

ATTACHE TERRITORIAL

CONCOURS EXTERNE

SESSION 2011

EPREUVE DE NOTE

SPECIALITE : ADMINISTRATION GENERALE

A LIRE ATTENTIVEMENT AVANT DE TRAITER LE SUJET

- ↳ Vous ne devez faire apparaître aucun signe distinctif dans votre copie, ni votre nom ou un nom fictif, ni signature ou paraphe.
- ↳ Aucune référence (nom de collectivité, nom de personne, ...) autre que celle figurant le cas échéant sur le sujet ou dans le dossier ne doit apparaître dans votre copie.
- ↳ Seul l'usage d'un stylo soit noir soit bleu est autorisé (bille, plume ou feutre). L'utilisation d'une autre couleur, pour écrire ou souligner, sera considérée comme un signe distinctif, de même que l'utilisation d'un surligneur.

Le non-respect des règles ci-dessus peut entraîner l'annulation de la copie par le jury.

Les feuilles de brouillon ne seront en aucun cas prises en compte.

Ce document comprend un sujet de 2 pages et un dossier de 33 pages.

S'il est incomplet, en avertir un surveillant.

SUJET NATIONAL POUR L'ENSEMBLE DES CENTRES DE GESTION ORGANISATEURS

CONCOURS EXTERNE D'ATTACHE TERRITORIAL

SESSION 2011

spécialité ADMINISTRATION GENERALE

EPREUVE D'ADMISSIBILITE

Durée : 4 heures / Coefficient : 4

Rédaction d'une note ayant pour objet de vérifier, pour les candidats ayant choisi la spécialité administration générale, l'aptitude à l'analyse d'un dossier soulevant un problème d'organisation ou de gestion rencontré par une collectivité territoriale.

Sujet :

Attaché territorial, vous êtes en poste à la commune de X., qui compte 106.000 habitants.

Dans le cadre de la réflexion sur les discriminations liées au sexe, le Maire vous demande de rédiger à son attention, à l'aide des seuls éléments du dossier ci-joint, une note sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique territoriale.

SOMMAIRE DU DOSSIER

Dossier de 33 pages

DOCUMENT 1	« L'égalité professionnelle : une ambition collective » <i>La Lettre du cadre territorial n° 409, 15 octobre 2010</i>	2 p.
DOCUMENT 2	Article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires	1 p.
DOCUMENT 3	Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 6 juillet 2000, Katarina Abrahamsson et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist. Affaire C-407/98, Recueil de jurisprudence (extraits)	1 p.
DOCUMENT 4	Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946	1 p.
DOCUMENT 5	Articles 1 ^{er} et 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations	2 p.
DOCUMENT 6	Observatoire de l'emploi des métiers et des compétences de la fonction publique territoriale <i>Synthèse n° 30, janvier 2010</i>	1 p.
DOCUMENT 7	L'égalité professionnelle Homme-Femme dans la fonction publique <i>Françoise Guégot, Rapport au Président de la République, janvier 2011 (extraits)</i>	4 p.
DOCUMENT 8	« Discrimination dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » <i>Lucie Cluzel-Metayer et Marie Mercat-Bruns, Collection Etudes et recherches, éd. La Documentation française, 2011, p. 53</i>	1 p.
DOCUMENT 9	« Pourquoi les politiques publiques sont-elles si peu suivies d'effets ? », <i>Françoise Milewski, Les discriminations entre les femmes et les hommes, Les Presses de Sciences Po, 2011, pp. 355-356</i>	1 p.
DOCUMENT 10	« Discrimination positive » par Gwénaële Calves, <i>Dictionnaire des Droits de l'Homme, Joël Andriantsimbazovina et al., Presses universitaires de France, 2008, pp. 294-295</i>	2 p.
DOCUMENT 11	« Dossier Emploi public. Vigilance accrue sur les discriminations », <i>La Gazette des communes, 15 mars 2010, pp. 22 et 24-25</i>	3 p.
DOCUMENT 12	« Liberté Inégalité Fraternité – Intégrer l'égalité professionnelle femmes hommes dans la fonction publique territoriale » <i>Evelyne Boscheron, Rapport remis au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, décembre 2005, pp. 28-29</i>	2 p.
DOCUMENT 13	Conseil d'État, 22 juin 2007, n° 288206, M. A. (extraits)	2 p.
DOCUMENT 14	« Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines. Que répondent les collectivités territoriales à la Halde ? » <i>Guide de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité, 2010, pp. 29-32</i>	4 p.
DOCUMENT 15	« La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 » <i>Laurence Péru-Pirotte, Semaine juridique – Social, n° 23, 3 juin 2008, 1314 (extraits)</i>	6 p.

Certains documents peuvent comporter des renvois à des notes ou à des documents volontairement non fournis car non indispensables à la compréhension du sujet.

INTERVIEW

L'égalité professionnelle : une ambition collective

L'accès des femmes aux fonctions de direction supérieure des collectivités avance à pas comptés. Pour Bruno Vincent, leur ascension professionnelle est freinée par des inégalités répétées et cumulatives. L'arrivée aux postes de commande des jeunes administratrices dessine néanmoins un présent en devenir, observe pour sa part Jean-Christophe Baudouin. Et tous deux d'insister : l'égalité ne progressera que si les collectivités en font une ambition collective.

Quel est l'état de la sous-représentation des femmes dans les emplois fonctionnels ?

Au sein des grandes collectivités territoriales, les femmes représentent moins de 8% des directeurs généraux des services et à peine plus de 20% des directeurs généraux adjoints. Or les femmes constituent aujourd'hui presque 30% du vivier des administrateurs territoriaux et ingénieurs en chef. À cette sous-représentation s'ajoute une très forte hétérogénéité entre collectivités : 40% des grandes collectivités étudiées concentrent 78% des femmes DGA et 39% autres n'en ont aucune. Ce sont ces dernières qui peuvent donc faire des progrès rapides.

Selon votre étude, les femmes ne subiraient pas un seul et unique plafond de verre dans leur ascension professionnelle, mais « une pyramide de plafonds de verre ». Expliquez-nous... L'image du « plafond de verre » laisse à penser que les femmes n'en subiraient qu'un seul. Or c'est loin d'être le cas et c'est une des nouveautés de cette étude que de le montrer. La forte sous-représentation des femmes aux postes de direction générale est le produit d'une multiplicité de plafonds de verre, ce que j'appelle une « pyramide ». Chaque plafond se traduit par un écart statistique entre la proportion de femmes à un niveau donné et la même proportion au niveau immédiatement supérieur. Ainsi les femmes représentent la majorité des directeurs, mais seulement 21 % des DGA, à peine plus de 10 % des personnes à la tête de DGA de grande taille et enfin moins de 8 % des DGS de grandes collectivités. C'est donc bien à chaque niveau hiérarchique qu'il faut interroger nos pratiques.



Parmi ces multiples plafonds, il en est un particulièrement épais lié au faible accès des femmes au cadre d'emplois d'administrateur à la promotion interne. Ne faudrait-il pas commencer par là ?

C'est en tout cas un des axes d'action à ne pas négliger. L'accès au cadre d'emplois des administrateurs territoriaux se fait majoritairement à la promotion interne. Or, la sous-représentation des femmes y est notable : elles représentent tout juste le tiers des promus alors que près de six attachés sur dix sont des femmes. Dès lors, les collectivités pourraient, pour mieux piloter leur action en faveur de l'égalité professionnelle, se doter d'indicateurs sur la parité comme, par exemple, la proportion de femmes promues sur les dix dernières années à comparer à la proportion de femmes « promouvables ».

Vous achevez votre étude par une analyse prospective des évolutions possibles dans les années à venir. A-t-on des raisons d'être optimiste ?

Ce qui porte à être optimiste, c'est le constat d'une féminisation progressive des cadres d'emplois A+. Aujourd'hui, 44 % des administrateurs et ingénieurs en chef de moins de 45 ans sont des femmes ; ce n'est le cas que pour 23 % des plus de 45 ans. Cependant, cette féminisation n'enclenchera que des changements mineurs si elle ne s'accompagne pas d'actions volontaristes, non seulement en faveur de la promotion des femmes, mais aussi en direction des hommes pour faire évoluer les représentations et pratiques professionnelles. ■

« L'évolution est en marche »

La hiérarchie se conjugue encore majoritairement au masculin, nous dit l'étude. Qu'en pensez-vous ?

Le constat selon lequel la proportion de femmes s'amenuise à mesure que l'on grimpe dans la hiérarchie est connu. Il n'en est pas moins utile de le rappeler et de l'étayer par des chiffres, ce que fait cette étude. L'AATF pour sa part rendra public à la fin de l'année, un rapport sur l'égalité professionnelle dans les collectivités. Il viendra enrichir la connaissance des enjeux et rendre compte de l'évolution en cours, ce que l'étude ne traduit qu'imparfaitement. Pour l'essentiel en effet, elle s'appuie sur des statistiques de « stock », lesquelles ne rendent pas pleinement compte de l'impact de l'arrivée aux postes d'encadrement supérieur des nouvelles générations d'administratrices. Or, depuis une dizaine d'années, les promotions de l'INET sont peu ou prou composées à parité et on voit aujourd'hui – soit 7 à 8 ans après leur sortie de l'école – des femmes de 30/35 ans accéder aux postes de DGA/DGS de grandes collectivités. L'évolution est en marche.

Une évolution est-elle également perceptible en termes de répartition des rôles professionnels ?

Les représentations traditionnelles associées au genre bougent également. Les jeunes femmes qui arrivent ont un rapport au travail très différent de celui de leurs aînées et elles ne sont pas prêtes à sacrifier leur vie privée au profit de leur vie professionnelle. En termes de secteurs d'intervention également, les cartes sont rebattues. De plus en plus de femmes investissent le domaine technique, et les secteurs fonctionnels (finances, RH...) sont de moins en moins l'apanage d'un genre. Seul le secteur social présente encore un déséquilibre flagrant.

L'étude montre qu'un effort managérial reste à faire concernant la promotion interne des femmes aux postes d'encadrement supérieur. Quel est votre avis ?

La promotion interne est un levier d'action à ne pas négliger. Le concours n'en reste pas moins le meilleur moyen d'intégrer une proportion importante de femmes, sachant que leur progression sera d'autant plus rapide que leur niveau d'entrée sera élevé. Le concours doit donc rester la porte d'entrée principale dans les collectivités et c'est encore le meilleur moyen d'assurer la parité. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer le parcours des promotions paritaires d'administrateurs : en matière de recrutement comme d'évolution, il n'y a pas de différence majeure entre les hommes et les femmes.

En termes d'organisation du travail, comment peut-on avancer ?

L'égalité professionnelle ne progresse dans une collectivité que si elle constitue un enjeu et répond à une ambition collective. 60 % des administrateurs exerçant sur des emplois de direction générale dans de grosses collectivités, ils sont tenus à l'exemplarité de l'organisation du travail qu'ils proposent. Celle-ci doit être adaptée à l'articulation des temps de vie, pour permettre, aux jeunes femmes notamment, de concilier sereinement vie de famille et vie professionnelle. Cette question doit être « contractualisée » au moment du recrutement, de sorte qu'employeur et agent sachent ce qu'ils peuvent attendre et exiger. En faire état en toute clarté, c'est par ailleurs faire front au présumé, conscient ou inconscient, de l'indisponibilité des femmes. En matière de gestion de carrière également, il nous faut gagner en souplesse et en individualisation, pour mieux intégrer des choix de vie privée, comme la maternité, le congé parental... dans le parcours professionnel. ■

Jean-Christophe Baudouin

est DGS de la communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise (Val-d'Oise) et président de l'Association des administrateurs territoriaux de France (AATF).

DOCUMENT N° 2

Article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Article 6 bis

Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe.

Toutefois, des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions.

De même, des distinctions peuvent être faites entre les femmes et les hommes en vue de la désignation, par l'administration, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes consultés sur les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, afin de concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans ces organes.

Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération :

1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés au premier alinéa ;

2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ;

3° Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés.

Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou enjoint de procéder aux agissements définis ci-dessus.

Les dispositions du présent article sont applicables aux agents non titulaires de droit public.

DOCUMENT N° 3

Cour de justice des communautés européennes (CJCE), 6 juillet 2000, Katarina
Abrahamsson et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist. Affaire C-407/98,
Recueil de jurisprudence 2000 p. I-05539 (extraits)

L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207, relative à la mise en oeuvre 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, et l'article 141, paragraphe 4, CE s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle un candidat à un emploi public appartenant au sexe sous-représenté et possédant des qualifications suffisantes pour cet emploi doit être choisi prioritairement à un candidat de sexe opposé qui aurait par ailleurs été désigné, au cas où cette mesure est nécessaire pour qu'un candidat appartenant au sexe sous-représenté soit désigné et que la différence entre les mérites respectifs des candidats n'est pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement.

D'une part, en effet, une telle méthode n'est pas de nature à être légitimée par l'article 2, paragraphe 4, de la directive, dès lors que la sélection d'un candidat, parmi ceux ayant les qualifications suffisantes, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe sous-représenté, et ce même si les mérites du candidat ainsi choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé. D'autre part, même si l'article 141, paragraphe 4, CE autorise les États membres à maintenir ou à adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle, afin d'assurer une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, cette disposition ne permet pas pour autant une méthode de sélection qui s'avère, en toute hypothèse, disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Le fait de restreindre le champ d'application d'une mesure de discrimination positive comme celle en cause n'est, en outre, pas de nature à en modifier son caractère absolu et disproportionné, de sorte que les dispositions précitées s'opposent également à une telle réglementation nationale dans l'hypothèse où elle s'applique uniquement soit aux procédures visant à pourvoir un nombre préalablement limité de postes, soit aux postes créés dans le cadre d'un programme spécifique d'une école supérieure particulière permettant l'application de mesures de discrimination positive.

Par ailleurs, le droit communautaire ne fait aucunement dépendre l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi du niveau des postes à pourvoir. Il s'ensuit que l'appréciation de la conformité des règles nationales instaurant une discrimination positive à l'embauche dans l'enseignement supérieur ne saurait dépendre du niveau du poste à pourvoir.

L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207, relative à la mise en oeuvre 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, ne s'oppose pas à une règle jurisprudentielle nationale, selon laquelle un candidat à un emploi public appartenant au sexe sous-représenté peut se voir accorder la priorité par rapport à un concurrent du sexe opposé, pour autant que les candidats possèdent des mérites équivalents ou sensiblement équivalents, lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

DOCUMENT N° 4

Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

DOCUMENT N° 5
**Articles 1^{er} et 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions
d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les
discriminations**

Article 1

Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.

Article 2

Sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité :

1° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services ;

2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle. Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;

3° Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité.

Ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes pour ces mêmes motifs ;

4° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est interdite en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services.

Ce principe ne fait pas obstacle :

— à ce que soient faites des différences selon le sexe lorsque la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux personnes de sexe masculin ou de sexe féminin est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés ;

— au calcul des primes et à l'attribution des prestations d'assurance dans les conditions prévues par l'article L. 111-7 du code des assurances ;

— à l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe.

DOCUMENT N° 6
Observatoire de l'emploi des métiers et des compétences de la fonction publique territoriale, Synthèse n° 30, janvier 2010

La fonction publique territoriale au féminin (extrait)

59 % des emplois permanents sont occupés par des femmes. Cette large féminisation de l'emploi public territorial est une constante. À titre de comparaison, en 2008, les femmes représentent 52 % de la population française de 15 ans ou plus et 48 % de la population active*.

Cette synthèse présente la distribution des effectifs selon le genre, par statut, filière, catégorie hiérarchique, cadre d'emplois et type d'employeur. Elle résulte de l'exploitation des rapports au comité technique paritaire (CTP) de 2007, comparés à ceux de 2005. (...)

Globalement, en 2007, les taux de féminisation selon les caractéristiques statutaires sont les mêmes qu'en 2005. Les femmes sont majoritairement non titulaires et sont prépondérantes dans les filières sociale, médico-sociale et administrative. Seul le taux de féminisation selon le type d'employeur a évolué, notamment dans les régions où il est passé de 68 % en 2005 à 59 % en 2007 avec les premiers transferts liés à l'acte II de la décentralisation.

*données issues de l'enquête emploi conduite par l'Insee du 1^{er} au 4^e trimestre 2008.

DOCUMENT N° 7

L'égalité professionnelle homme-Femme dans la fonction publique, Françoise Guégot,
Rapport au Président de la République, janvier 2011 (extraits)

Partie IV : 6 propositions en faveur de l'égalité professionnelle hommes-femmes dans la Fonction publique

Obliger les administrations à employer 40% de cadres supérieurs d'un sexe ou de l'autre d'ici 2015

Les plans pluriannuels, à travers lesquels il était demandé aux ministères d'étudier la représentation des femmes dans leurs administrations, ont été mis en place par certains alors que d'autres sont restés en retrait sur ce point. Chaque ministère devait en effet « définir les moyens de mise en œuvre pour atteindre les objectifs chiffrés, notamment en termes de formation et d'organisation du travail » afin d'afficher un taux de féminisation des emplois de direction et de l'encadrement supérieur en adéquation avec le nombre de femmes présentes dans les « viviers ».

Chaque ministère devrait donc avoir l'obligation d'établir ou de renouveler ces plans de recrutement, en se fixant un objectif d'emploi ambitieux. Il semble envisageable que chaque ministère s'engage à employer 40% de cadres supérieurs sur les emplois de direction d'un sexe ou de l'autre d'ici 2015.

Des objectifs annuels devront être établis et communiqués deux fois par an en Conseil des ministres, et les ministres devront rendre compte de leur progression au Président de la République. La transparence nécessaire à l'amélioration de la féminisation de l'encadrement sera ainsi garantie. Il pourrait également être envisagé que le secrétariat général du Gouvernement établisse et publie annuellement un classement des ministères en termes d'emploi de femmes aux emplois d'encadrement supérieur.

Il appartiendra au ministère de la Santé d'atteindre cet objectif pour les emplois de chefs d'établissements et dans les établissements de soins et médico-sociaux. Un classement de ces établissements devra être publié annuellement par le ministère de la Santé.

Il a été envisagé de sanctionner financièrement les ministères ne respectant pas leurs objectifs d'emploi à hauteur, par exemple, du montant annuel de rémunération par emploi non conforme. Cette mesure, au regard du budget de ministères employant des dizaines de milliers d'agents, ne semble cependant pas assez contraignante.

Il serait plus efficace de geler les procédures de nomination dans l'attente, soit d'un minimum de candidatures féminines en proportion des viviers disponibles, soit du respect d'objectifs chiffrés d'évolution. Cette mesure serait par ailleurs plus incitative. Il s'agit d'encourager les directions et services de la Fonction publique de l'Etat et de la Fonction publique hospitalière à mieux prendre en compte les effectifs féminins qui remplissent les conditions pour occuper des emplois de direction, mais qui ne sont pas perçues comme « capables » d'occuper ce type de fonctions, marquées bien souvent par un management masculin. Cela suppose que chaque ministère établisse **un état des lieux du vivier de femmes susceptibles d'occuper ces emplois**, avec un suivi de carrière des agents féminins ou encore une comparaison du déroulement de carrière entre hommes et femmes.

Le secrétariat général du Gouvernement, lorsque ces nominations sont prononcées par le Premier ministre, pourrait se charger d'appliquer ces mesures de gel, qui entreraient en vigueur au début de l'année 2012, suite à la formalisation des plans de recrutement fin 2011.

Afin de tenir compte du principe de libre administration des collectivités territoriales, il devra être demandé aux Préfets de mener un travail de sensibilisation des élus locaux à l'atteinte de ces objectifs, en ce qui concerne leur encadrement supérieur.

Assurer un suivi obligatoire avant et après les interruptions de carrière

Sur l'exemple allemand, des mesures pour faciliter la reprise de l'activité professionnelle après une interruption pour raisons familiales, doivent être prises systématiquement.

Afin d'anticiper et préparer au mieux les retours de congés (de maternité ou de parentalité), la mise en place d'entretiens avec un responsable RH et le responsable hiérarchique est essentielle.

Un premier entretien pourrait être réalisé dans les deux mois précédant le départ. Il permettrait de faire le point sur la situation de l'agent avant son interruption professionnelle. Il permettrait aussi de présenter les services qui sont mis à la disposition des parents par l'administration en matière d'aide à la parentalité.

Un deuxième entretien, en amont de son retour, donnerait à l'agent la possibilité d'un temps d'adaptation pour être informé des changements qui ont eu lieu dans son service. **Il serait l'occasion d'informer l'agent sur les possibilités de bénéficier d'une formation spécifique** afin de ne pas être pénalisé dans son déroulement de carrière, à son retour de congé : le responsable RH et le supérieur hiérarchique pourraient dès lors présenter et proposer ces formations.

Ces deux entretiens de congé maternité ou de congé parental pourraient être institués par décret avant la fin de l'année 2011.

Neutraliser les périodes pour le temps passé en congé parental

A l'heure actuelle, les fonctionnaires en congé parental conservent leurs droits à l'avancement d'échelon, mais ces derniers sont réduits de moitié. **De nombreux agents se retrouvent donc pénalisés dans leur carrière avec l'arrivée d'un enfant.**

Pour que cette période de vie ne soit plus défavorable, il conviendrait que **tout fonctionnaire conserve la totalité de ses droits à l'avancement et que le temps passé en congé parental soit pris en compte comme un service effectif pour l'avancement de grade et la promotion interne.**

L'interruption de carrière d'une majorité de femmes pour être auprès de leur enfant durant les premiers mois de sa vie, est légitime et reconnue par la loi. Cependant, la Fonction publique continue de considérer ce temps spécifique comme une période qui ne fait pas partie intégrante de la vie professionnelle et du déroulement de carrière des femmes et des hommes.

Par ailleurs, il s'agira de permettre que le congé parental puisse être pris en position de détachement. Actuellement, un agent en position de détachement souhaitant bénéficier d'un congé parental doit solliciter sa réintégration dans le corps d'origine avant de se voir octroyer un tel congé. Un tel principe est très défavorable pour un agent ayant construit sa carrière dans le corps d'accueil et qui souhaite continuer son détachement après le congé parental. Il sera donc nécessaire de prévoir d'une part la possibilité pour un agent en détachement de bénéficier d'un tel congé sans mettre fin au détachement et, d'autre part, un droit à la réintégration de plein droit, dans le corps d'accueil de l'agent détaché.

Il s'agit, avec cette mesure, de continuer le travail de suppression des verrous juridiques qui pénalisent encore les femmes au sein de la Fonction publique, et ce d'ici la fin de l'année 2011.

Instaurer des tableaux de bord « suivi de carrière »

Nous avons pu constater au travers d'expériences de certaines entreprises privées que la promotion des femmes se faisait mieux quand un suivi régulier était mis en place au moyen d'indicateurs simples mesurant le type de responsabilités qui leur étaient confiées.

La création de tableaux de bord « suivi de carrière » doit être rendue obligatoire pour tous les agents de catégorie A. Ils permettront de constituer les viviers indispensables pour les emplois de direction. Cet outil aura pour objectif de définir des mesures objectives permettant de valoriser la carrière des femmes sur d'autres critères que ceux de la mobilité ou de la disponibilité par exemple.

Appliquer la règle de 40 % à tous les jurys de recrutement

Il conviendra de mieux sensibiliser les jurys à l'égalité professionnelle et aux discriminations liées au genre. De telles actions sont déjà entreprises, mais il conviendra d'aller plus loin, et ce par exemple en transposant à la Fonction publique territoriale et à la Fonction publique hospitalière, dès la fin du quinquennat, les textes relatifs à la nécessité de féminiser les jurys à hauteur de 30% de leurs membres. Ce chiffre pourrait être porté à 40% d'ici la fin 2013.

Favoriser la conciliation vie privée-vie professionnelle en installant des chartes de « gestion du temps » et en proposant des services pour faciliter la vie quotidienne

Les réunions avant 9h et après 18h sont déjà proscrites dans de nombreux pays européens. Il doit en être de même pour la Fonction publique en France, quel que soit son versant. En effet, l'organisation de réunions durant ces horaires est particulièrement pénalisante pour les femmes, mais également pour les hommes, qui ont un ou plusieurs enfants à charge. Cette mesure peut être intégrée à des « Chartes de gestion du temps ». Il serait également possible de prévoir les plannings à l'avance ou encore aménager les horaires en fonction des contraintes familiales et des transports.

L'objectif des « Chartes de gestion du temps » est de mieux concilier vie privée et vie professionnelle. Déjà adoptées par certaines directions ministérielles, il est indispensable de les généraliser à l'ensemble des administrations, des établissements de soins et médico-sociaux et des collectivités territoriales avant la fin de l'année 2012. Deux années semblent en effet nécessaires afin de réorganiser la gestion du temps de travail dans les services publics.

Le recours au télétravail, de façon occasionnelle ou régulière constitue également une piste à creuser afin de faciliter la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle.

Il serait également indiqué de développer les services existants pour faciliter la vie quotidienne : accueil des enfants dans les crèches et promotion du CESU, offres de transport, etc. On peut citer l'exemple de la « Charte de la Parentalité » réalisée par l'observatoire de la Parentalité qui peut être reprise pour la Fonction Publique.

Enfin, le congé de maternité est, en France, bien plus long que le congé paternité. Il faudrait laisser le choix de prendre une partie de ce congé maternité à la mère ou au père.

DOCUMENT N° 8

Discrimination dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Lucie Cluzel-Metayer et Marie Mercat-Bruns, 2011, p. 53.

Le contrôle du juge administratif sur les discriminations en fonction du sexe

Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « tous les citoyens étant égaux [devant la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Cela n'a pas empêché les femmes d'être longtemps exclues de la fonction publique. C'est le Conseil d'Etat qui, en 1936, reconnaît l'aptitude légale des femmes à y accéder, tout en assortissant le principe d'exceptions de taille⁵⁵. Le statut général des fonctionnaires du 19 octobre 1946 dispose, dans son article 7, qu'aucune distinction ne pouvait être faite entre les hommes et les femmes, sous réserve de dispositions spéciales. Le Conseil d'Etat s'est toujours reconnu le pouvoir d'apprécier la légitimité de ces dérogations. Il a ainsi jugé, par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, que le refus d'affecter une femme à un poste d'inspecteur des PTT était illégal parce que les fonctions en question ne pouvaient « par leur nature ou par leurs conditions d'exercice, être regardées comme excluant normalement la nomination auxdits emplois des agents du sexe féminin »⁵⁶. De même, le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt du 21 avril 1972 *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*⁵⁷ qu'un décret ne pouvait exiger d'une personne de sexe féminin admise à concourir de remplir des conditions de diplômes et de services différentes de celles exigées des hommes pour un même concours de recrutement aux fonctions d'officiers de police adjoints.

L'intérêt général peut cependant couvrir la rupture d'égalité hommes femmes. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu juger en 1982 que le fait de réserver aux hommes des emplois d'instituteurs pouvait être justifié par l'intérêt général, plus précisément « qu'eu égard à la mission ainsi assignée au service public de l'enseignement maternel et élémentaire comme à l'intérêt psychologique et pédagogique que peut présenter pour des enfants de cet âge le contact avec un corps enseignant composé d'hommes et de femmes » le juge a considéré que le gouvernement avait pu légalement estimer qu'en cas de « déséquilibre excessif dans la proportion des instituteurs et des institutrices, la nature de cette fonction d'éducation pouvait, à titre exceptionnel, justifier l'ouverture de concours distincts pour les hommes et pour les femmes »⁵⁸.

De même, les conditions d'exercice des fonctions peuvent permettre une dérogation à l'égalité, en vertu de l'article 6 bis al. 2 de la loi de 1983 qui dispose que « des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ».

55. CE, 3 juillet 1936, *Delle Bobart*, p. 721.

56. CE, 2 mai 1959, *Dame Viauroux*, *AJDA* 1959, p. 309.

57. CE, 21 avril 1972, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*, *RDP* 1973, 232, note Walline.

58. CE, 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail*, n° 14775, 14776, 14805, 14814.

DOCUMENT N° 9

Pourquoi les politiques publiques sont-elles si peu suivies d'effets ? Françoise Milewski, in *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, SciencesPo. Les Presses, 2011, pp. 355-356

— Pourquoi les politiques publiques d'égalité sont-elles si difficiles à mettre en œuvre ?

Le constat de la situation des femmes sur le marché du travail est donc ambivalent. Les évolutions structurelles depuis les années 1990, renforcées par les effets de la crise de la fin des années 2000, ont conduit à des changements importants. On peut, dès lors, s'interroger sur l'efficacité des politiques publiques. Est-ce parce qu'elles sont mal définies ou mal appliquées ou insuffisantes qu'elles sont si peu suivies d'effets ? Plusieurs explications sont possibles pour justifier que les politiques publiques soient si difficiles à mettre en œuvre.

Des explications simples

La première est simple, voire simpliste. Il y a toujours un décalage entre le discours et sa réalisation. Les politiques promettaient mais ne feraient pas. Le combat contre les inégalités entre les hommes et les femmes a son lot de promesses, il est même plutôt bien loti de ce point de vue, car il est politiquement correct de vouloir combattre les inégalités, surtout lorsqu'elles concernent la moitié de l'électorat. Du côté de la réalisation, on est loin de l'ampleur accordée à ce thème dans les intentions. Par exemple, l'existence en pointillé – parfois oui, parfois non – d'un ministère à l'égalité et/ou à la parité témoigne du peu de cas fait à cette question. Cette explication a assurément une part de vérité. Le décalage promesses/réalisations vaut pour tous les domaines de l'action publique, et sûrement davantage pour celui-là. Mais ce constat ne suffit évidemment pas. Il existe des lois, des textes, des corpus juridiques...

La deuxième explication découle de la première : elle consiste à s'interroger sur la réalité d'une volonté de mettre en œuvre les lois et réglementations. Prenons l'exemple de la fonction publique d'État en France. L'État étant à la fois auteur des règles et employeur, rien ne justifie que ces règles ne soient pas ou peu appliquées. Il suffirait d'une volonté politique forte et permanente pour qu'elles le soient effectivement³. En lieu et place, la multiplication de rapports, de diagnostics et d'avis tient lieu d'affichage de la prise en compte du problème, et finit par s'y substituer.

La troisième explication relève de l'inertie des acteurs, en particulier aux niveaux intermédiaires. Même en supposant une impulsion centrale, la résistance des acteurs, consciente ou inconsciente, freine le mouvement. Les stéréotypes ont la vie dure. Le sexisme dans la vie quotidienne des entreprises tend encore à reléguer les femmes dans leurs rôles traditionnels.

L'existence de lois sans sanctions contribue enfin à ralentir l'application des principes d'égalité. On sait le sort des lois sans sanctions en général, et il n'y a aucune raison qu'il en soit autrement pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Par exemple, les débats sur les éventuelles sanctions associées à la loi sur l'égalité salariale de 2006 témoignent des hésitations des décideurs. Or un cadre clair assorti d'une contrainte est le minimum nécessaire pour lever les résistances des niveaux intermédiaires décrits plus hauts (Grésy, 2009).

Jusque là, on voit bien, encore, les voies et les moyens des solutions possibles. En revanche, l'analyse des fondements des inégalités de sexe conduit à s'interroger plus globalement sur la définition des politiques publiques à mettre en œuvre.

DOCUMENT N° 10

Discrimination positive, par Gwénaële Calves, in J. Andriantsimbazoniva, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, pp. 294-295

Le cadre juridique de la discrimination positive

Gwénaële CALVÈS*

« Discrimination positive » in Joël Andriantsimbazoniva, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 294-295 (extrait).

Dans tous les contextes politiques où elle est mise en œuvre, la discrimination positive se heurte à une objection qui oppose recrutement au mérite et recrutement de faveur. Le développement de l'« objection méritocratique » suppose en général la mobilisation de deux figures appelées à se conforter l'une l'autre : la figure de la « victime innocente d'une discrimination à rebours », et la figure de l'incompétent qui, sans la discrimination positive, n'occuperait jamais la place qu'il occupe. Un des objectifs du cadre juridique dans lequel s'inscrit la discrimination positive consiste à parer cette objection.

Ce cadre juridique n'est évidemment pas universel : l'instauration de mesures préférentielles destinées à améliorer la situation des groupes désavantagés est soumise au respect de conditions dont le contenu, la formulation et la sévérité varient d'un pays à l'autre. De telles disparités, au regard des lignes de force qui structurent l'ensemble du droit de la discrimination positive, apparaissent toutefois comme relativement mineures. Entre l'Inde, l'Afrique du Sud, les États-Unis et le Canada – terres d'élection de la discrimination positive dont les systèmes juridiques entretiennent par ailleurs des relations de proche cousinage –, les solutions circulent, s'adaptent et se transforment. Les cours suprêmes de ces pays, appelées à interpréter des textes constitutionnels pourtant très différents, n'hésitent pas à s'inspirer ouvertement les unes des autres. En Europe, la Cour de justice des Communautés européennes puise de manière très sélective dans la « boîte à outils » américaine, mais n'en a pas moins dégagé, à propos de l'égalité entre hommes et femmes, des solutions identiques sur bien des points.

Quatre conditions, différemment hiérarchisées d'un système à l'autre et appliquées avec une rigueur variable, forment la base du régime juridique de la discrimination positive.

Première condition : la préférence ne doit pas être permanente. Elle peut chercher à résorber une « sous-représentation » ou un « déséquilibre racial ou sexuel manifeste », mais jamais à maintenir une répartition préétablie entre membres des différents groupes. Théoriquement (mais ce principe est quasiment impossible à respecter), les objectifs chiffrés que se fixe l'entreprise ou l'institution concernée sont assortis d'un échéancier, et donnent lieu à une évaluation périodique qui tient

* Professeur de droit public à l'université Cergy-Pontoise.

compte des obstacles rencontrés et qui valorise autant l'effort consenti que le résultat effectivement atteint.

Deuxième condition : la préférence ne doit pas être excessive. Appliquant une forme ou une autre de contrôle de proportionnalité, le juge évaluera le caractère excessif de l'atteinte aux droits ou intérêts des individus qui, n'appartenant pas au groupe favorisé par la mesure préférentielle, sont appelés à subir les conséquences de sa mise en œuvre. Certains types de dommages sont universellement jugés excessifs. Il en va ainsi de la perte d'emploi. Le licenciement, parce qu'il « fait supporter à quelques individus la totalité des sacrifices imposés par la recherche de l'égalité raciale » (1), offre l'exemple même du préjudice jugé inacceptable. Les juridictions considèrent également que les membres du groupe « non préféré » ne doivent pas être absolument exclus de la compétition. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi opéré une distinction entre les procédures d'accès à un emploi, dont les hommes ne peuvent jamais être écartés de façon absolue, et l'accès à une formation professionnelle, qui peut, en revanche, être réservé exclusivement aux femmes (2).

Troisième condition : la préférence doit être flexible. Le quota strict est généralement interdit, à l'exception non moins généralement admise du quota de recrutement imposé par un juge aux fins de réorganiser une institution ou une entreprise profondément marquées par des pratiques ségrégatives passées ou présentes. Dans la plupart des autres situations, la préférence accordée doit s'accompagner d'une approche flexible, au cas par cas. Dans le langage de la Cour de justice européenne, on dira que la préférence ne doit être ni inconditionnelle ni automatique, mais assortie d'une « clause d'ouverture » garantissant aux candidats masculins que « leur candidature fait l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin » (3).

Quatrième condition : la préférence ne doit pas être exclusive. L'appartenance au groupe ne peut jamais être l'unique critère d'attribution du bien rare soustrait aux règles « normales » de la compétition. L'enjeu ici est de préserver, autant que faire se peut, le fonctionnement concurrentiel ou méritocratique des différents domaines dans lesquels intervient la discrimination positive. On tentera, à cette fin, de concilier le critère de l'appartenance au groupe et le critère de la compétence ou du mérite.

1 Cour suprême des États-Unis, *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 us 267, 1986.

2 *Badeck*, 28 mars 2000, C-158/97.

3 *Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, 11 nov. 1997, C-409/95.

EMPLOI PUBLIC

Vigilance accrue sur les discriminations

■ **Les défis de la GRH.** Assurer l'égalité femmes-hommes, garantir l'emploi des seniors, recruter les jeunes sans les discriminer, les obligations posées aux ressources humaines sont des défis difficiles à relever, car ils vont à l'encontre de stéréotypes.

■ **Favoriser la parité.** « Toutes choses égales par ailleurs », les femmes, pourtant majoritaires dans la FPT -, 59% des effectifs - accèdent moins que les hommes aux postes à responsabilités. Un « plafond de verre » les empêche d'accéder aux postes les plus élevés. Si leur nombre a progressé parmi les directeurs généraux, plus que parmi leurs adjoints DGA, cela s'explique par la transformation du cadre d'emplois des secrétaires de mairie, fonctions majoritairement occupées par des femmes dans les petites collectivités. Dans les plus grandes, il y a encore du travail à faire sur les représentations et... la répartition des tâches... En outre, la précarité touche plus souvent les femmes, d'après l'enquête « La territoriale au féminin », publiée début mars par le CNFPT : elles représentent 68% des non-titulaires. Pour faire évoluer ces chiffres, des observatoires se créent, afin de prendre des mesures correctives. Mais les initiatives veillant à la promotion des femmes, à compétences égales, sont encore trop rares.

■ **Valoriser l'expérience des seniors.** Se séparer ou mettre de côté des cadres qui atteignent la cinquantaine pour en recruter de plus jeunes peut être

tentant, pour réduire la masse salariale ou revivifier une équipe. Comme le constate le syndicat national des directeurs généraux (SNDGCT), l'expérience et la mémoire sont perçues comme des menaces. Certains élus recherchent des dirigeants moins ancrés, plus malléables. Le dynamisme d'un parcours et la mobilité qui s'y rattache, qualités aujourd'hui recherchées chez les dirigeants, valorisent le carriérisme au détriment de continuité au service d'un territoire. Plus souvent observée, elle aussi, l'usure professionnelle rend plus vulnérable. Or, « l'emploi des seniors, c'est l'enjeu de demain », affirment des DRH soucieux de former les plus âgés, à tous niveaux de la hiérarchie, pour prévenir les accidents de carrière, permettre à chacun de rebondir. Là aussi, une révolution culturelle reste à mener...

■ **Assurer la relève dans l'égalité.** Avec un tiers d'agents à la retraite dans les cinq ans, les collectivités ont l'opportunité de revoir leur GRH et de promouvoir la diversité. Elles peuvent favoriser l'égalité des chances en variant les recrutements. Cela suppose d'informer sur les métiers territoriaux, les publics en difficulté avec l'emploi, les jeunes chômeurs des quartiers sensibles. Les aider à préparer un concours permet de lever blocages et autocensures tout en valorisant les compétences. Encore faut-il sensibiliser les recruteurs et objectiver leurs procédures. La Halde propose un cadre de référence. L'égalité des chances est à ce prix !

Garantir l'égalité femmes-hommes à tous les niveaux de la hiérarchie

Les dernières statistiques publiées par le CNFPT le prouvent : alors que les femmes représentent 59% des effectifs de la FPT, les inégalités persistent à différents niveaux.

Il y a encore du travail ! Bien que le statut des fonctionnaires garantisse, depuis 2001, qu'aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe, les inégalités femmes-hommes persistent dans les collectivités locales. « La territoriale au féminin », synthèse rendue publique le 2 mars par l'Observatoire des métiers et des compétences du CNFPT en atteste. Ainsi, en 2007, le taux de féminisation dans la FPT s'élevait à 59% chez les agents titulaires, mais à 68% chez les non-titulaires.

Certes, il y a eu au cours des dernières années une progression du taux de féminisation des emplois des catégories A et B. En 2007, il atteignait pour chacune d'entre elles, respectivement 56,1% et 64,3%. La part des femmes dans les cadres d'emploi conditionnant l'accès

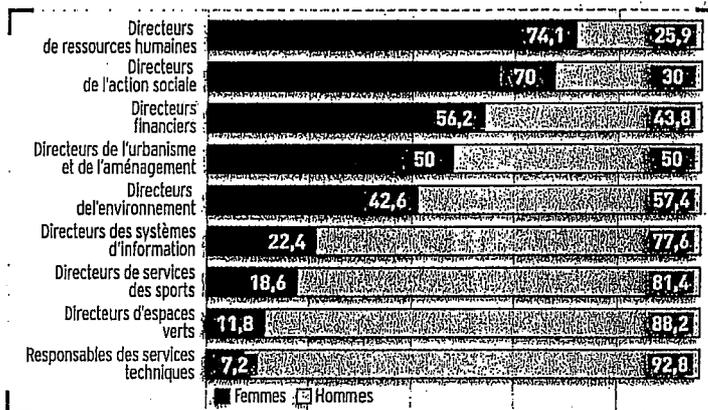
au sommet de la hiérarchie est en augmentation. Pourtant, elles restent peu présentes sur les métiers de direction. Il suffit de regarder les organigrammes pour le constater. Les femmes, au 31 décembre 2006, représentaient seulement 41,6% des directeurs généraux et 35,3% des DGA (*).

Combattre les idées reçues. « La difficulté provient de ce qu'il faut agir sur des facteurs sociaux et culturels, sur l'environnement des agents pour casser "les plafonds de verre" et les quotas invisibles », constate Evelynne Boscheron (*lire son témoignage p. 25*), secrétaire fédérale de la fédération CGT des services publics et auteur d'un rapport sur « Les inégalités hommes-femmes dans la FPT ». Et Valérie David, DGA à la ville de Rennes de témoigner :

Une charte pour la mixité et la parité

Au ministère des Affaires étrangères et européennes, les femmes représentent 47% des agents, mais 29% des catégories A ; 41% des B et 68% des C. Une charte de l'égalité, associant syndicats et associations, dont la Halde, a été signée début 2009. Elle vise une représentation équilibrée au sein des grades et corps, la mixité à chaque strate de l'encadrement supérieur et la parité dans les instances de recrutement et de promotion. Pour la renforcer, le MAEE s'est engagé à expliciter les critères de nomination et de promotion, à communiquer, à former les gestionnaires de ressources humaines, l'encadrement et tous les agents à la prévention des discriminations liées au sexe. Il augmente les effectifs d'agents remplaçant ceux qui partent en congés maternité. Des horaires variables et des horaires de fermeture, une crèche, du télétravail, de nouvelles méthodes de travail, des formations à la gestion d'équipes se mettent en place pour rendre compatible cadre de travail et vie familiale.

Les femmes dans les fonctions de direction de la FPT (en %)



« Plusieurs stéréotypes empêchent encore les femmes d'accéder à des postes à responsabilités, soupire-t-elle. D'abord un homme, c'est plus "sérieux", plus "fiable". Ensuite, si la femme s'occupe des enfants et de la maison, ce qui est le plus souvent le cas, elle est moins disponible. »

Afin de casser ces clichés, le conseil général du Val-de-Marne a lancé, en 2008, une campagne de communication interne, qui implique le personnel départemental. L'une des affiches diffusées met en scène Annie Clua, responsable du réseau ouest à la direction de l'environnement et de l'assainissement, en train de descendre dans une bouche d'égout. Pour pointer les éventuelles ruptures d'égalité, les collectivités doivent d'abord établir un diagnostic. « Le suivi et l'analyse des promotions sont de bons préalables pour repérer les dysfonctionnements pouvant résulter de discriminations directes ou systémiques, et identifier les obstacles de fait qu'il conviendrait de prévenir et corriger, expose Marie-Odile Urvoy, chargée de mission à la direction de la promotion de l'égalité à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde). Le conseil gé-

ral du Finistère a ainsi mis en place un observatoire de l'égalité femme-homme dont l'objectif est de suivre régulièrement quatorze indicateurs : du taux de féminisation des postes d'encadrement à la comparaison des salaires bruts. « Cet outil est essentiel pour rester vigilant et évaluer l'efficacité des mesures correctives prises », remarque Gwenola Martin, DGA, chargée des ressources. La ville de Rennes, première collectivité à avoir décroché le label Afnor « Egalité professionnelle », effectue systématiquement un point sur la parité dans son bilan social.

Chance réduite. Toutefois, rares sont les collectivités qui organisent un tel suivi. Une étude rendue publique par la Halde, en novembre 2009, montre que seules 27% affirment veiller à ce que le pourcentage de femmes promues reflète le nombre de celles promouvables, à compétences égales. « Nombre d'entre elles précisent que les promotions se fondent sur les seules compétences, la manière de servir, les expériences ou potentiels d'évolution, sans tenir compte du sexe de l'agent concerné, poursuit Marie-Odile Urvoy. Elles ne tiennent pas

Il faut repérer les dysfonctionnements pouvant résulter de discriminations directes ou systémiques.

Marie-Odile Urvoy, chargée de mission à la direction de la promotion de l'égalité à la Halde

« Certaines règles peuvent avoir un effet discriminant pour les femmes »

« Certes, le statut a un effet protecteur sur l'égalité. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer les différences de salaires entre les hommes et les femmes dans le secteur privé et le secteur public. D'ailleurs, pour la majorité des collectivités, du fait du statut, l'égalité est un fait acquis. Sauf que certaines règles peuvent avoir un effet discriminant pour les femmes. Premier exemple : dans la filière administrative, il n'existe pas, en catégorie C, l'équivalent du grade d'agent de maîtrise qu'on trouve dans la filière technique. Les salaires des personnels de catégorie C de la filière administrative, qui sont majoritairement des femmes, sont beaucoup plus vite plafonnés que ceux de leurs homologues de la filière technique qui sont essentiellement des hommes. C'est une discrimination importante et incompréhensible. Sans compter que le régime indemnitaire est bien plus favorable dans la filière

technique. Un autre exemple : du fait de la clause de nationalité, les personnes d'origine étrangère extérieures à la communauté européenne ne peuvent pas passer le concours. Or de nombreuses femmes qui travaillent dans les cantines, notamment, sont dans cette situation. Elles ne peuvent pas être titularisées et n'ont donc pas accès au déroulement de carrière ou à la formation. D'autres critères apparemment neutres et objectifs peuvent générer des discriminations. Par exemple, la règle qui diminue ou supprime une indemnité de technicité lorsque l'absence ou le congé sont supérieurs à quinze jours peut être considérée comme une discrimination à l'égard des femmes qui vont s'occuper de leurs enfants malades. Ces discriminations se glissent un peu partout, car le statut ne tient pas compte de la situation propre des femmes et de leurs contraintes de vie. »

compte toutefois des fréquentes discriminations systématiques qui réduisent les chances des femmes de progresser dans leur carrière. Pour corriger ces inégalités, il n'est pas question de réserver les promotions aux femmes ni même d'instaurer

un quota de genre. Le droit communautaire de la non-discrimination ne permet pas d'exclure les candidatures de l'un ou l'autre sexe. Il s'agit d'abord de veiller à ce que les candidates compétentes ne soient pas défavorisées par rapport à leurs

collègues masculins de niveau équivalent. »

En 2004, le conseil général du Val-de-Marne a réalisé un état des lieux de la féminisation de son personnel. « Nous avons constaté que les femmes représentaient 80 % des

agents, mais qu'elles étaient essentiellement présentes sur des postes en catégorie C, commente Françoise Daphnis, responsable de l'observatoire de l'égalité. Elles n'occupaient que 32 % des postes de direction. »

Plan d'action. A partir de ce constat, le département a mis en place un plan d'action, notamment pour favoriser la représentation équilibrée des sexes à tous les niveaux d'encadrement. « La collectivité a d'abord féminisé les emplois de direction, notamment par la promotion interne, ajoute Françoise Daphnis. Aujourd'hui, 58 % sont occupés par des femmes. C'est le cas de quatre postes de DGA sur six. Maintenant, nous allons travailler à tous les niveaux de la hiérarchie. Chaque direction va élaborer son propre diagnostic. Celles du bâtiment et de l'assainissement ont été les premières à le réaliser. Féminiser les postes en catégorie B est l'axe de progrès qui en ressort. Afin d'élaborer des pistes d'actions concrètes pour arriver à cet objectif, un groupe de travail commun intégrant les services, la DRH et l'observatoire de l'égalité a été créé. »

Une féminisation des postes d'encadrement de la filière technique a été mise en place par la ville de Rennes. En 2007, la collectivité comptait 28 ingénieures contre 21 sept ans auparavant.

Isabelle Verbaere

(*) Panorama des statistiques sur les métiers territoriaux au 31 décembre 2006, synthèse n°26, novembre 2009, Observatoire du CNFPT.

DOCUMENT N°12

« Liberté Inégalité Fraternité – Intégrer l'égalité professionnelle femmes hommes dans la fonction publique territoriale », Evelyne Boscheron, Rapport remis au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, décembre 2005, pp. 28-29

III : Pour des actions positives en faveur de l'égalité professionnelle femmes hommes

Qui, quand, comment ?

Les objectifs de mixité et d'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes représentent un enjeu stratégique pour le développement des services publics locaux.

Facteur de dynamisme social et de développement, ils garantissent un des aspects de l'égalité d'accès aux emplois publics et permettent d'introduire d'autres façons d'assurer le service public, plus en phase avec notre société.

De plus, face aux perspectives démographiques du marché de l'emploi à partir de 2006, qui va voir baisser de 100 000 personnes par an la population active, l'enjeu du travail féminin va devenir encore plus décisif.

Une démarche volontariste et planifiée d'anticipation doit être mise en œuvre pour intégrer davantage, aussi bien au plan quantitatif que qualitatif, l'apport des femmes dans nos administrations locales.

Cela touche l'orientation des jeunes, l'organisation des concours, l'accès à la formation, les conditions de travail, le déroulement de carrière, la promotion, la rémunération, l'accès aux emplois supérieurs, l'organisation du travail, la lutte contre le harcèlement et pour le respect de la dignité de la personne, le droit à la santé ou les droits à la retraite.

Sans une action constante et déterminée, on constate que les acquis sont facilement réversibles et que l'amélioration même très progressive n'est jamais certaine.

Il importe de mieux connaître les verrous, de fixer des objectifs, de mesurer régulièrement les résultats et d'introduire de nouvelles dispositions, afin de faire partager la culture et la pratique de l'égalité et de promouvoir une logique paritaire dans les administrations publiques locales.

Pour accélérer le processus, la logique de l'égalité femmes hommes doit inspirer des actions positives.

C'est la responsabilité commune des employeurs et des partenaires sociaux, dans le cadre du dialogue social, de sensibiliser les élus locaux, les fonctionnaires territoriaux, le législateur et le gouvernement, afin de

garantir la mixité et l'égalité femmes hommes dans la fonction publique territoriale.

Aujourd'hui la question est d'inciter les exécutifs territoriaux et les cadres dirigeants à développer des stratégies globales de mise en œuvre de la logique d'égalité professionnelle femmes hommes.

La mise en œuvre par les Conférences régionales de l'emploi, prévues par la loi de janvier 2002, de politiques de Gestion Prévisionnelle des Emplois, des Effectifs et des Compétences (GPEEC), ouvre une opportunité pour œuvrer en faveur de l'égalité femmes hommes en se fixant des objectifs chiffrés.

Le calendrier des départs en retraite entre 2005 et 2020 offre des perspectives de changements progressifs et programmables, pour peu que la volonté politique et le dialogue social prévalent.

Le Conseil Supérieur de la FPT, pour sa part, devra veiller au travers des bilans sociaux à la bonne connaissance de la mesure des inégalités, au suivi et à l'évaluation des dispositifs, ainsi qu'à la promotion des bonnes pratiques, afin de passer d'une égalité de principe à une égalité réelle.

Le droit communautaire, contrairement à certaines pratiques françaises, est plus favorable à des actions positives quand il s'agit de corriger des discriminations.

Mais la meilleure des mesures peut avoir des effets contradictoires, ainsi les incitations financières en faveur du 3^{ème} enfant ont pour effet de faire chuter le taux d'emploi des femmes, ou peut être vu comme un «retour à la maison», et l'encouragement du travail à temps partiel ouvre la voie à la précarité et aux discriminations salariales.

DOCUMENT N° 13
Conseil d'État, 22 juin 2007, n° 288206, M. A. (extraits)

Conseil d'État, 22 juin 2007, n° 288206, M. A.

M. A demande au Conseil d'Etat : 1°) d'annuler la délibération du jury proclamant les résultats du concours interne ouvert en 2005 pour le recrutement de maîtres-assistants des écoles d'architecture dans la discipline « Théorie et pratique de la conception architecturale et urbaine », ensemble la décision du 18 octobre 2005 par laquelle le ministre de la culture et de la communication a rejeté son recours gracieux dirigé contre cette délibération ;
2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment le Préambule et l'article 3 ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, modifiée notamment par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 ;

Vu le décret n° 94-262 du 1er avril 1994 modifié ;

Vu le décret n° 2002-766 du 3 mai 2002 ;

Vu l'arrêté du 26 avril 2002 du ministre de la culture et de la communication fixant les règles d'organisation générale, la nature et le déroulement des épreuves ainsi que les règles de composition et de fonctionnement des jurys de concours de recrutement des professeurs et maîtres-assistants des écoles d'architecture ;

Vu l'arrêté du 29 mars 2005 du ministre de la culture et de la communication autorisant, au titre de l'année 2005, l'ouverture de concours pour le recrutement des maîtres-assistants des écoles d'architecture du ministère de la culture et de la communication ;

Vu le code de justice administrative ;

Considérant que M. A demande l'annulation des résultats du concours interne pour le recrutement de maîtres-assistants des écoles d'architecture dans la discipline « Théories et pratique de la conception architecturale et urbaine », ouvert par un arrêté du ministre de la culture en date du 29 mars 2005, dans le cadre duquel il s'était porté candidat sur le poste de l'école d'architecture de Rennes (poste n° 27) et a été déclaré non admissible par le jury ;
Considérant, en premier lieu, qu'en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Tous les citoyens... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents. » ; que si, aux termes des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, dans leur rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », ces dispositions ne s'appliquent qu'à des mandats et des fonctions politiques ; que le principe d'égalité d'accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789 exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe ; qu'il en résulte que les dispositions de l'article 20 bis de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, introduites par l'article 25 de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes selon lesquelles : « Les jurys dont les membres sont désignés par l'administration sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les

hommes. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et, notamment la proportion des membres des jurys appartenant à chacun des sexes », doivent être interprétées comme ne fixant qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, qui ne saurait faire prévaloir, lors de la composition des jurys, la considération du sexe sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que l'article 1er du décret du 3 mai 2002 relatif aux modalités de désignation des membres des jurys de recrutement des fonctionnaires de l'Etat dispose que : « Pour la désignation des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement des fonctionnaires de l'Etat régis par des statuts particuliers pris par décret en Conseil d'Etat (...) l'administration chargée de l'organisation du concours doit respecter une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe justifiant des compétences nécessaires » ; que ce décret se borne à imposer à l'administration de prendre en compte l'objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes énoncé par la loi du 9 mai 2001 ; que ses dispositions n'ont, en revanche, pas pour objet et n'auraient pu légalement avoir pour effet de fixer, pour la composition des jurys, une proportion de personnes de chaque sexe qui s'imposerait à peine d'irrégularité des concours ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'objectif de représentation équilibrée n'ait pas en l'espèce été pris en considération ; que, par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du jury ne peut qu'être écarté ;
(...)

DECIDE :

Article 1er : La requête de M. A est rejetée.

DOCUMENT N° 14

« Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines. Que répondent les collectivités territoriales à la Halde ? », Guide de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, 2010, pp. 29-32.

1.6 - Mobilisation d'actions et/ou de moyens pour garantir l'égalité professionnelle dans le déroulement de carrière.

- La grande majorité des collectivités témoignent de leurs efforts pour adapter leurs locaux, matériels et postes de travail pour qu'ils ne soient pas des obstacles aux recrutements et évolutions professionnelles de tous types de personnels.
- Nombre d'entre elles recherchent aussi activement des solutions pour favoriser une meilleure conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle. Cependant, l'octroi de temps partiels apparaît encore souvent comme la seule offre de souplesse.
- Quant à agir pour l'égalité HF dans les promotions, il apparaît que peu de collectivités savent et font ce qu'il est possible de faire.

1 - 87 % des répondants disent s'assurer que la configuration des locaux n'est pas un vecteur de discrimination dans le recrutement et la mobilité des agents, notamment en raison de leur handicap ou de leur sexe.

Ces adaptations doivent également concerner les matériels et postes de travail.

En effet, si l'on ne peut légalement ²³ refuser de recruter une personne handicapée, la faire évoluer ou la maintenir dans un emploi correspondant à sa qualification sans avoir envisagé au préalable toutes les mesures appropriées pour compenser son handicap, le droit de la non discrimination n'admet pas davantage le refus du recrutement d'une femme (ou d'un homme) au prétexte que les locaux de travail ne présentent pas de vestiaires réservés.

Il apparaît ainsi que la grande majorité des collectivités interrogées s'efforcent au moins de corriger ces obstacles - y compris, semble-t-il, en matière d'accessibilité - :

- par des travaux globaux (certaines ont même prévu des aménagements généraux pour les non-voyants (outil de guidance au C.G. de Meurthe-et-Moselle) ou une salle de réunion pour les sourds et malentendants (C.G. de l'Essonne ) ;

 Le C.R. de Bretagne mène un audit sur l'accessibilité de l'ensemble de ses locaux à tous les handicaps.

- par des adaptations en fonction des besoins émergents (y compris via le recrutement d'auxiliaire de vie ou la formation des agents eux-mêmes).

2 - 58 % des répondants déclarent rechercher des solutions « novatrices » d'organisation du travail (temps et conditions) permettant de concilier vie privée et vie professionnelle.

Nombre de collectivités réfléchissent encore sur ces questions. Il s'agit aussi de concevoir « des mesures familiales pour tous », précise à juste titre une collectivité, des mesures qui bénéficient donc aussi bien aux mères qu'aux pères ou à toute personne soumise à d'importantes contraintes (familiales ou de santé).

Parmi celles qui ont répondu positivement, un certain nombre gèrent ces problèmes au coup par coup ; ou voient la réponse dans un temps partiel seulement accordé.

Alerte : Le temps partiel constitue bien une solution. Mais en l'absence d'autres alternatives, il est souvent sollicité comme une nécessité, coûteuse au demeurant, pour ceux (souvent celles) qui le demandent et non inscrit comme un choix de vie. Au surplus, il peut susciter d'autres formes de discrimination : en effet, les employés à temps partiel pâtissent très fréquemment d'une évaluation ambiguë de leur disponibilité et de leur productivité et cette appréciation a souvent un impact sur leur évolution professionnelle.

²³ Article 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifiée: les employeurs publics doivent prendre « en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs [handicapés] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. »

Aussi, plusieurs collectivités ont-elles assoupli la gestion de ces temps partiels (médiation en cas de difficulté à trouver une organisation convenant aux deux parties, acceptation pour les fonctions d'encadrement, temps partiel annualisé).

Certaines proposent d'autres organisations du travail - dans les limites des exigences du bon fonctionnement des services - : aménagements d'horaires pour les femmes enceintes, binôme sur les postes d'encadrement supérieur (C.G. de Seine-Saint-Denis), télétravail, horaires variables, selon plusieurs cycles possibles (C.A. de Saint-Quentin-en-Yvelines ) , définition d'horaires limites pour la tenue des réunions...

 Le C.R. de Picardie a élaboré une charte managériale qui exige le respect des horaires limites des réunions.

 Le temps de travail au siège du C.R. de Champagne-Ardenne est organisé individuellement avec des plages fixes et des plages variables.

S'y ajoutent dans certains cas des aides financières ou matérielles pour les employés handicapés ou les parents de jeunes enfants (réservation de berceaux dans une crèche interentreprises, ouverture de crèche, prestation d'aide aux frais de garde, distribution de bonification et supplément des CESU pour les femmes suivant une formation (C.R. du Poitou-Charentes) etc.)

3 - Seuls 27 % des répondants affirment veiller à ce que le pourcentage de femmes promues reflète le nombre de femmes promouvables - à compétences égales.

D'autres collectivités sont en phase d'étude ou envisagent a minima de mettre en place des indicateurs de suivi des contingents HF.

Le fait est cependant que cette préconisation déconcerte la plupart des collectivités. « Pas de balance mathématique. Des critères professionnels objectifs. » remarque un conseil général. Nombre d'entre elles précisent ainsi que les promotions se fondent sur les seules compétences, la manière de servir, les expériences ou potentiels d'évolution, sans tenir compte du sexe de l'agent concerné.

Cette objectivité et ce souci d'écarter tous critères normalement prohibés doivent être la règle dans l'absolu.

Ils ne tiennent pas compte toutefois des fréquentes discriminations systémiques qui réduisent les chances des femmes de progresser dans leurs carrières, pour ne pas dire les désavantagent, tout particulièrement dans l'accès aux emplois et grades à responsabilité.

Pour corriger ces inégalités, il n'est pas question de réserver ces promotions aux femmes, ni même d'instaurer un quota de femmes. Le droit communautaire de la non discrimination ne permet pas d'exclure les candidatures de l'un ou l'autre sexe, ni même d'en écarter qui seraient de mérites supérieurs, au prétexte de rattraper la sous-représentation des premières.

Il s'agit déjà de veiller à ce que les candidates compétentes ne soient pas défavorisées par rapport à leurs collègues masculins de niveau équivalent ²⁴.

²⁴ La réciproque peut être nécessaire dans certains métiers.

Pour ce faire, le suivi et l'analyse genrée des promotions (comme le font certaines collectivités) sont de bons préalables pour repérer les dysfonctionnements pouvant résulter de discriminations directes ou systémiques - et identifier les obstacles de fait qu'il conviendrait de prévenir et corriger.

Il est par ailleurs admis que des *priorités* puissent être consciemment accordées aux candidates à *compétences ou mérites équivalents* pour s'assurer que la proportion de leurs promotions reflète leur proportion initiale dans le vivier de même niveau.

Un traitement préférentiel, mais toujours à compétences équivalentes, peut être également toléré face au constat, clair et concret, d'une situation fortement déséquilibrée en défaveur des femmes dans la catégorie à laquelle elles prétendent.

Il ne saurait toutefois être systématique, ni a fortiori viser à redresser ce retard en l'absence d'une loi qui l'autoriserait ²⁵ (dans certaines conditions).

En tout état de cause, le sexe ne peut être qu'un élément complémentaire du choix, intervenant au terme du processus de sélection, et non un critère pour définir le profil le plus adapté.

²⁵ Comme la réforme constitutionnelle du 21 juillet 2008 en a ouvert la possibilité (« *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes (...) aux responsabilités professionnelles et sociales.* » article 1er modifié).

DOCUMENT N° 15

« La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », par Laurence Péru-Pirotte, Semaine juridique social n° 23, 3 juin 2008, 1314 (extraits)

1. - La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ^{Note 1} portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations réalise un complément de transposition de trois directives ^{Note 2} après que la Commission européenne ait fait pression ^{Note 3}, et une transposition de deux autres pour respecter les délais ^{Note 4}.

La Commission reprochait en substance à la France d'avoir restreint la transposition de la directive n° 2000/43/CE au seul domaine de l'emploi, de ne pas avoir repris le concept européen de discrimination et de ne pas avoir prévu de protection pour les individus victimes de mesures de rétorsion pour chaque forme de discrimination. Il était encore demandé de transposer complètement la règle de preuve. Enfin, la Commission considérait que les conditions dans lesquelles les différences de traitement sont rendues possibles, par dérogation à l'interdiction des discriminations, ne sont pas assez strictes ^{Note 5}.

Quant aux directives de 2004 et de 2006, elles refondent et complètent les règles de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe. La première concerne les biens et services. La seconde a pour champ d'application ^{Note 6} « l'emploi et le travail », déclinés comme « l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et la formation professionnelle », les « conditions de travail, y compris les rémunérations », « les régimes professionnels de sécurité sociale ».

De fait, le champ d'application de la loi, longue de dix articles, dépasse largement le travail et l'emploi, auxquels la présente étude se limitera. Elle contient une définition large de la discrimination qui reprend quasi littéralement celle des directives. Elle organise une meilleure protection des victimes par des dispositions portant sur la preuve et la protection des témoins et des personnes ayant relaté les faits de discrimination. Elle étend les domaines dans lesquels la discrimination peut être poursuivie et, corrélativement, le nombre des motifs légitimes qui l'effacent. Ce faisant, et bien que le terrain du travail et de l'emploi soit déjà le mieux couvert par le dispositif anti-discriminatoire français, elle y apporte sans aucun doute des améliorations (2) tout en générant aussi des frustrations, spécialement en ce qui concerne la notion même de discrimination (1).

1. Les frustrations

2. - La lecture de la loi nouvelle suscite des frustrations parce qu'elle manque d'ambition (A) et parce que la transposition du concept européen de discrimination pose un certain nombre de difficultés (B).

A. - Une réforme *a minima*

3. - La première frustration réside dans la frilosité avec laquelle le législateur a engagé la réforme. Loin de se saisir par exemple du prétexte ou de l'occasion de l'année de l'égalité des chances pour opérer une refonte d'un dispositif complexe (constitué d'une succession de lois dont certaines seulement ont été codifiées, et dont les champs d'application ne correspondent pas exactement tout en se recoupant), il s'est agi avant tout de faire bonne figure face à nos partenaires européens d'une part en ayant transposé le maximum de directives - pas seulement celles qui concernent les discriminations - avant de prendre la présidence de l'Union au début de l'été, et d'autre part d'éviter une condamnation par la CJCE pendant le temps de cette présidence. La loi est donc pragmatique, le Gouvernement le reconnaît lui-même ^{Note 7}.

Le plus grand regret réside dans la volonté affichée de ne pas toucher au droit pénal, parce qu'il est hors du champ des directives. Pourtant la loi opère dans son article 7 une modification de l'article 225-3 de ce code, et rien n'empêchait d'établir au moins des dispositions de coordination, en matière de harcèlement par exemple, car si le droit pénal est hors du champ des directives, c'est bien que les États sont libres d'y opérer toute réforme qui leur convient. Une application récente tient en l'attribution à la HALDE du pouvoir de réaliser des transactions pénales et d'agir par la voie de la citation directe ^{Note 8}.

Le manque d'ambition de la loi est donc un premier sujet de frustration ; la façon dont elle réalise la transposition du concept de discrimination en est un autre.

B. - Le concept de discrimination

4. - Jusqu'à présent, le droit français se contentait d'une seule définition légale de la discrimination; dans l'article 225-1 du Code pénal, et de nombreuses définitions doctrinales^{Note 9} qui faisaient référence en premier lieu à la discrimination directe, caractérisée par l'identification d'une victime. Au contraire, depuis 2000, le droit européen s'est doté de ce que les directives elles-mêmes appellent un concept de discrimination composé de quatre notions : les discriminations *stricto sensu*, directes et indirectes, le harcèlement et l'injonction à la discrimination.

La loi du 16 novembre 2001 avait modifié le Code du travail en insérant dans l'article L. 122-45 de l'ancien Code du travail (devenu C. trav., art. L. 1132-1) la référence aux discriminations directes et indirectes, mais sans les définir. Le harcèlement moral avait aussi été interdit par cette loi et le harcèlement sexuel l'était déjà depuis une loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 ; il avait été remanié par la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Dans le Code du travail, les harcèlements figurent dans un autre titre qui leur est consacré^{Note 10}, et l'assimilation du harcèlement sexuel et du harcèlement moral aux discriminations est limitée à l'adoption d'un régime juridique identique, notamment en matière de preuve et de sanction, dans les articles L. 122-46 et L. 122-49 de l'ancien Code du travail (devenus C. trav., art. L. 1153-1 à 4 et L. 1152-1 à 3) . Dans le Code pénal aussi les infractions de harcèlement sont détachées des discriminations ; les sanctions pénales encourues sont d'ailleurs trois fois moins importantes^{Note 11}.

5. - La loi nouvelle adopte le concept européen de la discrimination, sous les pressions de la Commission. Elle définit dans son article 1er :

- la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, pour l'un des motifs mentionnés à l'article 2, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » ;
- la discrimination indirecte comme « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des critères mentionnés à l'article 2, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

Les définitions des directives de 2000 sont recopiées presque mot à mot.

Les parlementaires se sont livrés à un intéressant exercice de conjugaison. Les députés approuvaient l'adoption littérale du texte européen par le projet de loi, c'est-à-dire l'emploi du conditionnel permettant de qualifier la discrimination directe au cas où une personne est traitée d'une manière moins favorable qu'une autre « ne le serait » dans une situation comparable. Ils redoutaient une condamnation par la CJCE dans le cas contraire et reconnaissaient que cette comparaison avec une situation hypothétique est parfois bien utile, notamment lorsqu'il s'agit d'établir une discrimination affectant la carrière d'un salarié. Les sénateurs y voyaient au contraire la porte ouverte à des abus consistant à qualifier des discriminations à partir de suppositions. Aussi préconisaient-ils seulement l'emploi du présent « ne l'est » et du passé composé « ne l'a été ».

La Commission mixte paritaire a réussi à mettre tout le monde d'accord en adoptant le futur antérieur « ne l'aura été ». En effet, la Commission européenne, dans sa mise en demeure du 21 mars 2007, « exige le recours à une méthode comparative en rappelant que la "directive énonce clairement que la discrimination directe peut intervenir dans le passé, le présent ou le futur mais sans évoquer le conditionnel" »^{Note 12}, et « l'usage du futur antérieur (...) permet, même si les termes n'en sont pas très élégants, de sauver les apparences au regard des impératifs de respect de la lettre communautaire »^{Note 13}.

6. - Les parlementaires s'étaient également opposés sur l'admission, finalement retenue, d'une discrimination indirecte caractérisée par une mesure susceptible d'entraîner une inégalité de traitement. Les sénateurs avaient modifié le projet initial en supprimant l'idée de susceptibilité, qui leur paraissait « autoriser des procès d'intention »^{Note 14}. La commission mixte paritaire est revenue à la rédaction initiale malgré l'avis défavorable de la rapporteure à l'Assemblée Nationale, Isabelle Vasseur, qui avait fait valoir notamment que les termes **susceptibles d'entraîner** « indiquent bien que c'est la disposition, la pratique ou le critère apparemment neutre qui, par sa nature, est discriminatoire. Les termes « entraînant un désavantage » signifient que c'est l'impact de la disposition, du critère ou de la pratique apparemment neutre, son effet sur un groupe de personnes, qui constitue une discrimination ». Elle en concluait que la définition retenue par le Sénat aurait conduit le juge à faire une comparaison « terme à terme qui sera donc, dans une large mesure, quantitative »^{Note 15}. Or, selon Mme Vasseur, cette approche convient à certaines discriminations, par exemple celles qui sont fondées sur le sexe, mais pas à toutes. Un autre parlementaire avait fait remarquer que la jurisprudence française reconnaît la notion de perte de chances et que l'équité doit l'emporter sur le pur droit^{Note 16}.

Les débats montrent bien que la notion de discrimination indirecte pose des difficultés parce qu'elle permet de condamner pour discrimination une entreprise pour avoir mis en place une règle de gestion des ressources humaines, qui relève de son pouvoir de direction, sans qu'une victime ait besoin d'être identifiée.

Ce n'est pourtant pas cette partie du concept de discrimination qui génère le plus de frustration, ni celle qui permet d'assimiler à la discrimination l'**injonction de pratiquer une discrimination**. C'est un progrès du point de vue de l'effectivité de la lutte contre les discriminations parce qu'actuellement seul le Code pénal connaît l'infraction de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale^{Note 17}. Toutefois, pour rendre ce progrès effectif, il faudrait assortir ce texte de sanctions adaptées et compléter le texte pénal^{Note 18}.

7. - L'adoption du concept européen de discrimination paraît surtout problématique en ce qui concerne les **harcèlements**. Premier objet de frustration : la définition adoptée n'entraîne pas l'abrogation des définitions existantes dans les Codes pénal et du travail, au motif que les dispositions pénales sont hors du champ des directives et que les harcèlements du Code du travail étant pénalement sanctionnés, il n'était pas possible d'y toucher. En conséquence, coexistent dans notre droit, aujourd'hui, trois définitions du harcèlement moral et du harcèlement sexuel, avec deux régimes juridiques distincts : celui des discriminations pour les définitions de la loi nouvelle et du Code du travail, celui du Code pénal pour les infractions de harcèlement. Deuxième objet de frustration : le contenu même des définitions. Celle du harcèlement sexuel qui figure à l'article L. 1153-2 (Ancien C. trav., art. L. 122-46) reste indépendante du droit communautaire parce qu'elle ne fait aucune référence à un quelconque critère de différenciation interdit et parce qu'elle est aussi un peu moins précise^{Note 19}. Le harcèlement a donc un champ d'application plus large en droit français. Au contraire, le harcèlement moral tel qu'interdit par les articles L. 1152-1 et L. 1152-2 du Code du travail (Ancien C. trav., art. L. 122-49)^{Note 20}, issu de la même loi de 2002, rend nécessaire la caractérisation d'une répétition des agissements prohibés, ce que n'exige pas le droit communautaire. De même, le Code pénal limite le harcèlement moral au domaine de l'emploi.

Cette fois la Commission n'exigeait pas de transcription littérale mais elle considérait que le droit français ne permettait pas d'appréhender de manière satisfaisante la notion de harcèlement, notamment parce que la définition était trop centrée sur les relations de travail^{Note 21}. Les deux assemblées ont repris presque mot à mot la rédaction du projet initial en interdisant « *tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Certes, le champ d'application du texte permet une répression du harcèlement moral qui s'exercerait hors du domaine de l'emploi, et précisément dans les autres domaines couverts par la loi : la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services et la fourniture de services^{Note 22}. Certes, le harcèlement pourra être caractérisé dès le premier agissement. Mais ces points positifs sont ternis par la nécessaire référence à un critère de différenciation interdit et, pire, interdit par cette loi, pour pouvoir s'en prévaloir.

En définitive, la loi, au lieu d'améliorer le dispositif, crée un véritable casse-tête pour les victimes et leurs avocats, et une inégalité de traitement entre les cas de harcèlement par l'adoption de sanctions différentes selon le texte invoqué et le critère de différenciation utilisé. Le Gouvernement promet que les désordres seront limités dans le cas du harcèlement sexuel car il a mis en place un groupe de travail sur les violences faites aux femmes chargé d'étudier ces questions et de faire des propositions^{Note 23}. Espérons que ce groupe se soucie également des hommes, victimes eux aussi de harcèlement, et qu'il étende sa réflexion au harcèlement moral, le harceleur sexuel se transformant souvent en harceleur moral s'il n'obtient pas satisfaction.

8. - La dernière frustration engendrée par la définition nouvelle concerne le choix des critères de différenciation interdits. Malgré des propositions contraires^{Note 24} il a été décidé de faire une transposition stricte des directives sur ce plan aussi et de ne retenir que les critères qu'elles prohibent : l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (pour les directives de 2000 et 2002), le sexe, en ce compris la grossesse et la maternité (pour celles de 2002, 2004 et 2006). Le Gouvernement a expliqué sa position par la nécessité de faire effectuer au préalable des études d'impact (quelles pertes de temps et d'énergie si toutefois elles voient le jour)^{Note 25}, et par celle de consulter nos partenaires européens^{Note 26}.

En droit du travail ce choix d'un nombre restreint de critères a une incidence limitée. L'article L. 1132-1 du Code du travail retient déjà vingt critères de différenciation interdits, dont ceux qui sont visés par la loi nouvelle. Cette dernière l'enrichit même du congé de maternité^{Note 27} afin de « réaffirmer clairement le caractère de discrimination de tout traitement moins favorable en raison de la grossesse mais aussi de la maternité tout en réservant la possibilité de mesures destinées à la protection des femmes, conformément à la lettre des directives »^{Note 28}. Il est permis de se demander si cette précision était utile. La grossesse et la maternité font en effet déjà l'objet de protections particulières dans les articles L. 1225-14 et suivants du Code du travail, et ils pouvaient être compris dans la notion de « sexe », critère interdit par les dispositions de l'article L. 1132-1 du même code. L'inventaire toujours plus long des critères nous paraît contestable car il aboutit comme dans le cas présent, bien souvent à des doublons^{Note 29} qui alourdissent inutilement le texte. Pour autant la suppression des critères, quelquefois proposée, ne paraît pas souhaitable car ils sont l'essence même de la discrimination.

Quoi qu'il en soit, seuls les huit critères énumérés par le texte nouveau pourront fonder une discrimination dans les domaines introduits par l'article 2, 2°, de la loi : le travail indépendant et non salarié, et l'affiliation et l'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle. Ce n'est évidemment pas satisfaisant : nous nous trouvons désormais en présence d'un régime de discrimination à trois vitesses : celui, assez complet, qui résultait des lois de 2001, le régime pénal et celui issu de la loi nouvelle. Et ce qui est vrai en droit du travail l'est encore plus dans les autres domaines, les biens et services par exemple.

9. - Au-delà, cette restriction du champ d'application de la loi à un nombre restreint de critères laisse à penser qu'il existe bien une hiérarchisation des critères, les victimes de discrimination à caractère raciste étant mieux protégées que les autres. Voilà de quoi alimenter inutilement un débat qui a été plusieurs fois ravivé par le Sénat, y compris devant la Commission mixte paritaire. Il s'agit de l'opportunité même d'une législation qui lutte contre les discriminations, qui ouvrirait la porte au communautarisme, et spécialement en droit du travail. L'idée est que les victimes de discriminations, forcément victimes d'inégalités de traitement, pourraient tout aussi bien obtenir réparation en invoquant « le seul principe d'égalité de traitement, commun à tous », ce qui les placerait dans une « posture positive et constructive », alors que la référence à une discrimination les conduirait à insister sur les différences, les

caractéristiques particulières (par exemple le sexe, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle) et à « se placer en victime pour réclamer l'égalité »^{Note 30}. À ces arguments on ne peut répondre que deux choses. La première pourrait passer pour une affirmation péremptoire : le risque de communautarisme est en pratique très rarement constaté, et lorsqu'il l'est, il se heurte à la très grande difficulté d'apporter la preuve de la discrimination. De fait, les jugements reconnaissant des discriminations avérées sont encore peu nombreux, voire insignifiants s'il s'agit d'affaires pénales. La deuxième est que les régimes juridiques sont différents, et il faut bien reconnaître que l'inégalité de traitement n'amène ni aux mêmes règles de preuve, ni à la même réparation, ni aux mêmes garanties que la discrimination. Voilà qui nous amène naturellement à la deuxième partie de cette étude, les points d'amélioration apportés au dispositif anti-discriminatoire par la loi commentée.

Note 1 Journal Officiel 28 Mai 2008 ; V. supra 1328.

Note 35 C. mut., art. L. 112-1-1, III nouveau

Note 2 Cons. UE, dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : JOCE n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22. - Cons. UE, dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16. - PE et Cons. UE, dir. n° 2002/73/CE, 23 sept. 2002 modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles, et les conditions de travail : JOCE n° L 269, 5 oct. 2002, p. 15.

Note 3 La Commission a lancé trois procédures d'action en manquement ; deux ont donné lieu à une mise en demeure et la troisième à un avis motivé en date du 27 juin 2007 (*Rapp. AN n° 695, 2007, p. 12*).

Note 4 Cons. UE, dir. n° 2004/113/CE, 13 déc. 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services : JOUE n° L 373, 17 déc. 2004, p. 37. - Cons. UE, dir. 2006/54/CE, 5 juill. 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail : JOUE n° L 204, 27 juill. 2006, p. 23 ; JCP S 2006, 1680. Les délais de transposition expirent respectivement le 21 décembre 2007 et le 15 août 2008.

Note 5 Cf *Rapp. AN n° 695, préc. note 2*.

Note 6 Dir. n° 2006/54/CE, préc., art. 1.

Note 7 Cf par ex., V. Letard, « Le seul objet de ce texte est de transposer un certain nombre de dispositions communautaires. Le Gouvernement n'a pas choisi d'en faire un instrument d'approfondissement ou de réorientation de la politique de lutte contre les discriminations, car les échéances de la transposition et les procédures en cours ne nous en laissent pas le temps : le champ concerné est immense et la matière supporte moins que toute autre l'approximation » : *Débats AN, 1re lecture, p. 12*.

Note 8 L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11-1 et art. 11-3 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité modifiés par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances : JCP S 2006, 1303. - D. n° 2006-641, 1er juin 2006 : Journal Officiel 2 Juin 2006 ; JCP S 2006, 1487.

Note 9 On cite souvent D. Lochak : « La discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime c'est-à-dire tombant sous le coup d'une disposition du droit positif » qui peut être « précise, ou au contraire aussi vague que l'affirmation d'un principe d'égalité », *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et 779.

Note 10 Il s'agit du titre V du livre I de la première partie du code.

Note 11 C. pén., art. 233 (harcèlement sexuel) ; C. pén., art. 233-2 (harcèlement moral).

Note 12 I. Vasseur, rapp. n° 324 fait au nom de la Commission mixte paritaire, p. 4.

Note 13 M. Dini, *ibid.*

Note 14 M. Dini, *débats Sénat, 1re lecture, p. 75*.

Note 15 *J. Vasseur, rapp. Commission mixte paritaire, p. 6.*

Note 16 *Ibid.*

Note 17 L'article R. 625-7 punit cette infraction de l'amende prévue pour les contraventions de 5e classe.

Note 18 La sanction de la nullité du comportement discriminatoire (une sanction disciplinaire par exemple) prévue à l'article L. 1132-1 du Code du travail (Ancien C. trav., art. L. 122-45, al. 1) n'est pas possible si la provocation à la discrimination (dans une note interne par exemple) n'a pas été suivie d'effet. Il faudrait pouvoir sanctionner la provocation pour elle-même.

Note 19 Ancien C. trav., art. L. 122-46 : le harcèlement sexuel est « *le harcèlement dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* ».

Note 20 Le harcèlement moral y est défini comme des « *agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits, et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou morale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

Note 21 *Rapp. AN n° 695, préc. note 2.*

Note 22 *L., art. 2, 1°.*

Note 23 *V. Letard, débats Sénat, 1re lecture, p. 56.*

Note 24 Ex. : à l'Assemblée Nationale : les amendements 22, 58 et le sous amendement 22 au projet de loi initial proposaient de reprendre l'ensemble des critères de différenciation inscrits dans le Code pénal.

Note 25 *Cf V. Letard, Débats Sénat, 1re lecture, p. 34.*

Note 26 *Cf V. Letard, Débats AN, p. 36.*

Note 27 L'état de grossesse y a été introduit par la loi n° 2006-340 du 23 juin 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes : JCP S 2006, 1287.

Note 28 *I. Vasseur, rapp. AN n° 695, p. 30.* Des amendements (n° 29 pour l'Assemblée nationale et 18 pour le Sénat) avaient été déposés. Ils tendaient à faire du congé de paternité un critère de différenciation interdit : ils étaient soutenus par les commissions des lois. Ils étaient défendus comme représentant un progrès par rapport aux préconisations de la directive. Mais ils n'ont pas été adoptés. La secrétaire d'État avait fait valoir que le congé de paternité ne doit pas être mis sur le même plan que le congé de maternité car on risquerait d'affaiblir la protection des femmes en congé de maternité (*Débats AN, 1re lecture, p. 39*), d'autant que « les directives n'ont pas tant pour objet d'autoriser les gouvernements à traiter les mères plus favorablement que les autres femmes que de leur permettre de traiter les mères plus favorablement que les pères » (*Débats Sénat, 1re lecture, p. 87*) qui eux peuvent en droit du travail trouver réparation sur le terrain de la discrimination fondée sur la situation de famille.

Note 29 Ex : le critère du patronyme est un doublon de l'origine vraie ou supposée ; l'apparence physique aussi ; l'état de santé et le handicap forment aussi un doublon.

Note 30 En ce sens, *Cf M. Dini, Débats Sénat, 1re lecture, p. 36.*