doivent pas nécessairement être exercées par des personnes appartenant à l'un ou l'autre sexe, compte tenu des nécessités de l'organisation des carrières des agents et de l'importance à accorder à leur expérience professionnelle.

2. La dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207 ne peut viser que des activités professionnelles spécifiques. Elle doit avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile par la Commission et, en principe, être susceptible d'adaptation à l'évolution sociale. Ne répond pas à ces exigences la pratique consistant à fixer, à l'occasion de chaque opération de recrutement dans un corps où seules certaines activités justifient le recours à la dérogation et en l'absence de tout critère objectif défini dans un texte législatif ou réglementaire, un pourcentage de postes attribué respectivement aux hommes et aux femmes. Cette manière de procéder fait en effet obstacle à toute forme de contrôle, que ce soit par la Commission, par les juridictions ou par les personnes lésées par des mesures discriminatoires.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire 318/86 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre juridique*

a) *Dispositions communautaires*

La directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40; ci-après « directive »), vise, selon son article 1er, la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne, entre autres, l'accès à l'emploi. L'article 3 précise que l'application de ce principe implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle.

L'article 2, paragraphe 1, 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. Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 2 prévoit que la 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

* Langue de procédure: le français.

conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 9, 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.

Enfin, l'article 9, paragraphe 1, alinéa 1, prévoit que les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive dans un délai de trente mois à compter de sa notification et en informent immédiatement la Commission. La directive a été notifiée à la République française le 12 février 1976. Le délai susmentionné a donc expiré le 12 août 1978.

b) *Le système de recrutement pour la fonction publique en France*

En France, les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours. De temps en temps, des concours administratifs sont organisés pour certains corps. A chaque concours, un certain nombre de postes est offert, qui sont distribués aux candidats déclarés aptes. En règle générale, les fonctionnaires ne sont pas recrutés pour un emploi déterminé; le lauréat d'un concours a vocation à occuper, dans son corps, tout emploi de son grade. Pendant sa carrière, le fonctionnaire peut être promu dans un poste plus élevé (le principe dit « de la carrière »).

Dans la plupart des cas, il y a un concours unique pour les candidats féminins et masculins. Le seul critère pour le recrutement est le classement du candidat, quel que soit son sexe. Toutefois, certaines exceptions ont été prévues. L'article 21 de la loi n° 84-16, du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État (JORF p. 271), dispose que:

« Pour certains corps dont la liste est établie par décret en Conseil d'État ... des recrutements distincts pour les hommes ou pour les femmes pourront être organisés si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces corps. »

Cette disposition remplace l'article 18 bis de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, ordonnance abrogée par la loi n° 84-16, précitée. Cet article 18 bis avait été inséré dans l'ordonnance par la loi n° 82-380, du 7 mai 1982. En application de cet article 18 bis, la liste des corps pour lesquels peuvent être prévus des recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes a été arrêtée par décret n° 82-886, du 15 octobre 1982 (JORF p. 3154). Le décret n° 84-957, du 25 octobre 1984, relatif à l'application de l'article 21 de la loi n° 84-16, a maintenu en vigueur cette liste, qui englobait, à l'époque, les corps suivants:

— commissaires de police de la police nationale;

— commandants et officiers de paix de la police nationale;

— inspecteurs de la police nationale;

— enquêteurs de la police nationale;

— gradés et gardiens de la paix de la police nationale;

— attachés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur;

— corps des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, à savoir corps du personnel de direction, corps du personnel technique et de formation professionnelle, corps du personnel de surveillance;

— contrôleurs des douanes;

— agents de constatation des douanes;

— préposés des douanes;

— instituteurs;

— professeurs d'éducation physique et sportive;

— professeurs adjoints d'éducation physique et sportive.

Les recrutements distincts pour les corps susmentionnés ne se caractérisent pas par l'organisation de concours distincts, comportant des sessions, des épreuves et des jurys différents. Le concours est unique, mais l'arrêté de concours fixe (ad hoc) un pourcentage de postes à attribuer, respectivement, aux hommes et aux femmes.

2. *Antécédents du litige*

Par lettre du 12 août 1983, la Commission a mis le gouvernement français en demeure de présenter, dans un délai de deux mois, ses observations au sujet du décret n° 82-886, du 15 octobre 1982. La Commission a estimé que ce décret, en fixant une liste extrêmement large des corps pour lesquels des recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes peuvent être prévus, portait atteinte au principe de l'égalité d'accès à l'emploi. En effet, cette liste irait au-delà des limites de la dérogation prévue dans l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

Par lettre du 16 février 1984, les autorités françaises ont répondu à la lettre de mise en demeure, en rejetant les critiques de la Commission. Elles ont notamment fait valoir que les dérogations à l'égalité des sexes opérées au sein de la fonction publique française présenteraient une incompatibilité purement formelle avec la directive, due à l'organisation spécifique de la fonction publique en France.

Après l'abrogation de l'ordonnance du 4 février 1959, en 1984, la Commission a, le 7 août 1984, adressé au gouvernement français une nouvelle lettre concernant, cette fois, l'article 21 de la loi n° 84-16, du 11 janvier 1984, et, de nouveau, la liste arrêtée par décret n° 82-886, celui-ci étant resté en vigueur. Dans cette lettre, la Commission a considéré, en substance, que l'article 21 de la loi n° 84-16 définit la faculté de déroger au principe de l'égalité de traitement selon des critères excessivement généraux, non prévus par l'article 2, paragraphe 2, de la directive, et que tout décret d'application pris sur une telle base est également incompatible avec la directive. La Commission a invité le gouvernement français à lui

présenter ses observations dans un délai de deux mois.

Le 30 octobre 1984, les autorités françaises ont répondu à la nouvelle lettre de mise en demeure. Elles se sont opposées aux critiques de la Commission, en invoquant de nouveau l'organisation spécifique de la fonction publique française. En outre, elles ont fait valoir que, pour les fonctions à occuper dans les corps figurant dans la liste, le fait d'être un homme ou une femme est une condition déterminante en raison de la nature ou des conditions de leur exercice.

Non satisfaite de cette réponse du gouvernement français, la Commission lui a adressé, le 29 janvier 1986, l'avis motivé prévu par l'article 169 du traité, en invitant la République française à prendre les mesures requises pour s'y conformer dans un délai de un mois. La situation restant inchangée plusieurs mois après la notification d'avis motivé, la Commission a introduit le présent recours.

3. *Objet du litige*

Dans son avis motivé, la Commission a déjà considéré que, en ce qui concerne le corps du personnel de surveillance des établissements pénitentiaires et le corps des attachés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur, la dérogation au principe d'égalité des sexes prévue par la législation française n'excède pas les limites de l'article 2, paragraphe 2, de la directive. Ensuite, par lettre du 7 mars 1986, le gouvernement français a fait savoir à la Commission que les trois corps de contrôleurs, agents de constatation et préposés des douanes ont été supprimés de la liste litigieuse. Enfin, pendant la procédure écrite devant la Cour, le corps des instituteurs a été également supprimé.

Dans ces circonstances, la Commission limite son recours, pour autant qu'il concerne les corps particuliers, aux corps suivants: les cinq corps de la police nationale, le corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, pour ce qui est des surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt, les corps de professeurs et de professeurs adjoints d'éducation physique, ainsi que les corps du personnel de la direction et du personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire.

4. *Procédure*

La requête de la Commission a été enregistrée au greffe de la Cour le 18 décembre 1986.

La procédure écrite a suivi son cours normal. Toutefois, après la clôture de cette procédure, la Commission a déposé, avec l'autorisation de la Cour, certaines données statistiques. Le gouvernement français a présenté ses observations sur ce document.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

II — Conclusions des parties

La Commission, *partie requérante*, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que la République française, en ne prenant pas dans le délai prescrit à l'article 9, paragraphe 1, alinéa 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9

février 1976, toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application complète et exacte de cette directive et en maintenant, en particulier, de manière injustifiée au regard des exigences de cette directive, un système de recrutements distincts en fonction du sexe aux fins de la nomination dans les divers corps de fonctionnaires, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité,

— condamner la République française aux dépens.

La République française, *partie défenderesse*, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— pour les cinq corps de fonctionnaires de la police nationale, ainsi que pour les conditions d'accès des surveillants chefs de l'administration pénitentiaire aux fonctions de direction de maisons d'arrêt, rejeter la requête de la Commission,

— condamner la requérante aux dépens.

III — Moyens et arguments des parties

1. *Sur le système de recrutements distincts*

La *Commission* fait valoir qu'en principe les recrutements distincts sont contraires au principe d'égalité de traitement tel que défini par la directive. En déterminant d'avance le nombre de postes qui revient aux candidats de l'un ou l'autre sexe, la réglementation française aurait pour résultat que le sexe du candidat devient un critère pour sa nomination. Par conséquent, les recrutements distincts en fonction du sexe méconnaîtraient par eux-mêmes le principe de non-discrimination et ne pourraient donc être justifiés qu'au cas où l'une des dérogations prévues par la directive s'applique.

Le *gouvernement français* rappelle, tout d'abord, la « règle de l'unicité du concours »: il y a un concours unique avec, en principe, les mêmes épreuves, une même session et un même jury (seulement pour les épreuves physiques, on a fait une exception: ces épreuves peuvent être différentes). Or, la détermination d'avance du pourcentage de postes à attribuer respectivement aux hommes et aux femmes ne constituerait pas nécessairement une limitation à l'égalité des chances.

Par ailleurs, le gouvernement français estime que les recrutements distincts pourraient en tout cas être justifiés sur la base de l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

2. *Les recrutements distincts et l'article 2, paragraphe 2, de la directive*

La *Commission* explique d'abord que l'article 2, paragraphe 2, de la directive, en tant qu'une exception, doit être interprété de manière stricte. Une dérogation au principe de non-discrimination ne serait compatible avec la directive que pour des raisons objectives tenant à la nature même ou aux conditions d'exercice de l'activité professionnelle concernée et faisant apparaître que, compte tenu des tâches concrètes que celle-ci implique, seules des personnes d'un sexe déterminé sont en mesure de l'exercer.

Ensuite, la Commission observe que, même si certains emplois afférents à certains corps peuvent englober l'exercice de tâches pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante, cette circonstance ne suffit pas pour justifier les conditions de recrutement discriminatoires à ces corps, envisagés dans leur ensemble et abstraction faite de la nature et des conditions d'exercice des tâches concrètes confiées aux lauréats. Or, la Commission estime qu'un tel système excéderait, en raison de sa généralité, les termes de l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

Le *gouvernement français* fait valoir que le système de recrutements distincts est inspiré par l'organisation spécifique de la fonction publique française: un fonctionnaire est nommé dans un grade plutôt que dans un emploi particulier. Un fonctionnaire d'un certain grade devrait occuper des emplois qui recouvrent souvent des activités professionnelles très différentes. En outre, le statut général de la fonction publique dispose qu'« aucune distinction n'est faite entre les hommes et les femmes ». Une fois nommé, le fonctionnaire ne peut plus faire l'objet d'une mesure fondée sur son sexe; pour cette raison, il ne serait pas possible de prendre en considération les tâches concrètes accomplies par le fonctionnaire, et non son appartenance à un corps déterminé.

Le gouvernement français ajoute que, si le recrutement distinct était opéré au niveau des emplois et non au niveau de l'accès au corps, son effet serait identique. Le pourcentage de postes réservés aux hommes et aux femmes dans les recrutements distincts serait dicté par les besoins du service, et donc par la spécificité des emplois à pourvoir.

Enfin, le gouvernement français soutient que le système de recrutements distincts constitue une démarche progressive en matière de l'égalité de traitement, dans la mesure où il permet l'accès des femmes aux corps autrefois réservés aux seuls hommes.

3. *Sur les recrutements distincts par corps de fonctionnaires*

a) *Les professeurs et professeurs adjoints d'éducation physique et sportive*

La *Commission* estime qu'un professeur d'éducation physique et sportive devrait savoir adapter la difficulté des exercices et le niveau moyen des performances à accomplir aux possibilités physiques des élèves, selon leur âge ou, respectivement, leur sexe. S'il est vrai que la morphologie et les performances physiques des garçons et des filles sont différentes, ce fait ne justifierait pas les recrutements distincts. En outre, les emplois d'enseignants d'éducation physique et sportive n'auraient pas été mentionnés dans la liste des emplois du secteur privé pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante.

Le *gouvernement français* se borne à observer que les corps de professeurs et de professeurs adjoints d'éducation physique et sportive seront retirés de la liste litigieuse dans quelques mois.

b) *Personnel de direction et personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire*

Il résulte du dossier que les *deux parties* estiment que les recrutements distincts pour ces deux corps ne sauraient être justifiés sur la base de l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

Le *gouvernement français* annonce que ces deux corps seront supprimés de la liste en cause.

c) *Les corps de la police nationale*

Le *gouvernement français* fait valoir qu'une proportion excessive de femmes dans ces corps, qui sont des corps actifs de la police nationale, porterait gravement atteinte à la crédibilité de ces corps et aurait pour conséquence de modifier sensiblement les conditions d'exercice des tâches de police. Les missions souvent très dangereuses confiées au personnel de police supposeraient que les agents soient à tout moment en mesure de dissuader les fauteurs de troubles et de recourir à la force physique. Dans le cadre du maintien de l'ordre, les incidents auxquels il faut faire face seraient très souvent imprévisibles et pourraient appeler une action instantanée. Cet impératif ferait obstacle à une large insertion de femmes dans les corps de police chargés des opérations de maintien de l'ordre. Par conséquent, des considérations d'intérêt général relatives à l'organisation de la police nationale et aux conditions du maintien de l'ordre public en France commanderaient le maintien du régime de recrutements distincts.

La *Commission* reconnaît que certaines fonctions policières ne peuvent être exercées indifféremment par des femmes et par des hommes. Toutefois, cette constatation ne saurait justifier un traitement discriminatoire pour l'accès à la police en général. La Commission rappelle que l'article 2, paragraphe 2, de la directive ne permet pas des dérogations basées sur une appréciation globale de l'ensemble des activités d'un corps de police. Dans cette perspective, il y aurait lieu de procéder à un examen spécifique des activités concrètes à exercer.

En ce qui concerne l'aptitude physique indispensable à l'exercice de certaines fonctions de police, la Commission ajoute qu'une telle aptitude ferait partie des exigences auxquelles les candidats doivent répondre pour passer les épreuves. Par ailleurs, elle ne croit pas que le risque de « féminisation excessive » des services de police puisse actuellement correspondre à une réalité prévisible.

d) *Surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt*

La *Commission* fait valoir que les surveillants chefs des maisons d'arrêt n'exercent plus de tâches de surveillance; leurs fonctions seraient de nature administrative, comparables à celles de directeurs. Pour cette raison, la Commission estime que la dérogation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, tout en pouvant justifier des recrutements distincts pour les surveillants proprement dits, ne s'appliquent pas en l'espèce. Par conséquent, la fonction des surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt devrait être accessible indistinctement aux hommes et aux femmes. A l'appui de cette thèse, la Commission se réfère à une consultation relative, entre autres, à l'application du principe de l'égalité entre hommes et femmes en matière d'accès aux emplois de surveillants de prison qui a été établie par M. Schmelck, premier président honoraire de la Cour de cassation (annexe 10 à la requête).

Le *gouvernement français* soutient que les surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt relèvent du corps de personnel de surveillance. Leur fonction représenterait en effet le stade ultime de la carrière de surveillant. Étant donné que la Commission a admis qu'un recrutement séparé est justifié en ce qui concerne le personnel de surveillance, le gouvernement verrait mal comment faire une exception pour les « surveillants chefs ». Le gouvernement français souligne, à cet égard, que ce serait par le jeu d'un avancement, et non d'un recrutement, que se réalise l'accès à l'emploi de chef de maison d'arrêt. L'aptitude à cet emploi elle-même serait appréciée sans la prise en compte du sexe des surveillants.

T. Koopmans
Juge rapporteur