CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL SIR GORDON SLYNN

présentées le 24 mai 1988 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Aux termes de l'article 3 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (JO L 39, p. 40), relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi:

« 1) L'application du principe de l'égalité de traitement 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.

2) A cet effet, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires aux principes de l'égalité de traitement;

b) ...;

c) ... »

L'article 2, paragraphe 2, prévoit à titre de dérogation 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. » Il est prescrit à l'article 9, paragraphe 2, 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. »

En application de l'article 9, paragraphe 1, de la directive, cette dernière aurait dû être mise en œuvre le 12 août 1978 au plus tard en ce qui concerne la République française.

En 1982, un nouvel article 18 bis a été inséré par la loi française n° 82-380, du 7 mai 1982, dans l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires; il permettait d'organiser des recrutements distincts pour certains corps de la fonction publique française, lorsque l'appartenance à un sexe constituait une condition déterminante pour les fonctions en cause. Cette disposition a été reprise à l'article 21 de la loi n° 84-16, du 11 janvier 1984, dans les termes suivants:

« Pour certains corps dont la liste est établie par décret en Conseil d'État ... des recrutements distincts pour les hommes ou pour les

* Traduit de l'anglais.

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. »

La liste des corps pour lesquels des recrutements distincts pouvaient ainsi être organisés a été fixée par le décret n° 82-886, du 15 octobre 1982, et maintenue en vigueur par le décret n° 84-957, du 25 octobre 1984. La liste est composée comme suit: commissaires de police, commandants et officiers de paix, inspecteurs, enquêteurs et 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, agents de constatation et préposés des douanes; instituteurs; professeurs et professeurs adjoints d'éducation physique et sportive.

Les trois catégories des contrôleurs, agents de constatation et préposés des douanes ont été supprimées de la liste par le décret n° 85-841, du 6 août 1985.

Par un recours parvenu à la Cour le 17 décembre 1986, la Commission a conclu 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 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.

Il a été précisé que le recours de la Commission vise tant les dispositions légales permettant les recrutements distincts que la pratique de ces recrutements.

La Commission admet que la directive permet des recrutements distincts en ce qui concerne les attachés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur ainsi que pour le personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, mais elle affirme que le système de recrutements distincts pour les « chefs de maison d'arrêt » responsables de la direction de prisons ainsi que pour d'autres fonctionnaires de la liste n'est pas compatible avec la directive.

Après que le recours fut formé, la République française a adopté le décret n° 87-55, du 2 février 1987, supprimant de la liste la catégorie des instituteurs et la Commission s'est désistée en ce qui concerne les instituteurs.

Après l'audience, par décret n° 88-476, du 29 avril 1988, la République française a retiré de la liste les professeurs et professeurs adjoints d'éducation physique et sportive. La Commission s'est désistée en ce qui concerne ces catégories, mais demande le remboursement de ses dépens sur ce point, ce à quoi elle peut prétendre, à notre avis, conformément à l'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure.

C'est pourquoi le recours ne vise plus à présent que les cinq corps de la police nationale, le personnel de direction, le personnel technique et de formation professionnelle

des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et les chefs de maison d'arrêt.

Le gouvernement français a déclaré à la Cour qu'une procédure est en cours pour retirer de la liste le personnel de direction ainsi que le personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire. En fait, l'incompatibilité avec la directive communautaire est admise pour ces deux catégories de fonctionnaires. Bien que le gouvernement français ait manifesté son intention de satisfaire aux obligations qui lui incombent en ce qui concerne ces catégories, il nous semble que la Commission peut légitimement prétendre à la constatation du manquement de cet État, puisque la législation n'a pas été adoptée jusqu'ici.

Le litige ne porte donc plus que sur les cinq corps de la police nationale et les chefs de maison d'arrêt.

Le recrutement dans les cinq corps de la police nationale n'implique pas l'organisation de concours distincts, avec des examens séparés et des jurys différents. Il n'y a qu'un concours, mais la décision portant organisation de ce dernier fixe dans chaque cas le pourcentage des postes qui seront attribués respectivement aux hommes et aux femmes. L'effet en est qu'une personne appartenant à un sexe et qui a obtenu de bonnes notes dans le cadre d'un concours de recrutement pour l'un de ces corps peut se voir refuser un emploi en faveur d'une personne de l'autre sexe ayant obtenu de moins bonnes notes, si le quota pour le sexe de la première personne est épuisé alors que l'autre quota ne l'est pas. La Commission affirme que, dans le passé la proportion des postes réservés aux femmes lors du recrutement a été de 10 à 30 %.

Personne ne conteste que l'article 3 de la directive s'applique à l'emploi dans la fonction publique (arrêt dans l'affaire 248/83, Commission/Allemagne, Rec. 1985, p. 1459, 1480, attendu 16) et, d'emblée, la fixation de ces quotas est contraire aux termes mêmes de cet article qui excluent toute « discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail ».

La question est donc de savoir si la règle et la pratique adoptées sont couvertes par une dérogation à cette disposition.

La thèse du gouvernement français est que cette affaire relève de l'article 2, paragraphe 2, de la directive (activités professionnelles pour lesquelles le sexe du travailleur constitue une condition déterminante). Il affirme que le maintien de l'ordre public exige une démonstration de la capacité d'utiliser la force à tout moment, ce qui serait entravé par un recrutement féminin à grande échelle. La nécessité de dissuader les fauteurs de troubles potentiels ainsi que les dangers physiques du métier justifient que les femmes ne soient recrutées que dans une proportion limitée.

La Commission rétorque que l'effet dissuasif dépend plus de la force physique que du sexe de la personne concernée.

Il semble clair que l'article 2, paragraphe 2, est d'interprétation stricte (arrêt dans l'affaire 222/84, Johnston/Chief Constable of the RUC, Rec. 1986, p. 1651, attendu 36). A notre avis, pour décider si cette dérogation est applicable, il est nécessaire de prendre en considération les activités spécifiques du travailleur et d'examiner si le sexe de ce dernier constitue une condition déter-

minante pour ces activités, du fait de leur nature ou des conditions de leur exercice.

Les activités des cinq corps de police concernés sont nombreuses et variées. Le gouvernement français admet que bon nombre de ces activités peuvent être exercées indifféremment par l'un ou l'autre sexe. Son argument est toutefois que les fonctionnaires de la police doivent être interchangeables et qu'on peut exiger de chacun d'eux des tâches de police qui impliquent un déploiement de force. Selon lui, ces tâches ne sauraient être exercées par des femmes.

Cet argument présente un certain poids, mais il nous semble qu'il cherche à étendre abusivement la portée de l'article 2, paragraphe 2. Il est tout à fait possible que, pour certaines activités de police (qui exigent l'usage de la force ou la démonstration de la capacité d'utiliser la force), le sexe puisse être un facteur déterminant pas simplement parce que, en moyenne, les hommes sont plus grands et plus forts que les femmes (ce qui pourrait, en soi, ne pas être suffisant), mais parce que les délinquants potentiels considèrent les hommes comme plus prompts à utiliser la force, et peut-être parce que les hommes l'utilisent plus volontiers. Il s'agit toutefois là de questions qu'il ne nous paraît pas nécessaire ou, sur la base des preuves disponibles, pas possible de trancher, surtout si l'on tient compte du rôle joué à présent par les femmes dans les forces armées et les forces de police dans certaines parties du monde. Il peut y avoir une différence entre le fait de traiter avec des foules violentes et des situations où un ou deux individus menacent d'user de violence. En ce qui concerne la première hypothèse, la Commission semble admettre que la dérogation permise par l'article 2, paragraphe 2, s'appliquerait à des corps tels que les compagnies républicaines de sécurité (« CRS ») dont les activités impliquent de manière régulière l'utilisation de la force dans des circonstances pouvant concerner de grands nombres de personnes. En ce qui concerne le deuxième cas, on pourrait faire valoir comme argument que, dans certaines situations que la police doit traiter, la présence de femmes pourrait éviter le recours à la violence.

Même si l'on suppose, toutefois, que, pour traiter avec la violence ou les menaces de violence, le sexe peut être un facteur déterminant, le gouvernement français n'a pas limité la pratique des quotas aux fonctionnaires de la police qui exercent régulièrement ou sont régulièrement susceptibles d'exercer un tel rôle. Il a adopté les quotas pour tous les fonctionnaires des cinq corps de police concernés.

Il nous semble que la violence peut présenter des degrés très divers et il n'a pas été démontré que les femmes sont incapables d'y faire face quel que soit ce degré ni que, même si dans des domaines spécifiques ou à des fins spécifiques il est justifié de n'utiliser que des hommes, l'engagement de femmes sur la base de quotas pour toutes les forces de police était justifié, quelle que soit la nature des activités réellement exercées. Les dispositions françaises fixent à l'avance un quota d'emplois accessibles respectivement aux hommes et aux femmes sans tenir compte du contexte dans lequel l'activité professionnelle est exercée.

L'affaire Johnston était particulière, dans une situation « caractérisée par des attentats fréquents ». Nous n'interprétons pas ce qui est dit en particulier aux attendus 36 à 40 ainsi qu'au point 3 du dispositif de l'arrêt rendu dans cette affaire comme s'appliquant à tous les États membres et à toutes les époques, même si de sérieuses explosions de violence se sont produites de temps en

temps dans bon nombre d'entre eux. Les dispositions litigieuses ici nous semblent disproportionnées (arrêt Johnston, attendu 38).

De même, à notre avis, le danger potentiel encouru par les femmes dans les cas d'explosions de violence ne justifie pas cette approche indifférenciée, quelle que puisse être la situation pour les corps spécifiques ayant à traiter de troubles sérieux et violents au sein de foules ou de groupes. Ces risques ne relèvent pas non plus de l'article 2, paragraphe 3, de la directive qui prévoit une exception pour « les dispositions relatives à la protection de la femme » telles que celles qui concernent la grossesse et la maternité, et qui ne couvre pas les risques et les dangers qui n'affectent pas spécifiquement les femmes en tant que telles.

Le gouvernement français s'est également prévalu de l'article 9, paragraphe 2, de la directive qui fait état de « l'évolution sociale » pour prétendre que son système de recrutement distinct constitue une évolution permettant d'atteindre graduellement une égalité totale entre hommes et femmes en matière de recrutement. A notre avis, cet argument n'est pas convaincant, car l'article 9, paragraphe 2, ne joue qu'après que la dérogation a été admise au titre de l'article 2, paragraphe 2, ce qui en l'espèce n'est pas le cas dans une mesure aussi large que le prétend la France.

Les difficultés pratiques d'application de la directive — qui concerne des activités professionnelles spécifiques — à une fonction publique dans laquelle le recrutement est fait pour un corps, mais non pas pour un emploi spécifique au sein de ce corps, ont également été soulignées. Bien que ces difficultés existent dans le présent système, la Cour a affirmé à maintes reprises qu'« un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires » (par exemple dans l'affaire 42/80, Commission/Italie, Rec. 1980, p. 3635, 3640). Selon nous, c'est au gouvernement français qu'il incombe, en application de l'article 189 du traité CEE, d'adopter les mesures nécessaires pour se conformer à la directive à cet égard et de les mettre en vigueur, même si cela implique de modifier son système de recrutement dans la fonction publique.

Enfin, le gouvernement français a mentionné d'autres difficultés pratiques s'opposant au recrutement de femmes dans les cinq corps de police en cause selon des conditions égales à celles du recrutement des hommes, telles que le fait qu'une proportion assez importante des femmes recrutées ont demandé un travail à temps partiel et celui qu'une fonctionnaire de police enceinte ne peut plus porter un uniforme et doit donc être affectée à un emploi de bureau. Il ne nous semble pas que les demandes de travail à temps partiel de la part de travailleurs d'un sexe ou de l'autre puissent justifier un système de recrutement discriminatoire. C'est aux employeurs qu'il incombe de s'accommoder des grossesses du personnel féminin comme l'une des conséquences de l'égalité de traitement exigée par la directive. Des difficultés de gestion de cette nature ne peuvent, à notre avis, justifier qu'un État membre manque à l'obligation de mettre en œuvre la directive, même en ce qui concerne un service aussi vital que la police.

En conséquence, la Commission peut légitimement prétendre, à notre avis, à la constatation de manquement qu'elle demande en ce qui concerne les cinq corps de police en cause.

Le cas des chefs de maison d'arrêt est différent de celui des cinq corps de police dont nous venons de traiter dans la mesure où ces postes ne sont pas pourvus par des recrutements initiaux dans un corps, mais font partie de la carrière des surveillants de prison et sont pourvus par promotion. Ainsi, l'article 1er du décret n° 77-1540, du 31 décembre 1977, prévoit que le corps du personnel de surveillance des services extérieurs de l'administration pénitentiaire comprend trois grades, le plus élevé étant celui de surveillant chef. Conformément à l'article 15 du décret, les maisons d'arrêt de moins de cent places sont placées sous la direction d'un chef de maison d'arrêt, alors que l'article 17 du décret prévoit que les surveillants chefs ayant atteint l'échelon 3 de leur grade peuvent être nommés à l'emploi de chef de maison d'arrêt s'ils sont inscrits sur une liste d'aptitude établie après avis d'une commission administrative paritaire. Il convient de distinguer le « chef de maison d'arrêt » du « directeur d'établissement pénitentiaire » qui semble avoir des responsabilités plus larges et être recruté de manière différente.

La Commission a admis que le personnel de surveillance (c'est-à-dire les surveillants) en dessous du rang de chef de maison d'arrêt peut être recruté en fonction de son sexe sans qu'il y ait là une infraction à la directive, au motif que, aux fins de l'article 2, paragraphe 2, le sexe constitue une condition déterminante pour l'emploi du personnel des prisons exerçant effectivement des tâches de surveillance. Elle maintient toutefois qu'il n'en va pas de même de la nomination des chefs de maison d'arrêt, car de telles personnes n'exercent pas des fonctions de surveillance, mais des fonctions administratives, et ne portent donc pas d'uniforme.

Si l'on tient compte de la nature des tâches d'un chef de maison d'arrêt et des conditions de leur exercice, il ne nous semble pas que le sexe constitue une condition déterminante.

Le gouvernement français a montré que tant des femmes que des hommes sont nommés à ces postes de chef de maison d'arrêt et la Commission n'a pas mis en cause l'information ainsi donnée. La Commission prétend toutefois que le fait de nommer un chef de maison d'arrêt parmi le personnel recruté dès l'origine séparément en fonction du sexe constitue en soi une discrimination. Nous n'admettons pas cet argument, d'autant plus que la Commission admet que le personnel de surveillance peut être recruté de manière distincte. L'important est de savoir si les nominations aux postes de chef de maison d'arrêt sont faites sur une base discriminatoire ce qui n'est apparemment pas le cas ici. C'est pourquoi, à notre avis, les conditions appliquées en pratique pour la nomination de surveillants chefs comme chefs de maison d'arrêt ne sont pas contraires à l'article 3, paragraphe 1, de la directive.

Toutefois, les dispositions législatives et réglementaires permettant des recrutements distincts pour le poste de chef de maison d'arrêt restent en vigueur dans la mesure où ce poste est compris dans le corps du personnel de surveillance mentionné dans la liste. Même si les postes en question sont pourvus par voie de promotion, cela ne les fait pas en soi échapper au champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive qui mentionne expressément l'accès « à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle ». Dans cette mesure, le gouvernement français a laissé en vigueur des dispositions législatives et réglementaires contraires à la directive et la Commission peut légitimement prétendre à la constatation de manquement qu'elle demande.

En conséquence, c'est à bon droit, à notre avis, que la Commission demande la constatation que la République française a manqué aux obligations qui lui incombe en vertu du traité en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application complète et exacte de la directive 76/207/CEE du Conseil dans le délai prescrit à l'article 9, paragraphe 1, alinéa 1, de cette directive et en maintenant, en particulier, de manière injustifiée, au regard des exigences de la directive, un système de recrutements distincts en fonction du sexe pour les nominations dans les corps de fonctionnaires 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, personnel de direction des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et chefs de maison d'arrêt responsables de la direction de prisons.

A notre avis, la Commission a le droit de se voir rembourser ses dépens puisqu'elle obtient gain de cause pour l'essentiel.