

## Délibération n° 2009-21 du 26 janvier 2009

### **Emploi privé- Sexe- Offre d'emploi – Demande d'avis- Saisine d'office -Exigences essentielles et déterminantes – Loi de transposition – Recommandation.**

*Un directeur d'agence ANPE demande l'avis de la haute autorité concernant une offre d'emploi proposée par une entreprise souhaitant recruter exclusivement des femmes au poste de vendeuse à domicile. La haute autorité décide de se saisir d'office de cette question qui porte plus largement sur les dérogations possibles au principe de non discrimination à raison du sexe. La loi du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations est venue modifier la rédaction de l'article L. 123-1 (désormais L 1142-2) du code du travail qui prévoit la possibilité de déroger au principe de non discrimination fondée sur le sexe. La haute autorité constate que la formulation générale de l'article L. 1142-2 rend son interprétation incertaine. La haute autorité recommande au gouvernement de préciser la portée de cette nouvelle disposition et d'examiner les activités professionnelles exclues de l'application du principe de non discrimination à raison du sexe.*

Le Collège :

Vu la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail,

Vu la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE,

Vu la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte),

Vu le code du travail,

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

1. Un directeur d'Agence Locale pour l'Emploi (ALE) a sollicité la haute autorité par courrier en date du 1<sup>er</sup> février 2008 concernant une offre d'emploi proposée par une entreprise en vue de sa mise en ligne sur le site [www.anpe.fr](http://www.anpe.fr). Cette entreprise souhaite recruter exclusivement des femmes au poste de « vendeuse à domicile » afin de vendre de la lingerie féminine et des jouets érotiques.

2. Selon le directeur de l'agence, les méthodes de ventes et les produits représentés ne justifient pas l'obligation de recruter une femme. Il demande toutefois l'avis de la haute autorité.

3. Outre, la question spécifique posée par l'agence locale pour l'emploi, cette situation amène à s'interroger plus généralement sur les possibilités de dérogations au principe de non discrimination, prévues par la loi, en lien avec le critère du sexe.

4. Sachant que le « projet de loi portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations » devait être adopté au printemps, et qu'il prévoyait de nouvelles dispositions relatives à la question des dérogations au principe de non discrimination à raison du sexe, la haute autorité a estimé préférable d'attendre la promulgation de la loi, pour se saisir d'office de cette question.

### ***La législation communautaire***

5. Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes tel qu'il découle des directives communautaires en matière d'emploi implique l'interdiction des discriminations directes et indirectes fondées sur le sexe.

6. En principe, une discrimination fondée directement sur un critère prohibé ne peut pas être justifiée. Toutefois, ce principe admet des dérogations exceptionnelles, précisément identifiées.

7. Il est permis aux Etats, dans des circonstances limitées, de procéder à une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe, lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

8. La première exception au principe de non discrimination à raison du sexe qui a été introduite dans la législation communautaire est l'article 2 §2 de « la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, la promotion et les conditions de travail ». Cet article a ensuite été modifié dans les directives communautaires qui ont suivi afin de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice.

9. L'article 2§2 de cette directive prévoit que: « *La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante* ».

10. Son article 9 paragraphe 2 dispose que « *Les États membres procèdent périodiquement à un examen des activités professionnelles visées à l'article 2 paragraphe 2 afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. Ils communiquent à la Commission le résultat de cet examen* ».

11. « La directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les

conditions de travail » est venue compléter la notion de « *condition déterminante* » présente dans la directive 76/207/CEE.

12. Son article 2 paragraphe 6 intègre la jurisprudence développée par la CJCE sur le fondement de l'article 2, paragraphe 2 de la directive 76/207/CEE sur la notion de « condition déterminante ».

13. Il énonce que « *les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination, lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

14. Il ressort que cette nouvelle disposition ne vise plus les activités professionnelles en général mais seulement l'accès à l'emploi et à la formation y donnant accès, pour des activités professionnelles particulières.

15. Selon cette nouvelle formulation, la nature de ces activités et le cadre dans lequel elles se déroulent, doivent être pris en compte. L'exigence relative à l'appartenance à l'un ou l'autre sexe doit être véritable et déterminante. Outre le fait que l'objectif recherché devra être légitime, une condition de proportionnalité devra être remplie, ce qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. Cette disposition implique donc une appréciation au cas par cas des situations exclues du champ d'application de la directive.

16. Cette disposition a été intégralement reprise à l'article 14, paragraphe 2 de « la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ».

17. L'article 31, paragraphe 3 de la directive « refonte » reprend dans une forme légèrement modifiée les dispositions de l'article 9, paragraphe 2 de la directive 76/207/CEE. Il prévoit que « *les États membres procèdent à un examen des activités professionnelles visées à l'article 14 paragraphe 2 afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions concernées. Ils communiquent périodiquement et au moins tous les huit ans, le résultat de cet examen à la Commission* ».

### ***La jurisprudence communautaire***

18. A ce jour, la jurisprudence de la Cour concerne l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la Directive 76/207/CEE. Il apparaît que cette jurisprudence, intégrée dans les nouvelles dispositions des nouvelles directives 2002/73/CE et 2006/54/CE servira à les interpréter.

19. L'arrêt de la CJCE dans l'affaire commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne (21 mai 1985, affaire C-248-83) ainsi que les conclusions de l'avocat Général MANCINI sont très éclairantes pour apprécier la portée de cette dérogation.

20. Selon l'avocat général, il apparaît clairement que le but de l'article 2, paragraphe 2 « ne consiste pas à autoriser les Etats à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que

cela est nécessaire, il consiste à éviter que l'interdiction des discriminations empêche ou rende impossible l'exercice des activités pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante, et uniquement celles-là ». Il ajoute que « dans cette optique, une indication ponctuelle des activités exclues est plus qu'utile ; elle est nécessaire si l'on veut que « l'absence de toute discrimination » ne soit tournée par une faculté incontrôlable d'y déroger. Du reste ce n'est qu'ainsi que s'explique la raison pour laquelle, sur la base de l'article 9, paragraphe 2, lesdites activités doivent être vérifiées périodiquement » (§7).

21. La Cour considère dans cette affaire « qu'il incombe, en premier lieu, aux Etats membres de relever, de manière complète et sous une forme contrôlable, quelle qu'en soit par ailleurs la nature, les professions et activités exclues de l'application du principe de l'égalité de traitement et d'en communiquer le résultat à la Commission ». « De son côté la Commission a le droit et le devoir, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 155 du traité CEE, de prendre les mesures nécessaires en vue de vérifier l'application de cette disposition de la directive ».

22. La Cour estime qu'« à aucun moment depuis l'entrée en vigueur de la directive, la République fédérale d'Allemagne n'a pris les mesures nécessaires pour créer ne fut-ce qu'un minimum de transparence en ce qui concerne l'application des articles 2, paragraphes 2 ou 3, et 9, paragraphe 2, de la directive 76/207. Elle a ainsi empêché l'exercice d'un contrôle utile par la Commission et rendu plus difficile la défense de leurs droits par des personnes éventuellement lésées par des mesures discriminatoires ».

23. Depuis cet arrêt, la jurisprudence de la CJCE est venue confirmer le fait que l'exception concernant les exigences professionnelles essentielles ne concerne que des situations exceptionnelles.

24. Ces affaires portaient pour la plupart d'entre elles sur l'exclusion des femmes de certains corps d'armée ou de la police prévue par la loi. Il ressort de ces arrêts que cette dérogation doit être appréciée de manière stricte. Elle doit s'appliquer à des activités professionnelles précises et requiert un examen de chaque cas particulier. Les principes de transparence et de proportionnalité doivent être appliqués.

25. Dans l'arrêt Johnston (15 mai 1986, affaire C-222/84), la Cour a précisé que « l'article 2, paragraphe, de la Directive 76/207, en tant qu'elle autorise une dérogation au droit de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'accès à l'emploi et de conditions de travail, doit être interprétée strictement et son application doit s'effectuer dans le respect du principe de proportionnalité ».

26. Dans l'arrêt Commission contre France (30 juin 1988, affaire C-318/86), la Cour a rappelé que « les dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, ne peuvent viser que des activités spécifiques, qu'elles doivent avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile par la Commission et qu'elles doivent, en principe, être susceptibles d'adaptation à l'évolution sociale ».

27. Dans l'affaire Sirdar (26 octobre 1999, affaire C-273/97), la Cour a estimé que l'exclusion des femmes des unités combattantes spéciales de l'armée peut être justifiée, en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause (conditions spécifiques d'intervention, en particulier, règles d'interopérabilité).

28. Dans l'affaire Kreil (11 janvier 2000, affaire C-285/98), qui concernait l'exclusion des femmes de la quasi-totalité des emplois militaires de l'armée allemande, la Cour a précisé que seules des activités spécifiques peuvent être exclues du champ d'application de la Directive.

29. La Commission européenne, dans sa communication du 7 juin 2000 relative à la proposition de modification de la directive 76/207/CEE précitée précise que « La principale conclusion que l'on peut tirer de cette jurisprudence est que la « certaine marge d'appréciation » dont jouissent les Etats membres pour exclure certaines activités professionnelles du champ d'application de la directive est soumise à des critères stricts. Premièrement, l'exclusion ne peut concerner que des postes précis. Deuxièmement, les Etats membres sont tenus de réévaluer périodiquement la légitimité de l'exclusion, de sorte qu'elle peut être autorisée à certaine date, mais devenir illégale par la suite ».

30. Conformément à la jurisprudence précitée, la Commission considère que la notion d'« exigence professionnelle véritable » devrait être interprétée au sens strict comme couvrant uniquement les exigences professionnelles où l'un ou l'autre sexe est nécessaire à la réalisation des activités concernées. Par conséquent, ces cas de différences de traitement fondées sur le sexe devraient être exceptionnels ».

### ***La législation nationale***

31. En France, jusqu'à très récemment, la possibilité de déroger au principe de non discrimination fondée sur le sexe était mise en œuvre par les anciens articles L. 123-1 et R. 123-1 du code du travail (devenus L. 1142-1, L. 1142-2 et R. 1142-1 depuis la recodification du code du travail intervenue au 1<sup>er</sup> mai 2008).

32. L'article L. 123-1 du code du travail prévoyait notamment que :

*« Sous réserve des dispositions particulières du présent code et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut : [...]*

*a) mentionner ou faire mentionner [...] dans une offre d'emploi le sexe*

*b) refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation ...en considération du sexe*

*c) prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération... ».*

*Un décret en Conseil d'Etat détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement dans les mêmes formes ».*

33. Ainsi pour trois professions bien déterminées :

- *Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;*
- *Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;*
- *Modèles masculins et féminins,*

visées à l'article R. 123-1 du code du travail (créé par décret n°84-395 du 25 mai 1984 portant application de l'article L. 123-1 du code du travail issu de la loi 83-635 du 13 juillet 1983 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes), le sexe (et ce critère

uniquement) constituait un critère légitime de sélection et permettait de justifier une différence de traitement.

34. Les emplois figurant dans cette liste étaient les seuls pour lesquels une dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe était possible.

35. Depuis l'entrée en vigueur de la «loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », la France a institué en droit interne, alors que cette transposition n'était pas obligatoire et n'était pas demandée par la Commission dans le cadre de la procédure en manquement contre la France, une possibilité de dérogation à l'interdiction des discriminations en matière d'emploi fondées sur l'ensemble des critères, y compris le sexe.

36. L'article L. 1133-1 du code du travail prévoit que « *l'article L. 1132-1 (anciennement L. 122-45) ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

37. L'introduction de cette disposition n'a cependant pas emporté disparition de l'ancien article L. 123-1 du code du travail devenu L.1142-2.

38. Sa rédaction a toutefois été modifiée de telle sorte que la dérogation au principe général de non discrimination à raison du sexe qui préexistait est maintenant formulée en ces termes :

*« Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables.*

*Un décret en Conseil d'Etat détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement ».*

39. L'article R. 1142-1 (anciennement R. 123-1 du code du travail) créé par décret n°2008-244 du 7 mars 2008 relatif au code du travail prévoit que :

*« Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :*

- Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin,*
- Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires,*
- Modèles masculins et féminins ».*

Depuis la loi du 27 mai 2008, l'article R. 1142-1 (anciennement R. 123-1 du code du travail) n'a fait l'objet d'aucune modification. La liste des emplois pour l'exercice desquels le critère du sexe constitue une condition déterminante est identique à celle fixée par décret du 25 mai 1984.

### ***Sur l'interprétation des nouvelles dispositions***

40. A la lecture des articles L. 1133-1 et L. 1142-2 du code du travail, il apparaît que la France n'a pas repris intégralement les dispositions des directives.

41. En effet, il convient de relever que ces deux articles du code du travail ne précisent pas les éléments de nature à constituer une telle exigence, tels qu'identifiés par les directives, soit « *la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent* », comme éléments d'appréciation du caractère légitime et proportionné de l'exigence requise.

42. Outre ce manque de précision, plusieurs auteurs s'interrogent sur la portée de ces nouvelles dispositions.

43. Certains dénoncent le fait que la formulation générale de l'article L. 1133-1 et du premier alinéa de l'article L. 1142-2 du code du travail pourrait être interprétée de manière à autoriser l'employeur à définir lui-même les activités professionnelles pour lesquelles le sexe constituerait une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au-delà de la liste limitée des emplois et activités énumérés à l'article R. 1142-1 du code du travail.

44. Pour les emplois figurant dans la liste révisée, l'employeur n'aurait pas à apporter de justification particulière.

45. En revanche, pour les autres activités, l'employeur qui aurait posé unilatéralement une telle exigence ne serait tenu d'en justifier le caractère légitime que devant le juge, en démontrant que la mesure discriminatoire en cause constitue véritablement « une exigence professionnelle essentielle et déterminante » et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

46. Cette interprétation de l'article L. 1142-2 du code du travail ne paraît pas conforme au droit communautaire.

47. En effet, comme il l'a été souligné plus haut, les directives « sexe » et la jurisprudence de la CJCE en la matière imposent aux Etats de déterminer spécifiquement les activités exclues du champ d'application du principe de non-discrimination et d'interpréter strictement cette dérogation conformément aux exigences d'objectivité et de transparence.

48. La dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe n'a pas vocation à devenir une faculté pour chaque employeur de déterminer ses propres critères en matière d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

49. L'incertitude quant à l'interprétation qui sera faite de l'article L. 1142-2 du code du travail fait naître une insécurité juridique et risque de faire ressurgir des comportements fondés sur des conceptions stéréotypées du poste de travail.

50. La prohibition des discriminations à l'embauche a précisément pour objet de lutter contre les stéréotypes.

51. En conséquence :

En l'état actuel et faute d'indications précises quant aux activités professionnelles, susceptibles d'être exclues de l'application du principe d'égalité de traitement fondé sur le sexe, la haute autorité considère que les activités professionnelles expressément visées par la liste prévue par décret à l'article R. 1142-1 du code du travail demeurent les seules activités professionnelles pour lesquelles une dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe est possible.

52. Aussi, la haute autorité constate que l'activité de vendeuse en lingerie ne figurant pas dans liste des activités visées à l'article R. 1142-1 du code du travail, le fait d'être une femme ne peut constituer une condition déterminante pour exercer cette activité.

53. La haute autorité, tenant compte des interrogations que suscite la formulation générale de l'article L. 1142-2 du code du travail, recommande au gouvernement de préciser la portée de cette dérogation.

54. La haute autorité rappelle qu'en application des directives précitées et de la jurisprudence communautaire, la dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe ne peut être admise que dans des circonstances très limitées, qu'elle doit visée des activités spécifiques et qu'elle doit faire l'objet d'un examen objectif et transparent.

55. La haute autorité demande au Premier ministre ainsi qu'au ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité de lui rendre compte des suites données à sa recommandation dans un délai de 6 mois.

56. La haute autorité décide de notifier la présente délibération à la Direction générale de l'ANPE ainsi qu'au Directeur de l'agence locale pour l'emploi de Vesoul.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER