de vue porteuses d'effets sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en entérinant le principe de l'inactivité professionnelle féminine. Il s'agit

principalement :

- des dispositions qui se fondent sur l'idée qu'une femme peut renoncer au bénéfice d'un régime de sécurité sociale ("droit d'option") parce que son statut matrimonial lui permettra de bénéficier des prestations de son époux (6 - *litt.e*) (note : la faculté d'exclure cette disposition ne vaut que pour les droits d'option exercés *avant* l'adoption de la directive);
- des dispositions qui se fondent sur la nécessité d'améliorer les prestations accordées au chef de famille pour tenir compte de la présence de son conjoint au foyer (5 - *litt.d*);
- des dispositions qui se fondent sur l'idée qu'il convient d'accorder à l'épouse qui est restée au foyer ou qui a élevé des enfants des droits propres (2 - *litt.b*) ou dérivés (4 - *litt.c*) à la sécurité sociale.

À titre préliminaire, il convient de souligner que, pour déterminer le groupe objet d'une discrimination en matière de droits dérivés, la Cour de Justice des Communautés européennes prend en considération les personnes ouvrant le droit aux prestations et non les bénéficiaires effectifs des prestations. Ceci apparaît très clairement dans l'arrêt ***Molenbroek*** relatif à une disposition néerlandaise octroyant une majoration de prestations directement au conjoint à charge de l'ayant droit, et à la demande de celui-ci. L'avocat général contestait l'existence d'une discrimination indirecte au détriment des femmes, au motif que les bénéficiaires directs et effectifs de la majoration sont en majorité féminins. La Cour, en revanche, a considéré qu'en l'espèce, c'étaient bien les femmes qui subissaient une discrimination puisqu'elles n'ouvraient que très rarement le droit aux majorations au profit de leur conjoint à charge.

On peut regrouper les décisions de la Cour relatives aux droits dérivés en deux grandes catégories :

- selon qu'elles concernent les matières exclues *prima facie* du champ d'application de la directive 79/7 en vertu de l'article 3, paragraphe 2 ou susceptibles d'être soustraites au champ d'application de la directive par les États membres en vertu de l'article 7, paragraphe 1er, *litt. c*) et d),
- ou selon qu'elles relèvent du champ d'application de la directive.

L'arrêt ***Van Gemert-Derks*** a trait, indirectement, aux pensions de survie, exclues *prima facie* du champ d'application de la directive en vertu de son article 3, paragraphe 2. Dans cet arrêt, la Cour a dû se prononcer sur une disposition

néerlandaise selon laquelle les femmes susceptibles de bénéficier d'une pension de survie se voyaient retirer le droit à une pension d'incapacité de travail plus avantageuse alors que, dans cette même situation, les hommes continuaient à percevoir une indemnité d'incapacité de travail sans pouvoir prétendre à une indemnité de survie. En d'autres termes, en cas de cumul éventuel entre ces deux prestations qui ont toutes deux pour objet de garantir un revenu au niveau minimum, le système néerlandais faisait prévaloir, pour les femmes, l'octroi d'une pension au titre de droits dérivés sur une prestation au titre de droits propres.

Le gouvernement néerlandais soutenait que la directive ne pouvait s'appliquer en l'espèce, dès lors que la question posée portait incidemment sur les prestations de survivants, exclues du champ d'application de la directive en vertu de son article 3, paragraphe 2. La Cour a considéré au contraire qu'il ne s'agissait pas d'une différence de traitement à l'intérieur du régime des prestations de survivants, mais plutôt de l'octroi, à risque égal (incapacité de travail), de prestations différentes.

La Cour a considéré pour sa part que l'article 4, paragraphe 1er de la directive 79/7 s'oppose à ce qu'une règle nationale retire aux veuves en état d'incapacité de travail la prestation afférente à ce risque par suite de l'allocation d'une pension de veuve, lorsqu'un tel retrait ne procède pas d'une renonciation volontaire de la bénéficiaire et ne s'applique pas aux veufs titulaires d'une prestation d'incapacité de travail.

à l'occasion de l'affaire **Van Munster**, relative à la libre circulation des travailleurs, la Cour a dû se prononcer sur la légalité d'une disposition qui n'accorde à un titulaire de prestations qu'un taux de pension «isolé», moins avantageux que le taux «ménage», dans le cas où le conjoint du titulaire jouit d'une pension ou d'un avantage en tenant lieu. En l'espèce, la reconnaissance au conjoint inactif d'un droit propre à la pension dans un premier État membre (les Pays-Bas) avait entraîné une diminution de la pension octroyée dans un second État membre (la Belgique), par application de la législation de ce second État. La Cour constate qu'il résulte du libellé même de l'article 7, paragraphe 1er, *litt. c*), que les États membres sont autorisés à exclure du champ d'application de cette directive l'octroi de droits à des prestations de vieillesse au titre des droits dérivés de l'épouse. Le droit communautaire relatif à la libre circulation des travailleurs ne s'oppose pas non plus à cette technique. Toutefois, la conséquence qui en résulte pour le travailleur migrant n'est pas compatible avec le but des

dispositions sur la libre circulation des travailleurs (articles 48 et 51 du Traité) et, pour l'éviter, le juge national est tenu, lorsqu'il qualifie la prestation servie par l'autre État membre, d'interpréter sa législation en s'efforçant de ne pas pénaliser les travailleurs migrants.

Le contexte juridique de la liberté de circulation des travailleurs migrants dans lequel s'inscrit l'affaire *van Munster* a permis à la Cour de saisir l'occasion qui lui était offerte de libérer son raisonnement du cadre étroit de la directive 79/7 et selon le raisonnement téléologique qui lui est familier - en dehors des matières relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes - d'exhorter le juge national à interpréter des dispositions, en principe autorisées par la directive, de manière compatible avec les articles 48 et 51 du Traité. En d'autres termes, il encourage le juge national à donner aux dispositions de l'ordre juridique interne une interprétation téléologique qui, *de facto*, privera en partie d'effet la dérogation au principe de l'égalité de traitement autorisée par l'article 7 de la directive 79/7. On peut imaginer que l'insertion dans le Traité d'un principe général d'égalité des chances entre hommes et femmes — l'article 119 ne concernant que les rémunérations — contraindra la Cour à raisonner de manière téléologique chaque fois qu'elle sera amenée à se prononcer sur l'interprétation des directives «égalité» et ce, même dans l'hypothèse où elle ne devait pas reconnaître d'effet direct aux articles 2 et 3 du nouveau Traité.

Les autres affaires relatives aux droits dérivés ont trait à des prestations soumises sans équivoque au champ d'application de la directive 79/7. Ici, deux nouvelles sous-hypothèses doivent être distinguées :

- selon que la Cour constate une discrimination directe,
- ou selon que la Cour constate une discrimination indirecte.

DE VOS constate que, comme dans l'affaire *Van Gemert-Derks*, la plupart des *discriminations directes* condamnées par la Cour font référence explicitement aux femmes qui, dès qu'elles se marient et/ou vivent avec un partenaire, perdent tout ou partie des avantages de sécurité sociale, lesquels en revanche sont accordés aux hommes, qu'ils soient ou non mariés. Lorsque le régime semble favoriser les femmes (comme dans le cas d'une dispense de cotisation sociale réservée aux femmes), cet avantage apparent a pour corollaire l'exclusion du bénéfice de certaines prestations. Ces dispositions de droit interne se fondent en général sur une présomption d'existence de droits à la sécurité sociale dérivés de ceux du conjoint et font prévaloir, pour les femmes, le bénéfice de droits dérivés

sur celui de droits individuels à la sécurité sociale.

Ainsi, Mesdames **Mc Dermott et Cotter** ont-elles introduit deux actions devant la *High Court* irlandaise contre le ministre de la sécurité sociale et l'*Attorney General*. Ces actions visaient à l'annulation des décisions prises par ou pour le compte du ministre de la sécurité sociale qui mettaient un terme au versement au profit des intéressées de l'allocation de chômage à l'expiration d'une période de 312 jours. Les requérantes faisaient valoir que, si elles avaient été des femmes seules ou des hommes, elles auraient pu continuer à prétendre pendant une période supplémentaire de soixante-dix-huit jours au versement de l'allocation de chômage. Elles ont également fait observer qu'en leur qualité de femmes mariées, elles percevaient pour toute période de cotisation, des allocations de chômage moins élevées que les hommes. Mesdames Cotter et Mc Dermott ont demandé à la *High Court* d'annuler les décisions de l'*Attorney General*, au motif que celles-ci constituaient une violation des droits qu'elles détiennent en vertu de l'article 4, paragraphe 1er de la directive 79/7. Á la question préjudicielle posée par la *High Court*, la Cour de Justice des Communautés européennes a répondu qu'en l'absence de mesures d'application de l'article 4, paragraphe 1er, les femmes ont le droit de se voir appliquer le même régime que les hommes se trouvant dans la même situation, régime qui reste, à défaut d'exécution de la directive 79/7, le seul système de référence valable.

Dans tous les cas où des formes de familialisation des droits en référence à certains concepts problématiques ("chef de famille" ou concepts analogues) entraînent des *discriminations indirectes* (**Molenbroek, Teuling, Commission c. Belgique**, etc.), la Cour refuse de condamner les discriminations constatées en invoquant des "justifications objectives". Ces formes de familialisation des droits sont de plus en plus répandues dans les régimes de sécurité sociale. La ligne jurisprudentielle adoptée par la Cour s'inscrit ici en faux contre les tentatives répétées de la Commission d'encourager l'individualisation des droits sociaux.

- Compensation de la répartition inégale des tâches domestiques entre les hommes et les femmes

D'autres dispositions de l'art. 7, par.1er visent à compenser le fait que la travailleuse a supporté une part plus importante des tâches familiales que son conjoint travailleur. Elles s'appuient sur le modèle du partage de l'activité professionnelle entre les hommes et les femmes, sans partage corrélatif des tâches domestiques, qui continuent principalement à peser sur les femmes. L'idée qui fonde ces dispositions est :

- qu'il convient de compenser, pour les femmes, les périodes pendant lesquelles elles ont renoncé à une activité professionnelle pour se consacrer à des tâches familiale (3 - *litt.b*);
- ou encore que cette "double activité" justifie, pour les femmes, des conditions moins restrictives d'accès aux prestations (1 - *litt.a*).

Formes d'actions positives destinées à réaliser une égalité de résultat, ces dispositions apparaissent moins contraires à l'égalité des chances que les premières. Notons qu'en ce qui concerne le cas particulier de la différence d'âge d'accès aux prestations de vieillesse, on considère généralement que celle-ci répondrait au désir des femmes de bénéficier de leur pension en même temps que leur mari, souvent plus âgé. Elle serait motivée aussi par la difficulté qu'ont les femmes à trouver du travail après un certain âge. Enfin, elle permettrait de compenser les tâches d'éducation et de soins dont elles assument la plus grande part. En réalité, la fixation d'un âge moins élevé pour les femmes, en apparence favorable à celles-ci, est également susceptible de les dissuader de poursuivre leur carrière professionnelle et de compléter de la sorte leurs droits à la pension. Cette remarque ne vaut toutefois que dans l'hypothèse où le relèvement de l'âge d'accès aux prestations ne s'accompagne pas d'un allongement de la durée de carrière exigée pour l'obtention d'une pension complète.

Par ailleurs, lorsqu'elles sont réservées aux femmes, de telles mesures "positives" confortent le modèle de "la femme, seule responsable des tâches domestiques", modèle qui est au fondement des obstacles que rencontrent les femmes sur le marché du travail. Compte tenu de la nécessité de favoriser un partage égal des tâches domestiques entre les hommes et les femmes pour corriger une situation d'inégalité des chances sur le marché du travail, ces dispositions, lorsqu'elles sont destinées aux seules femmes, apparaissent inadéquates pour atteindre une égalité réelle. Idéalement, les hommes qui interrompent leur carrière pour exercer des tâches familiales devraient pouvoir accéder à de tels avantages dans les mêmes conditions que les femmes.

En matière d'assurance vieillesse, les États membres peuvent donc exclure du champ d'application du principe de l'égalité de traitement la fixation de l'âge d'accès à la pension de vieillesse, les avantages accordés aux personnes qui ont élevé des enfants et l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants (*litt. a et b*). De tels avantages sont en général accordés dans le cadre de régimes qui :

- soumettent l'assujettissement à la qualité de travailleur,
- et ne reconnaissent pas les responsabilités familiales comme une éventualité de sécurité sociale en faveur de ces travailleurs.

Plusieurs arrêts ont permis de cerner la portée de la dérogation au principe de l'égalité de traitement, autorisée par le *litt. a)*, et relative à :

La fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations.

Dès 1986, dans son arrêt **Marshall**, la Cour a restreint la portée du *litt. a)* en distinguant :

- l'âge ouvrant droit aux prestations de vieillesse, d'une part,
- et l'âge de mise à la retraite, de l'autre.

Alors que le premier relève du champ d'application de la directive 79/7 relative à la sécurité sociale et peut, en vertu de son article 7, être soustrait au principe de l'égalité de traitement, le second en revanche constitue une «condition de travail» et relève, à ce titre de la directive 76/207 qui ne prévoit aucune dérogation au principe de l'égalité de traitement en matière d'âge d'admission à la retraite.

À l'occasion de l'affaire **E.O.C.**, la Cour a dû se prononcer sur la possibilité pour les États membres de déroger au principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne d'autres conditions d'octroi de la pension — tels l'obligation de cotiser, le calcul du montant ou encore la durée des périodes de cotisations — lorsque celles-ci sont liées à la fixation d'un âge différent d'accès aux prestations de vieillesse pour les hommes et les femmes. En cause, le régime britannique de pensions, selon lequel les hommes et les femmes paient des cotisations dès le moment où ils commencent à travailler et jusqu'à l'âge de la pension. Cet âge était de soixante-cinq ans pour les hommes et de soixante ans pour les femmes et, pour l'obtention d'une pension complète, un homme devait avoir payé des cotisations pendant quarante-quatre années, contre trente-neuf années pour une femme.

En soulignant la nécessité de préserver l'équilibre financier et organisationnel des régimes de pensions, la Cour a admis que les États membres maintiennent des discriminations entre hommes et femmes relatives à d'autres conditions

d'octroi de la pension, si ces discriminations sont :

nécessaires pour atteindre les objectifs que la directive entend poursuivre en laissant aux États membres la faculté de maintenir un âge légal de la retraite différent pour les hommes et pour les femmes.

Une autre question relative au *litt. a)* concerne l'interprétation par la Cour de la faculté laissée aux États membres de maintenir les conséquences discriminatoires découlant, pour des prestations autres que les pensions, de la fixation d'un âge d'accès à la pension différent pour les hommes et les femmes. La Cour s'est prononcée à ce sujet à l'occasion de l'arrêt **Thomas** et de trois arrêts qui l'ont suivi. Pour la Cour, lorsque, dans un régime de prestations autre que le régime de pensions, l'élimination d'une inégalité de traitement liée à la différence d'âge d'accès à la pension pour les hommes et pour les femmes, met en péril :

- l'équilibre financier du régime de pensions,
- l'équilibre financier du système de sécurité sociale dans son ensemble,
- ou la cohérence entre le régime de pensions et les autres régimes,

cette discrimination est objectivement et nécessairement liée à la différence de fixation de l'âge d'accès à la pension et entre dans le champ d'application de la dérogation visée à l'article 7, paragraphe 1er, *litt. a)* de la directive 79/7.

La Cour ne s'est prononcée sur la portée du *litt. b)* de l'article 7, paragraphe 1er, soit :

Les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants,

qu'à une seule reprise, et de manière très indirecte, à l'occasion de l'affaire **Grau-Hupka**. La juridiction de renvoi soutenait que, dans le régime de vieillesse allemand, l'absence de prise en compte de l'intégralité des années consacrées à l'éducation d'un enfant affecte proportionnellement plus de femmes que d'hommes puisque, si l'on considère la génération actuellement à la retraite, l'éducation des enfants avait incombé presque exclusivement aux femmes. Ce serait donc en majorité des femmes qui percevraient une pension de vieillesse réduite. Il convient de noter que la question ne portait pas directement sur la compatibilité du régime de pensions allemand avec la directive 79/7. La Cour profitera toutefois de l'occasion qui lui est offerte pour déclarer au passage que la directive 79/7 n'oblige en aucun cas les États membres à accorder des avantages

en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé leurs enfants, ou encore à prévoir des droits à prestations à la suite de périodes d'interruption d'activité dues à l'éducation d'un enfant — déclaration qui semble superflue puisque le *litt. b)* a précisément pour objet d'autoriser la soustraction de tels avantages au champ d'application de la directive.

La Cour n'a donc jamais eu à se prononcer directement sur la portée du *litt. b)*. Par ailleurs, sa rédaction ne permet pas de déterminer si la faculté de soustraction au principe de l'égalité de traitement des mesures permettant «l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'emploi dues à l'éducation des enfants» ne concerne que l'assurance vieillesse ou s'étend à d'autres régimes en principe soumis à la directive.

- Complémentarité des champs d'application des directives 79/7 et 76/207 dans la perspective de l'égalité des chances

On peut se demander si certaines prestations exclues facultativement ou nécessairement de la directive 79/7, telles que les prestations ou avantages destinés à compenser ou indemniser les périodes consacrées aux responsabilités familiales peuvent, d'une manière ou d'une autre, être soumises au principe de l'égalité de traitement en vertu de la directive 76/207 relative à l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et aux conditions de travail.

L'arrêt *Jackson et Cresswell* apporte une première réponse à cette question. Il concerne des prestations britanniques destinées à compléter les ressources des bénéficiaires selon leurs besoins. La détermination des ressources des bénéficiaires s'opérait en déduisant de leurs revenus professionnels un montant raisonnable pour les frais de garde d'un enfant. Cependant, les frais de garde ne pouvaient être déduits d'une allocation de formation professionnelle ou des revenus d'un travail à temps partiel.

Dans une première étape de son raisonnement, la Cour décide que ces prestations ne relèvent pas de la directive 79/7. En effet, celles-ci sont destinées à permettre à leurs bénéficiaires de faire face à leurs besoins et n'assurent pas directement et effectivement une garantie contre l'un des risques couverts par la directive — constatation qui ne saurait être affectée par la circonstance que le bénéficiaire se trouve en fait dans une des situations envisagées par la directive.

La Cour considère ensuite qu'au risque de porter atteinte à l'objectif de la directive 76/207, un régime de prestations ne saurait être exclu de son champ d'application pour la seule raison que, formellement il fait partie d'un système national de sécurité sociale. Cependant, elle précise qu'un tel régime ne relève de cette directive que *s'il a pour objet l'accès à l'emploi, y compris la promotion et la formation professionnelles, ainsi que les conditions de travail. Le seul fait que ce régime puisse avoir une influence sur ces différents aspects n'est pas suffisant pour le faire relever de la directive 76/207*. Or, la Cour constate que les prestations en cause sont destinées à permettre aux bénéficiaires de faire face à leurs besoins et n'ont pas pour objet l'accès à l'emploi, y compris la promotion et la formation professionnelle, ainsi que les conditions de travail. En conséquence, la Cour décidera que ces prestations ne relèvent pas du champ d'application matériel de la directive 76/207.

Ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire **Meyers**, que la Cour acceptera pour la première fois la soumission d'une prestation de sécurité sociale au champ d'application matériel de la directive 76/207. Le *Family credit* est une prestation anglaise accordée aux personnes exerçant une activité à bas salaire et assumant la charge d'un enfant, lorsque les revenus de cette personne sont inférieurs à un certain montant. La Cour considère que le *Family credit* a pour objet l'accès à l'emploi puisque le but de la prestation est d'assurer que les familles ne se trouvent pas dans une situation matérielle moins favorable lorsqu'elles travaillent. Cette prestation relève également des conditions de travail puisqu'elle est nécessairement liée à une relation de travail.

L'arrêt **Hoever et Zachow** concerne l'allocation d'éducation allemande, versée à toute personne résidente, lorsque celle-ci a dans son ménage un enfant dont elle a la charge, assure la garde et l'éducation de cet enfant, et n'exerce pas d'activité professionnelle à temps complet. La Cour a considéré que l'objectif d'une telle prestation était de «garantir l'entretien de la famille durant la phase d'éducation des enfants» et qu'à ce titre, elle ne protégeait pas «directement et effectivement contre l'un des risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1er de la directive 79/7».

Aucune question préjudicielle n'a été adressée à la Cour afin de déterminer si, oui ou non, la prestation relevait du champ d'application de la directive 76/207. Dans ses conclusions, l'avocat général JACOBS estime cependant que si la Cour devait aborder cette question, il conviendrait de considérer que la caractéristique décisive retenue dans l'arrêt **Meyers** était que le *Family credit* se voyait accorder

à l'un des membres d'une famille parce qu'il travaille et afin qu'il continue à travailler. Le lien avec les conditions de travail est moins étroit et apparent dans le cas de l'allocation d'éducation allemande, ce qui interdirait sa soumission au champ d'application de la directive 76/207. L'allocation d'éducation allemande ne présente en effet, dans la majorité des cas, aucun rattachement avec l'emploi puisqu'elle est versée aussi bien à toutes les mères qui n'ont jamais exercé d'activité professionnelle.

Cette jurisprudence semble donc ouvrir la voie, pour un nombre limité de prestations, à la possibilité de condamner des dispositions de sécurité sociale susceptibles d'entraver l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'accès à l'emploi ou de conditions de travail. Nous recommandons dès lors de vérifier de manière systématique que les dispositions de sécurité sociale discriminatoires ne sont pas susceptibles d'être mises en causes soit sur la base conjointe des deux directives, soit (lorsqu'elles ne relèvent pas du champ d'application de la directive 79/7) sur la seule base de la directive 76/207.

1.5. La progressivité de la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement :

En principe, les 'États membres devaient se conformer à la directive dans un délai de six ans.

Par ailleurs, les États membres devaient procéder périodiquement à un examen des matières qu'ils avaient la faculté d'exclure en vertu de l'article 7 de la directive. Ils devaient informer la Commission des raisons qui justifient le maintien éventuel de ces dispositions et des possibilités de leur révision ultérieure. La Commission doit vérifier, *compte tenu de l'évolution sociale en la matière*, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question (article 7, 2) et article 8, 2)).

Commentaire :

La conjugaison des articles 7, 2) et 8, 2) indique que la Commission a un rôle fondamental à jouer - et un large pouvoir d'appréciation si l'on se réfère aux termes "compte tenu de l'évolution sociale en la matière" - dans l'élimination progressive des exclusions facultatives tolérées par l'article 7. Il nous semble que ce potentiel demeure aujourd'hui largement inexploité et, en pratique, le droit

communautaire et national fait peu de distinction entre les exclusions de l'article 3 (automatiques et permanentes) et celles de l'article 7 (facultatives et temporaires).

Il convient de souligner que la procédure selon laquelle les États membres peuvent soustraire certaines dispositions au champ d'application de l'égalité de traitement en vertu de l'article 7 n'a jamais été déterminée avec précision. Il semble que lorsque l'une des mesures visées par cet article entraîne une discrimination, elle bénéficie de manière quasi-automatique d'une présomption d'exclusion facultative par l'État membre concerné.

Selon une conception téléologique de la mise en oeuvre de la directive, il paraîtrait adéquat de demander aux États membres d'annoncer officiellement - par exemple dans un texte qui serait joint à la directive, publié au *Journal Officiel* et revu sur une base régulière - les mesures qu'ils souhaitent soustraire au champ d'application de l'égalité de traitement en vertu de l'article 7. Seules ces mesures seraient considérées comme des "exclusions facultatives". Une telle procédure est déjà en vigueur dans le cadre d'autres directives. Ainsi, la directive 80/987 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur comporte-t-elle une annexe recensant les créances que les États membres excluent du champ d'application de la directive.

La Cour a été amenée à se pencher à plusieurs reprises sur la question de la progressivité de la mise en oeuvre de l'égalité de traitement, en particulier en ce qui concerne les exceptions facultatives admises à l'article 7.

En matière de pensions, la Belgique, qui avait récemment modifié son régime de pensions pour que les hommes et les femmes se voient ouvrir le droit à la pension à un âge identique, avait maintenu des différences dans le calcul de la pension. Dans le passé, ces différences étaient liées à la fixation d'un âge d'accès à la pension différent pour les hommes et les femmes. La Cour, dans le prolongement de l'arrêt E.O.C., va rappeler dans l'arrêt **Van Cant** le caractère temporaire des dérogations autorisées par l'article 7 et considérer que :

Dans l'hypothèse où une réglementation nationale a supprimé la différence de l'âge de la retraite qui existait entre les travailleurs féminins et masculins, l'article 7, paragraphe 1er, sous a) ne saurait plus être invoqué pour justifier le maintien d'une différence en ce qui concerne le mode de calcul de la pension de retraite qui était lié à cette différence de l'âge de la retraite.

Elle confirmera cette décision dans l'arrêt **De Vriendt**.

Dans la foulée de cette jurisprudence, la plupart des États membres ont aligné l'âge d'accès à la pension des femmes sur celui, plus élevé, des hommes et/ou augmenté la durée de carrière ouvrant le droit à une pension complète, mesure généralement motivée par des raisons d'ordre budgétaire. Ces réformes impliquent une réduction importante des prestations de retraite des femmes qui, en raison de la discontinuité de leur carrière professionnelle, ne parviennent pas à réaliser les conditions requises pour l'obtention d'une pension complète. Cette forme de discrimination indirecte ne serait sans doute pas condamnée par la Cour, en raison de sa propension à accepter les "justifications objectives" avancées par les États membres.

Cependant, dans d'autres hypothèses où la reconnaissance du caractère "temporaire" des exclusions facultatives de l'article 7 aurait été favorable aux femmes, la Cour tirera plutôt argument de la "progressivité" de la mise en oeuvre de l'égalité de traitement pour admettre la persistance de discriminations.

Ainsi, alors que dans l'arrêt **Van Gemert-Derks**, la Cour interprète de manière restrictive les exceptions au principe de l'égalité en matière de sécurité sociale, elle adopte une position très différente dans l'arrêt **Bramhill**. Cet arrêt concerne l'article 7, paragraphe 1er, *litt. d*), qui autorise les États membres à soustraire du champ d'application de la directive certaines majorations de prestations à long terme pour l'épouse à charge. Au Royaume-Uni, depuis l'introduction du *Health and Social Security Act* de 1984, les majorations de pensions de vieillesse pour conjoint dépendant ont été étendues aux femmes mais à des conditions plus restrictives que pour les hommes.

Madame Bramhill considère que, selon le libellé de l'article 7, paragraphe 1er, *litt. d*) de la directive 79/7, les États membres ne peuvent exclure du champ d'application de la directive que l'octroi de majorations de prestations pour l'«épouse à charge», de sorte que les régimes qui, comme celui en vigueur au Royaume-Uni depuis 1984, prévoient des majorations pour les deux conjoints, mais à des conditions différentes, contiennent une discrimination qui n'est pas couverte par la dérogation de l'article 7 de la directive. Madame Bramhill ajoute que cette interprétation est confirmée par le fait que, à la différence de cette dernière disposition, l'article 4, paragraphe 1er de la directive énonce le principe général selon lequel toute discrimination fondée sur le sexe est prohibée en ce qui concerne le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du «conjoint» et pour personne à charge. Pour Madame Bramhill, la dérogation de

l'article 7 doit donc être interprétée de manière restrictive.

Mais la Cour retiendra l'argumentation du Royaume-Uni pour qui, en revanche, le régime antérieur entraine dans le champ d'application de l'article 7 paragraphe 1er. Or, la directive 79/7 vise la mise en œuvre *progressive* du principe de l'égalité de traitement et il serait incompatible avec cet objectif d'admettre l'interprétation de Madame Bramhill. En effet, une telle interprétation aboutirait à ce qu'un État membre ne puisse plus se fonder sur la dérogation de cette disposition dès le moment où il adopte une mesure qui a pour effet de réduire sans la supprimer entièrement, une inégalité de traitement fondée sur le sexe.

La Cour semble donc réticente à encourager l'extension progressive du principe de l'égalité de traitement aux matières exclues facultativement du champ d'application de la directive, même lorsque les dispositions discriminatoires en cause ont été adoptées après l'entrée en vigueur de la directive.

Chapitre 2. Rapports nationaux

Pour chaque pays, selon données disponibles :

- Historique de la mise en œuvre
- Notion de discrimination
- Champ d'application personnel de l'égalité de traitement
- Champ d'application matériel (y compris état des lieux matières exclues, matières soustraites temporairement)

Conclusions partielles

Titre 3 Propositions`

Chapitre 1. Exploitation de la directive 79/7

- Procédure de déclaration des exclusions facultatives

La conjugaison des articles 7, 2) et 8, 2) indique que la Commission a un rôle fondamental à jouer - et un large pouvoir d'appréciation si l'on se réfère aux termes "compte tenu de l'évolution sociale en la matière" - dans l'élimination progressive des exclusions facultatives tolérées par l'article 7. Il nous semble que

ce potentiel demeure aujourd'hui largement inexploité.

La procédure selon laquelle les États membres peuvent soustraire certaines dispositions au champ d'application de l'égalité de traitement en vertu de l'article 7 n'a jamais été déterminée avec précision. Il semble que lorsque l'une des mesures visées par cet article entraîne une discrimination, elle bénéficie de manière quasi-automatique d'une présomption d'exclusion facultative. Or, selon une conception téléologique de la mise en oeuvre de la directive, il paraîtrait plus adéquat de demander aux États membres d'annoncer officiellement - par exemple dans un texte qui serait joint à la directive, publié au *Journal Officiel* et revu sur une base régulière (par exemple tous les trois ans) - les mesures qu'ils souhaitent soustraire au champ d'application de l'égalité de traitement. Seules ces mesures seraient considérées comme des "exclusions facultatives".

+ Études sur les changements sociaux. Mentionner rapport statistique.

Permettrait de tempérer quelque peu conception très large de la CJCE de la "progressivité de la mise en oeuvre du principe de l'ET" (Bramhill)

- Études intertextuelles (autres champs d'intervention UE) et comparatives (O.I.T./droit national) de la notion de "discrimination".
- Incidence *Mainstreaming* sur l'interprétation de la directive.
- Travail atypique.
- Relation directive 76/207 : envisager systématiquement la possibilité d'un recours sur la base des deux directives.
- Procédures d'infraction.
- Autres.

Chapitre 2. Modification de la directive 79/7

- Titre : égalité de traitement -> égalité des chances
- Intégrer dans le champ d'application matériel exclusions facultatives relatives aux avantages sociaux destinés, dans certains régimes, à compenser périodes consacrées aux soins et à l'éducation des enfants (la plupart des pays ont réalisé l'égalité formelle entre hommes et femmes pour ces avantages au cours des dernières années).
- Études sur la notion juridique de "droit dérivé" et d' "individualisation".

Semble opposer le plus de résistance à une modification.

Jurisprudence CJCE est contraire aux efforts de la Commission et défavorable à

un progrès vers l'individualisation des droits sociaux.

Depuis l'adoption de la directive 79/7, la Commission européenne a déployé ses efforts sur deux fronts :

- l'élimination générale des discriminations entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, y compris pour les droits dérivés,
- et la substitution de droits individuels aux droits dérivés.

En 1983, dans un premier rapport intérimaire relatif à l'application de la directive 79/7, la Commission mettait en cause l'utilisation dans les régimes de sécurité sociale de notions telles que celles de «chef de ménage» ou de «charges de famille», présumées sources de discriminations indirectes à l'égard des femmes. La Commission envisageait toutefois la possibilité de justifier les discriminations dans les limites strictement nécessaires, pour tenir compte des besoins vitaux d'un partenaire, dont la présence entraîne un accroissement réel de charges. Le 18 juillet 1989, conformément à cette position, la Commission a introduit un recours en constatation de manquement contre la Belgique, mettant en cause les régimes belges de chômage et d'indemnités d'invalidité. Cette procédure faisait suite à une première procédure d'infraction, dirigée contre le régime précédent d'allocations de chômage, qui réservait explicitement un traitement préférentiel aux chômeurs ayant la qualité de chef de ménage. Le régime de chômage dressait en effet un classement de trois catégories de chômeurs, liées à la composition du ménage des titulaires, et auxquelles s'attachaient des montants différents d'allocations, entraînant des effets discriminatoires au détriment des chômeuses.

Par ailleurs, dès 1987, la Commission introduisait une proposition de directive complétant la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux et professionnels de sécurité sociale. La proposition prévoyait l'extension du principe de l'égalité de traitement, notamment aux matières exclues en vertu des articles 3 et 7 de la directive 79/7. Toutefois, le Conseil n'adopta jamais cette proposition qui, depuis 1991, a disparu de son agenda en matière sociale.

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989, et la recommandation du Conseil relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale de 1992 réclament également l'élimination de toute discrimination en raison du sexe en matière de sécurité sociale. Enfin, dans le quatrième programme d'action communautaire pour

l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, la Commission s'engage à retirer la proposition de 1987 et à soumettre une nouvelle proposition sur l'achèvement de l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale afin de tenir compte des évolutions intervenues dans l'intervalle, notamment dans la jurisprudence de la Cour.

Le projet de Traité d'Amsterdam de juin 1997 introduit le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en plusieurs endroits du Traité de l'Union européenne, de telle sorte que ce principe devrait désormais inspirer l'ensemble de la politique européenne. À cet égard, nous renvoyons le lecteur à la remarque préliminaire qui figure en introduction de cet ouvrage. Il est toutefois prématuré de se prononcer sur les effets de ces modifications : on ne peut augurer aujourd'hui de la portée que donneront les institutions communautaires et les États membres à ces nouvelles dispositions.

Quant à l'individualisation des droits, il s'agit d'une autre préoccupation récurrente de la Commission, soumise régulièrement et sans succès au suffrage des États membres depuis 1987. La proposition de directive de 1987 prévoyait la disparition progressive des droits dérivés au profit de droits propres. En 1994, le Livre blanc sur la politique sociale européenne n'envisageait plus que l'adoption d'une

recommandation complémentaire sur l'adaptation des systèmes de protection sociale à l'évolution des structures familiales, notamment en individualisant les droits et les cotisations sur la base d'une comparaison des inégalités réelles entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

Le quatrième programme d'action communautaire à moyen terme pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes rappelle l'importance de la question de l'individualisation des droits qui, pour la Commission :

représenterait un saut qualitatif dans une approche de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes au travail. Les directives européennes sur l'égalité de traitement répondent à la logique d'une « correction » des systèmes en vigueur par la suppression des discriminations existantes. L'individualisation modifierait cette perspective en plaçant l'égalité de traitement entre les individus parmi les principes fondamentaux à respecter. Les politiques d'individualisation sont particulièrement pertinentes dans une période de chômage. Alors que le marché du travail traite les individus en tant que tels, la sécurité sociale et les autres régimes de protection considèrent les individus comme les composantes de ménages ou de structures familiales. La présence ou l'absence de droits individualisés à la sécurité sociale peut réduire ou exacerber le statut d'inégalité des femmes dans le marché de l'emploi.

Mais dans son programme d'action de 1995, la Commission se borne à prévoir une série d'études sur les droits dérivés et leur individualisation, ainsi que la publication d'une communication relative à l'individualisation des droits.

En conclusion, force est de constater qu'à l'égard de la question des droits dérivés, l'ambition législative des institutions communautaires n'a cessé de décroître depuis 1987. Quant à la question de l'individualisation des droits, les suggestions de la directive de 1987 procédaient d'une méconnaissance de la technique et de la fonction des droits dérivés dans les systèmes nationaux et la notion d'«individualisation» n'a jamais fait l'objet d'une définition claire dans aucun instrument ou document communautaire. Dans les cas les plus heureux, les multiples initiatives de la Commission n'ont mené qu'à l'adoption de déclarations d'intention ou de recommandations, de sorte qu'aujourd'hui, la directive 79/7 demeure en la matière le seul instrument contraignant susceptible de modeler les systèmes nationaux de sécurité sociale, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

- Intégration du *Mainstreaming*.
- La notion de “discrimination” : problème : comment rappeler à la CJCE le caractère fondamental du principe de l'égalité?
- Les champs d'application matériel et personnel.

Nous avons vu que le champ d'application matériel de la directive 79/7 est conçu sur un modèle qui exclut les risques considérés comme «féminins» dans le sens où ils ont trait à la maternité ou au rôle social des femmes qui assument les tâches de soins et d'attention : selon l'article 3 de la directive, l'égalité de traitement entre hommes et femmes n'est garantie que pour les risques maladie, invalidité, vieillesse, accident du travail, maladie professionnelle et chômage, à l'exclusion des prestations de survie et des prestations familiales. Afin d'assurer l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, il apparaît en effet indispensable que ces prestations soient soumises au principe de l'égalité de traitement. rajouter l'éventualité parentale parmi les risques couverts. En effet, les prestations destinées à couvrir l'interruption de carrière professionnelle pour des raisons parentales (notamment les prestations destinées à indemniser le congé parental comme les prestations de l'assurance parentale suédoise, par exemple) ne sont mentionnées ni au titre des matières soumises, ni au titre des matières soustraites temporairement ou définitivement au champ d'application

matériel de la directive. Contradictoire avec l'évolution du droit européen et, notamment, avec la directive congé parental. Note : on peut étendre ceci à l'ensemble des prestations parentales (APE etc). En effet, stratégie : la plupart des pays ouvrent ces droits aux deux parents; semble susciter moins de résistances que la question des droits dérivés. Du point de vue juridique : entraînerait extension automatique du champ d'application personnel aux personnes qui ont interrompu leur activité pour prendre soin d'un enfant).

- rajouter les personnes en congé de maternité dans le champ d'application personnel.
- Les dispositions de sécurité sociale qui font obstacle à l'accès au marché du travail.
- Autres.

Chapitre 3. Guidelines “bonnes pratiques”

- Encouragement de la ratification de certaines conventions O.I.T.
- Pratiques visant :
 - Égalité formelle.
 - Égalité de résultat.
 - Égalité des chances.

Conclusions

Annexes

Bibliographie

Jurisprudence CJCE

Législation nationale (selon données disponibles)