CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 10 juin 1999 *

1. Par recours préjudiciel du Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Allemagne), la Cour est appelée pour la troisième fois à interpréter l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail [1] (ci-après la «directive»), pour préciser si ces dispositions de droit communautaire s'opposent à une législation nationale relative à un programme d'accès et de promotion des femmes dans la fonction publique. Dans sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en réalité à la Cour de définir, à la lumière du droit communautaire en vigueur, la notion et les limites des actions positives nationales destinées à faciliter l'insertion pleine et entière des femmes dans le monde du travail.

Dispositions communautaires

2. Rappelons que la directive se propose de mettre en œuvre dans les États membres le «principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail et... la sécurité sociale» (article 1er).

L'article 2 de cette directive précise en son paragraphe 1 que ce principe «implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial».

Cet article précise en son paragraphe 4 que la directive permet aux États membres d'adopter ou de maintenir d'éventuelles «mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1».

3. Après le dépôt de la question préjudicielle, le traité d'Amsterdam, qui a modifié le traité CE en ce qui concerne — pour ce qui nous importe aux fins de la présente analyse — la réalisation du principe de

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 39, p. 40.

l'égalité de traitement entre hommes et femmes, est entré en vigueur. En particulier, les articles 2 et 3 du traité CE prévoient, dans leur nouvelle version, que «la Communauté a pour mission... de promouvoir... l'égalité entre les hommes et les femmes» et que «la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes». En outre, l'article 6 A, lui aussi inséré par le nouveau traité, dispose que: «le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe...».

4. L'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) prévoit dans sa version modifiée que «chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur» (paragraphe 1), que «le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 [ex-article 189 B] et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur» (paragraphe 3), et enfin que, «pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle» (paragraphe 4)[2]. Dans la *déclaration relative à l'article 119, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne*, annexée au traité d'Amsterdam, on lit que, «lorsqu'ils adoptent les mesures visées à l'article 119 [l'actuel article 141], paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne, les États membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle».

5. Avant même la modification du traité, les institutions communautaires ont adopté divers actes relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. On notera l'importance particulière que revêt la recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes[3], dans laquelle on lit que: «les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement, qui ont pour objet d'accorder des droits aux individus, sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des actions ne sont pas entreprises, de la part des gouvernements, des partenaires sociaux et d'autres organismes concernés, en vue de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la

2 — Dans sa version antérieure aux modifications introduites par le traité d'Amsterdam, l'article 119 ne faisait en rien référence à des actions positives en faveur du sexe sous-représenté et énonçait uniquement l'interdiction des discriminations en matière de rémunérations. Dans son premier alinéa, cet article dispose que «chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail».

3 — JO L 331, p. 34.

société» et qui, se référant explicitement à l'article 2, paragraphe 4, de la directive, invite les États membres à adopter une politique d'actions positives destinées, notamment, à l'«encouragement des candidatures, du recrutement et de la promotion des femmes dans les secteurs, professions et niveaux où elles sont sous-représentées, notamment aux postes de responsabilité».

Dispositions nationales

6. Le Hessisches Gleichberechtigungsgesetz (loi hessoise relative à l'égalité des hommes et des femmes et à l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes dans la fonction publique, ci-après le «HGlG»), adopté le 21 décembre 1993 et promulgué le 30 décembre 1993, a pour objectif l'égalité d'accès des hommes et des femmes aux postes de la fonction publique par l'adoption de plans de promotion relatifs aux conditions d'accès, de travail et de carrière des femmes, comportant des objectifs contraignants (article 1er).

7. L'article 3 du HGlG prévoit en son paragraphe 1 que «les services de l'administration doivent contribuer à l'égalité des hommes et des femmes dans la fonction publique et à l'élimination de la sous-représentation des femmes, et supprimer les discriminations fondées sur le sexe et la situation familiale, par l'intermédiaire de plans de promotion des femmes... et autres mesures de promotion», et en son paragraphe 2 que «les femmes sont sous-représentées lorsque, au sein du champ d'application d'un plan de promotion des femmes, moins de femmes que d'hommes sont employées dans un grade de l'échelle des salaires, rétributions ou traitements d'une carrière. Pour les grades de base d'une carrière, les femmes sont considérées comme sous-représentées lorsque, sur l'ensemble de la carrière, le nombre de postes occupés par des femmes est inférieur à celui des hommes. La deuxième phrase est également valable pour les postes de début de carrière de la magistrature du siège et du parquet. Dans le cadre du champ d'application d'un plan de promotion des femmes, chaque grade de l'échelle des traitements d'une carrière, chaque grade de l'échelle des salaires et rétributions représente un secteur. Le service qui élabore le plan de promotion des femmes peut procéder à d'autres subdivisions».

8. L'article 5, paragraphe 3, dispose: «Le plan de promotion des femmes contient, pour une durée de deux ans, des objectifs contraignants relatifs au pourcentage de femmes dans les postes ouverts au recrutement ou à la promotion visant à augmenter la proportion de femmes dans les secteurs où celles-ci sont sous-représentées». L'article 5, paragraphe 4, dispose en outre que, «dans chaque plan de promotion des femmes, plus de la moitié des postes à pourvoir dans un secteur dans lequel les femmes sont sous-représentées doivent être destinés à des femmes». Cette règle ne s'applique pas quand «l'appartenance à un sexe particulier constitue une condition indispensable pour l'exercice d'une activité» ou «s'il est démontré de façon vraisemblable qu'il n'y a pas suffisamment de femmes ayant la qualification requise» ou «en cas de promotion sans attribution

de poste dans des secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, il y a lieu de prévoir un pourcentage de femmes correspondant au moins au pourcentage de femmes employées dans le secteur de la catégorie de traitement immédiatement inférieure... sans préjudice des dispositions de la troisième phrase». Enfin, «lorsque des mesures de réduction du personnel sont prévues, consistant en la fermeture ou en la suppression de postes, il convient de garantir, par l'intermédiaire du plan de promotion des femmes, que le pourcentage de femmes dans les secteurs concernés reste au moins inchangé».

9. L'article 5, paragraphe 7, se réfère aux «postes du service scientifique» qui, en vertu du Hochschulrahmengesetz (loi-cadre sur l'enseignement supérieur), sont pourvus pour une durée déterminée. Ils doivent être occupés par un pourcentage de femmes correspondant au moins à celui qu'elles représentent parmi les diplômés ou les titulaires de doctorat (selon les cas) de chaque discipline. Il doit en aller de même pour l'engagement d'auxiliaires scientifiques non diplômés: les femmes doivent être prises en compte pour un pourcentage équivalant au moins à celui des étudiantes de chaque discipline.

10. L'article 7 précise que, toujours en cas de sous-représentation, au moins la moitié des places prévues dans les programmes de formation doivent être réservées aux femmes. L'attention des femmes doit être attirée sur les places de formation disponibles et elles sont encouragées à poser leur candidature. Dans l'hypothèse où, malgré ces encouragements, le nombre des candidatures féminines n'est pas suffisant, plus de la moitié des places disponibles peuvent être attribuées à des hommes.

11. L'article 9, paragraphe 1, dispose que, dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, au moins autant de femmes que d'hommes, ou la totalité des candidates, sont invitées aux entretiens organisés en vue du recrutement de nouveau personnel si elles remplissent les conditions prévues par la loi ou par d'autres dispositions.

12. L'article 10 précise qu'«il y lieu d'apprécier l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles (qualification) par rapport aux exigences du poste vacant ou de la fonction à pourvoir. Aux fins de l'appréciation de la qualification, il y a lieu de tenir compte des capacités et de l'expérience acquises dans le cadre des tâches domestiques, en s'occupant d'enfants ou de personnes nécessitant des soins (tâches familiales), dès lors qu'elles revêtent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats et des candidates. Ces considérations sont également valables pour les tâches familiales effectuées en plus de l'activité professionnelle. La situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire ne doivent pas être pris en compte. Les emplois à temps partiel, les congés et les

retards pour l'obtention du diplôme sanctionnant la formation, liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins — certificat médical à l'appui — ne doivent pas avoir d'effets négatifs sur la notation ni entraver l'avancement professionnel. L'ancienneté, l'âge et la date de la dernière promotion ne sont à prendre en compte que dans la mesure où ils présentent une importance pour l'aptitude, les capacités et les compétences des candidats et des candidates».

13. Enfin, l'article 14 dispose que «les femmes doivent représenter au moins la moitié des membres des commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et autres comités».

14. S'agissant de la durée du plan de promotion, l'article 5, paragraphe 3, prévoit que les objectifs contraignants de chaque plan doivent être fixés pour deux ans en tenant compte des particularités existant dans chaque secteur et service. Toutefois, d'après l'article 10, paragraphe 4, si les objectifs du plan de promotion des femmes fixés pour une période de deux années ne sont pas atteints, tout recrutement ou promotion d'un homme dans un secteur dans lequel les femmes sont sous-représentées nécessite, jusqu'à la réalisation de ces objectifs, l'approbation du service ayant homologué le plan. Aussi longtemps qu'un plan de promotion des femmes n'est pas établi, il ne peut y avoir aucun recrutement et aucune promotion dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées (article 10, paragraphe 5).

La procédure nationale et la procédure communautaire

15. Le renvoi préjudiciel a été proposé par le Staatsgerichtshof des Landes Hessen dans le cadre d'une procédure en contrôle de légalité engagée par quarante-six députés du Landtag de Hesse et visant à faire constater l'incompatibilité du HGlG, en particulier de ses articles 3, 5, 7 à 11, 14, 16 et 18 avec la Constitution du Land de Hesse.

16. Les demandeurs estiment que le HGlG serait contraire, d'une part, au principe constitutionnel de la «sélection des meilleurs» en ce qu'il impliquerait la préférence des candidats en fonction de leur sexe et non de leur mérite et, d'autre part, au principe d'égalité de traitement qui non seulement interdit de reconnaître des privilèges à un groupe spécifique, mais attribue un droit fondamental à tous les individus, droit qui garantirait aux citoyens des chances égales au départ et non la mise en place de situations définitives avantageuses pour une catégorie spécifique de personnes. En ce sens, la législation en cause serait

aussi contraire à la directive, telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice dans son arrêt Kalanke [4].

17. Le Staatsgerichtshof des Landes Hessen, avant d'examiner la constitutionnalité de la loi en cause, a suspendu la procédure et a déféré à la Cour, au sens de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), la question préjudicielle suivante:

«L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40) s'oppose-t-il à des règles nationales en vertu desquelles:

1) dans les cas de sous-représentation au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, du Hessisches Gleichberechtigungsgesetz (loi hessoise sur l'égalité), dans l'hypothèse où une candidate et un candidat ont une qualification égale, les décisions de sélection doivent, en vertu de l'article 10 de cette même loi, toujours trancher en faveur de la candidate, en raison du caractère contraignant des objectifs du plan de promotion des femmes, conformément à l'article 5, paragraphes 3 et 4, de ladite loi, lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect de ces objectifs et qu'aucun motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure ne s'y oppose;

2) les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes doivent prévoir, conformément à l'article 5, paragraphe 7, du Hessisches Gleichberechtigungsgesetz, pour les postes du service scientifique à pourvoir pour une durée limitée et les postes du personnel scientifique auxiliaire, un pourcentage de femmes correspondant à celui qu'elles représentent dans la répartition des diplômées et des diplômés (paragraphe 7, première phrase), chez les titulaires de doctorat (paragraphe 7, deuxième phrase) et chez les étudiants (paragraphe 7, troisième phrase) de chaque discipline;

4 — Arrêt du 17 octobre 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051). D'après les demandeurs, les dispositions précitées violeraient avant tout les articles 1er et 134 de la Constitution du Land de Hesse, dans la mesure où elles constitueraient des formes de discrimination fondées sur le sexe. Il s'agirait donc de règles discriminatoires qui ne sont pas non plus justifiées par l'exigence, visée à l'article 1er de la Constitution, de la réalisation effective de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la réalité sociale. Les articles 9, paragraphe 1, et 10, paragraphe 3, première phrase, du HGlG méconnaîtraient en outre le principe général de la «sélection des meilleurs», établi par l'article 33 de la Constitution fédérale et repris par l'article 134 lui-même de la Constitution du Land de Hesse. Le HGlG serait aussi incompatible avec le principe, visé aux articles 135 et 29 de la Constitution, en vertu duquel les relations juridiques du prestataire de travail dans la fonction publique doivent être conformes aux exigences de l'administration, et outrepasserait même les limites fixées à la compétence législative des Länder par les articles 70, 72, 74, paragraphe 12, et 75, paragraphe 1, de la Constitution fédérale, repris notamment par l'article 153 de la Constitution du Land.

3) dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées, elles doivent être prises en considération, lors de l'attribution des places de formation, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du Hessisches Gleichberechtigungsgesetz, pour au moins la moitié des places, sauf s'il s'agit de cycles de formation pour lesquels seul l'État assure la formation;

4) dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, il y a lieu, en vertu de l'article 9, paragraphe 1, du Hessisches Gleichberechtigungsgesetz de convier à l'entretien d'embauche au moins autant de femmes que d'hommes ou bien la totalité des candidates si celles -ci remplissent les conditions légales ou autres pour l'occupation du poste ou de la fonction à pourvoir;

5) les femmes doivent représenter au moins la moitié des membres des commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et autres comités conformément à l'article 14 du Hessisches Gleichberechtigungsgesetz?»

18. Le Hessische Ministerpräsident, le Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, le royaume des Pays-Bas, la république de Finlande et la Commission ont présenté des observations écrites. Toutes les parties qui sont intervenues ont participé à la procédure orale.

Sur le fond

I — *Sur les actions positives destinées à garantir l'égalité des chances aux femmes dans le monde du travail*

19. Le problème soulevé en l'espèce consiste à définir le régime des actions positives destinées à réaliser l'égalité hommes-femmes dans le cadre de l'ordre juridique communautaire.

20. Sont considérés comme des actions positives [5] tous les actes, qu'ils soient prévus au niveau législatif ou administratif,

5 — Comme l'a rappelé l'avocat général M. Tesauro dans ses conclusions présentées le 6 avril 1995 sous l'arrêt Kalanke, précité à la note 4, l'expression «actions positives» a été utilisée pour la première fois dans le droit des États-Unis où, dans un premier temps, les «affirmative actions» ont constitué des mesures au profit de la population de couleur et, ensuite, des mesures en faveur d'ethnies minoritaires ou de groupes vulnérables, tels les femmes. L'avocat général a précisé ensuite: «L'action positive peut prendre des formes diverses. Un premier modèle consiste à essayer de remédier, non pas à des discriminations au sens juridique, mais à une situation de désavantage qui caractérise la présence féminine sur le marché du travail» en intervenant, en particulier, sur l'orientation et la formation professionnelles; «on peut distinguer un deuxième modèle d'action positive dans les actions destinées à favoriser l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles et une meilleure répartition de ces responsabilités entre les deux sexes»; de telles mesures comprennent celles «concernant l'aménagement de l'horaire de travail, le développement des structures destinées à l'enfance, la réinsertion professionnelle des femmes qui se sont consacrées à l'éducation de leurs enfants, ainsi qu'à des politiques de sécurité sociale et à des politiques de compensations fiscales tenant compte des charges familiales»; enfin, «un troisième modèle est celui de l'action positive conçue comme remède aux effets, qui perdurent, de discriminations historiques juridiquement pertinentes»; un tel modèle inclut les «traitements préférentiels en faveur des catégories désavantagées, en particulier par des systèmes de quotas et de goals». Les quotas consistent à réserver un certain nombre de postes aux catégories les plus désavantagées. Avec le système des goals, au contraire, «un nombre de points plus élevé est attribué aux membres de la catégorie concernée, mais le droit de chaque candidat à concourir pour tous les postes disponibles n'est pas mis en cause» (points 8 et 9). La notion d'action positive est reprise, à l'heure actuelle, tant dans des droits nationaux que, en droit communautaire, dans la recommandation 84/635.

qui instituent des instruments en faveur d'un groupe spécifique désavantagé (pour des raisons naturelles ou historiques) afin de lui assurer une égalité de chances au niveau social. Dans la matière qui nous occupe, à savoir celle de l'égalité des chances des femmes par rapport aux hommes dans le monde du travail, les actions positives consistent généralement en des programmes destinés à faciliter l'accès et la promotion des femmes. Ces mesures, qui ont précisément un caractère positif, revêtent de par leur contenu même, qui vise à privilégier une catégorie particulière de personnes, un caractère discriminatoire et sont donc manifestement contraires au principe général d'égalité. Nul n'ignore que le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, ayant pour objectif l'égalité de traitement entre hommes et femmes, attribue à tous les individus un droit fondamental et constitue une règle fondamentale non seulement dans l'ordre juridique communautaire, mais aussi dans les droits nationaux. La légalité des actions positives se mesure donc, en principe, à l'aune de la possibilité de la concilier avec ce principe général.

Or, tandis que l'article 141, paragraphe 1, du traité et l'article 2, paragraphe 1, de la directive qui fait l'objet de la présente demande de décision préjudicielle interdisent toute discrimination fondée sur le sexe, l'article 141, paragraphe 4, CE et l'article 2, paragraphe 4, de la directive reconnaissent aux États membres la faculté de prévoir des actions positives en vue d'assurer l'égalité de chances des femmes dans le monde du travail. Les États membres peuvent donc adopter des mesures ayant cet objectif, même si elles sont contraires au principe général de non-discrimination et donc même si elles comportent des effets désavantageux pour les travailleurs de sexe masculin. Le point central de notre analyse consiste donc à déterminer dans quelles limites et à quelles conditions des actions positives nationales, telles que celle en cause en l'espèce, peuvent être jugées compatibles avec l'ordre juridique communautaire.

21. Nous avons rappelé précédemment que la Cour a déjà été appelée à interpréter l'article 2, paragraphe 4, de la directive [6], précisément dans le contexte du principe général de non-discrimination et, dans deux cas, à en préciser la portée en relation avec des actions positives nationales. Les questions déférées à la Cour dans le passé, comme celle que nous sommes en train d'examiner, concernent le contenu de la faculté reconnue aux États membres d'adopter de telles actions en faveur des femmes. Faisons observer dès maintenant que la Cour s'est prononcée en ce sens que la disposition de la directive, constituant une exception au principe général de non-discrimination, doit être interprétée de façon restrictive: elle a en particulier exclu la possibilité d'assurer aux femmes la priorité absolue et inconditionnelle dans les recrutements et dans les promotions.

6 — Dans le premier arrêt consacré à l'article 2, paragraphe 4, de la directive (arrêt du 25 octobre 1988, Commission/France, 312/86, Rec. p. 3615), la Cour a affirmé que cette disposition contient une exception qui «a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale» (point 15). Dans cette affaire, il s'agissait d'établir l'éventuel manquement de la République française à la suite de la non-transposition de la directive 76/207. Dans sa défense, l'État défendeur a fait valoir que, avec la modification du code du travail, le législateur français avait explicitement prévu la faculté d'attribuer «des droits spéciaux aux femmes» dans le cadre des contrats individuels ou des conventions collectives de travail. La Cour a jugé que ces arguments n'étaient pas fondés et a affirmé, notamment, que la reconnaissance générique de droits spéciaux ne constituait pas une action positive en vertu de l'article 2, paragraphe 4, de la directive et a donc exclu que cette disposition puisse en constituer la base juridique.

22. Nous souhaitons nous arrêter sur deux points essentiels de la jurisprudence: a) la possibilité, pour les actions positives à l'égard des femmes et, en particulier, pour celles qui fixent un pourcentage de présence — quota — dans chaque grade de la carrière, de comporter l'obligation de recruter ou de promouvoir des candidats de sexe féminin, c'est-à-dire de parvenir au résultat pour lequel l'instrument a été adopté, et b) les conditions que doit respecter un système assurant un pourcentage de présence de femmes pour pouvoir être jugé licite dans l'ordre juridique communautaire.

23. a) Dans l'arrêt Kalanke de 1995 [7] — invoqué par les requérants dans le litige au principal à l'appui de leurs conclusions et rappelé par le juge de renvoi dans sa question préjudicielle — l'action positive était prévue par une loi du Land de Brême qui précisait que, «lors du recrutement effectué à des fins autres que celles d'un stage de formation, y compris la titularisation d'un fonctionnaire ou d'un juge, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées» et que «la qualification doit être évaluée exclusivement au regard des exigences de la profession, du poste à pourvoir ou de la carrière». La Cour a jugé que cette réglementation, accordant automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux femmes dans les secteurs où elles ne sont pas suffisamment représentées, non seulement était contraire à l'article 2, paragraphe 1, de la directive dans la mesure où elle «entraîne une discrimination fondée sur le sexe» (point 16), mais ne saurait même pas relever des actions positives visées au paragraphe 4 du même article, dans la mesure où «une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive» (point 22). La Cour a par ailleurs ajouté qu'«un tel système, dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substitue à la promotion de l'égalité des chances, envisagée à l'article 2, paragraphe 4, le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir» (point 23).

La Cour a de la sorte admis les conclusions auxquelles était parvenu l'avocat général, selon lequel «donner une égalité de chances ne peut signifier... que mettre en situation d'obtenir une égalité de résultats, donc rétablir les conditions d'une égalité des deux sexes au point de départ... Or», continue l'avocat général, «il nous semble par trop évident que la réglementation nationale litigieuse n'est nullement destinée à garantir l'égalité des points de départ. La circonstance même que deux candidats de sexes différents possèdent des qualifications équivalentes implique en effet, et par définition, que tous deux possèdent, et possédaient, des chances égales: ils se trouvent donc dans des conditions égalitaires à la borne de départ. En accordant la préférence aux femmes, la réglementation nationale litigieuse tend donc à atteindre une égalité de résultats, ou mieux une répartition égale des postes de travail, du seul point de vue

7 — Précité à la note 4.

numérique, entre hommes et femmes. Cela ne nous semble correspondre ni au but ni à la ratio legis de l'article 2, paragraphe 4, de la directive» (point 13)[8].

24. En 1997, par son arrêt Marschall[9] — rendu après l'introduction de la présente question préjudicielle — la Cour semble avoir permis que le droit communautaire s'ouvre plus largement aux actions positives accordant la préférence aux femmes. Bien que, dans cet arrêt, en s'inspirant de la jurisprudence antérieure, la Cour soit partie du principe selon lequel l'absence de caractère radical de l'instrument de promotion de l'égalité de traitement — autrement dit, la flexibilité des quotas de présence des femmes — peut permettre de concilier l'action positive avec le principe de non-discrimination et de rendre ainsi légitime la mesure ayant formellement un caractère discriminatoire, elle a néanmoins affirmé que cette mesure pouvait effectivement «contribuer à faire contrepoids aux effets préjudiciables qui résultent pour les candidats féminins des attitudes et comportements décrits ci-dessus et à réduire ainsi les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale» (point 31).

Qu'il nous soit permis de rappeler brièvement cette affaire. La loi allemande dont la compatibilité avec l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive était contestée était le statut du personnel du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, qui prévoit que les candidats de sexe féminin sont à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, lorsqu'ils sont en nombre inférieur aux hommes au niveau du poste concerné de la carrière. La loi prévoit par ailleurs une dérogation à l'application de l'action de promotion en ce sens que l'employeur peut s'abstenir de respecter cette disposition «en présence de motifs tenant à la personne d'un candidat». Eu égard à la présence de cette disposition dérogatoire, la Cour a jugé que le système était suffisamment flexible, c'est-à-dire qu'il était dépourvu de l'automatisme qui caractérisait la loi de Brême examinée dans l'arrêt Kalanke et elle a donc jugé que la directive 76/270 sur l'égalité des chances ne s'opposait pas aux mesures adoptées par le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie. On lit dans le dispositif: «L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à

8 — A l'appui de cette réflexion, l'avocat général rappelle que, dans l'arrêt Commission/France, précité, la Cour avait jugé que l'article 2, paragraphe 4, autorise les traitements qui ne sont qu'*apparemment discriminatoires*, et que cela confirme que l'objectif est celui de l'égalité substantielle, mais confirme aussi «qu'un tel objectif peut uniquement être poursuivi au moyen de mesures visant à atteindre un statut effectif d'égalité de chances, ce dont il résulte que les seules inégalités permises sont celles qui sont nécessaires pour éliminer les obstacles ou les disparités qui empêchent les femmes de pouvoir atteindre, dans des conditions égalitaires, les mêmes résultats que les hommes. En effet, c'est uniquement dans cette optique que les mesures spécifiquement destinées aux femmes ne sont qu'apparemment discriminatoires et c'est le seul moyen de parvenir à une égalité substantielle, qui soit réelle et effective» (point 15). Dès lors, «l'article 2, paragraphe 4, de la directive permet uniquement d'éliminer les disparités de fait dont souffrent les femmes, mais certainement pas au moyen de discriminations à rebours pures et simples, c'est-à-dire au moyen de mesures qui ne sont absolument pas destinées à éliminer les obstacles empêchant les femmes d'atteindre les mêmes résultats dans des conditions égales, mais qui visent à leur attribuer directement les résultats eux-mêmes ou, tout au moins, à leur accorder la priorité pour les atteindre *uniquement parce qu'elles sont des femmes*» (point 22).

9 — Arrêt du 11 novembre 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que: — elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font 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, et — de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins» [10].

25. Or, bien que se fondant, comme le relèvent les parties demanderesses au principal, sur la motivation du premier arrêt, la Cour énonce que l'article 2, paragraphe 4, de la directive, qui, rappelons-le encore, permet aux États membres d'adopter des actions positives en faveur des femmes, englobe les réglementations nationales qui accordent une telle préférence dans le recrutement et la promotion, sauf si cette préférence est «absolue et inconditionnelle», dans la mesure où ces réglementations assureraient de façon automatique la réalisation de l'objectif de l'action — qui consiste précisément dans le recrutement ou la promotion — objectif qui, dès lors, perdrait sa nature d'objectif et finirait par se substituer à l'objet de l'action positive elle-même.

26. Cette jurisprudence suscite de notre part une réflexion générale sur le contenu que revêt, à l'heure actuelle, la notion d'égalité de chances et, plus particulièrement, d'action positive en droit communautaire. Comme chacun le sait, cette notion peut être différente d'un ordre juridique à l'autre et elle se prête à une adaptation constante aux exigences de la réalité sociale, revêtant ainsi au fil du temps des acceptions différentes, même au sein du même ordre juridique.

Or, si l'on examine la récente modification du texte du traité CE dans la partie relative à l'égalité des chances et, en particulier, aux actions positives (l'article 141, paragraphe 4, se réfère aujourd'hui explicitement aux actions positives adoptées au niveau national «prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle») et si l'on considère la volonté exprimée à plusieurs reprises par les institutions communautaires à propos de la

10 — L'arrêt ne suit donc pas l'interprétation de la directive proposée par l'avocat général. En effet, celui-ci estime qu'«il ressort clairement du libellé de l'article 2, paragraphe 4, et de l'interprétation qui en a été donnée par la Cour» (dans l'arrêt Kalanke) «que cette disposition concerne la promotion de l'égalité des chances, et non l'établissement de l'égalité de représentation, et que les États membres conservent le pouvoir d'adopter des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer les obstacles rencontrés par les femmes sur le marché de l'emploi en vue de promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes et, partant, d'améliorer la représentation des femmes sur le lieu de travail. Le principe de proportionnalité exige, cependant, que de telles mesures soient toujours à la fois appropriées et nécessaires pour atteindre leurs objectifs». Pour l'avocat général, «une mesure expressément destinée à un seul sexe ne sera pas proportionnée, au regard de l'objectif d'éliminer les inégalités spécifiques qui affectent les femmes dans la pratique et de promouvoir l'égalité des chances, si une mesure neutre, ouverte aux deux sexes, permet d'atteindre le même résultat» (points 42 et 43).

réalisation de cet objectif[11], on peut se demander s'il convient de conclure en ce sens qu'une interprétation restrictive de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, qui limiterait de manière excessive l'adoption de systèmes qui prévoient des quotes-parts de présence féminine parmi les actions positives prévues par cette disposition, ne détonnerait pas dans l'évolution du droit communautaire en la matière. Pour nous, eu égard au libellé des dispositions précitées relatives aux mesures nationales destinées à garantir l'égalité de chances aux personnes qui sont désavantagées en raison de leur appartenance à un sexe et étant donné l'objectif et l'objet qui, à l'heure actuelle, ont été assignés aux actions positives en faveur des femmes dans différents ordres juridiques nationaux, on ne saurait, en principe, considérer que des mesures nationales qui impliquent le recrutement ou la promotion effective des candidats de sexe féminin sont exclues par le droit communautaire.

Nous ajouterons à ces considérations que, s'il s'avère, comme nous l'avons précédemment indiqué, que la licéité de ce type de mesures se fonde sur la possibilité de concilier l'action positive avec le principe de non-discrimination, il est tout aussi exact que, comme une partie de la doctrine l'a soutenu itérativement, le principe de non-discrimination, destiné à assurer — pour ce qui concerne le cas de figure qui nous occupe — l'égalité de traitement des travailleurs, et le principe de l'égalité des chances, fondement de l'action positive, visant à assurer l'égalité effective, de forme et de fond, ne sont pas tout à fait contradictoires: en effet, si l'égalité substantielle se réalise par des mesures qui, par leur objet, revêtent un caractère discriminatoire, elle poursuit en réalité le même objectif que le premier principe, avec toutefois une dimension supplémentaire, en ce sens que le législateur se charge de corriger une situation de difficulté réelle de certaines couches de la population, difficultés auxquelles celles-ci ne pourraient pas faire face dans le respect du principe général de non-discrimination. Si nous suivons cette ligne de raisonnement, nous pouvons ainsi en arriver à douter que l'égalité substantielle constitue l'exception par rapport à l'égalité formelle et, en d'autres termes, que la norme sur laquelle se fonde l'action positive — en l'occurrence l'article 141, paragraphe 4, CE et l'article 2, paragraphe 4, de la directive — revête un caractère exceptionnel et soit donc d'interprétation stricte.

11 — Outre la recommandation du Conseil de 1984, mentionnée dans la première partie des présentes conclusions, nous rappellerons que, à la suite de l'arrêt Kalanke, la Commission a présenté une communication relative à l'interprétation de cet arrêt, dans laquelle elle conclut: «La Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de la mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles» [document COM (96) 88]. La Commission a, en outre, proposé de remplacer l'article 2, paragraphe 4, de la directive par le texte suivant: «La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances du sexe sous-représenté dans les domaines visés à l'article 1er, paragraphe 1. Parmi les mesures possibles figure la préférence accordée, en matière d'accès à l'emploi ou à la promotion, à un membre du sexe sous-représenté, pour autant que de telles mesures n'excluent pas l'évaluation des circonstances particulières d'un cas précis» (JO 1996, C 179, p. 8). Enfin, dans le cadre de sa résolution sur le premier rapport triennal de la Commission sur la cohésion économique et sociale, le Parlement européen a déclaré que «l'égalité effective entre les sexes constitue un élément essentiel de la cohésion économique et sociale, invite, à cet effet, la Commission à réfléchir sur l'opportunité d'élaborer un programme d'initiative communautaire visant à définir, promouvoir et expérimenter les modalités opérationnelles de la programmation et de la gestion des fonds, de façon à surmonter ces divergences» (procès-verbal de la séance du 17 novembre 1997, JO C 371 du 8 décembre 1997, p. 89).

27. Nous estimons par conséquent que rien ne s'oppose, au niveau communautaire, à ce que le législateur national puisse adopter, dans l'hypothèse où le groupe bénéficiant de l'action, soit celui constitué par les femmes, est confronté à des situations difficiles particulières et où la simple garantie du respect de l'égalité des chances par les organes de l'État et, partant, du principe (négatif) de non-discrimination ne protège pas adéquatement la situation du groupe, des mesures positives impliquant de fait un avantage pour ledit groupe d'un point de vue social. De telles mesures ne visent pas seulement à assurer une égalité de chances au départ en créant les conditions qui leur permettent d'être dûment candidates pour tout emploi: elles visent à permettre aussi leur insertion sociale en leur assurant une préférence effective dans les recrutements et dans les promotions.

28. Nous relèverons enfin que, si la nécessité de concilier le principe général de non-discrimination et les actions positives en faveur des femmes devait impliquer purement et simplement l'illicéité de toute action positive prévoyant la réalisation d'un résultat effectif, tel que le recrutement, cela réduirait énormément la portée des actions en les vidant de leur contenu et en les assimilant à celles, de nature auxiliaire, qui ne constituent pas toujours des correctifs efficaces aux inégalités sociales.

29. b) Nous en viendrons ainsi au deuxième point de notre réflexion et donc aux conditions dans lesquelles une mesure prévoyant une obligation de préférence en faveur des candidats de sexe féminin et qui fixe en outre une quote-part de présence de femmes — un quota — dans des secteurs particuliers ou dans des grades d'une carrière peut être considérée comme légitime dans l'ordre communautaire. Nous ferons observer, à titre liminaire, que si, comme nous venons de le souligner, les deux principes d'égalité formelle et d'égalité substantielle ne sont pas antithétiques, mais complémentaires, il existe néanmoins des situations de friction qui relèvent de l'appréciation des autorités judiciaires et qui, en principe, entraînent l'illicéité de la mesure positive — en faveur d'un groupe spécifique — qui serait contraire au principe général de non-discrimination. De notre point de vue, les situations de conflits réels se présentent essentiellement dans deux cas: lorsque la mesure de correction, c'est-à-dire l'action positive, en l'espèce l'action positive en faveur des femmes, est une mesure arbitraire dans son contenu, c'est-à-dire qu'elle affecte de façon excessive le droit des personnes qui n'appartiennent pas au groupe auquel elle est destinée, ou lorsqu'elle est hors de proportion par rapport aux exigences réelles du groupe désavantagé, c'est-à-dire lorsque la réalité sociale ne justifie pas l'adoption de l'instrument correctif. Il s'ensuit que l'appréciation relative à sa licéité devra tenir compte non seulement du résultat effectif de l'action, c'est-à-dire des positions subjectives acquises par le groupe destinataire de la mesure, mais aussi du contenu spécifique de la mesure adoptée en fonction de la nécessité réelle de cette même mesure: cette appréciation implique, comme l'a suggéré à juste titre le gouvernement néerlandais, l'examen de la proportionnalité entre la situation effective du groupe, destinataire de l'action, et les effets de celle-ci.

30. Rappelons donc, à ce sujet, les critères d'appréciation sur lesquels la Cour s'est

fondée dans la jurisprudence précitée relative aux actions positives. Dans l'arrêt Kalanke, la Cour a jugé que l'action positive du Land de Brême était illégale dans la mesure où elle a considéré que le système des quotas qu'elle instituait était automatique. La loi prévoyait que, à «qualification égale», c'était le candidat de sexe féminin qui devait être promu, c'est-à-dire qu'elle prévoyait la promotion des femmes à *qualification égale entre candidats de sexes différents*. Dans ce système, il n'était tenu compte, pensons-nous, du sexe du candidat que dans la phase finale du choix, dès lors que le classement des personnes susceptibles d'être promues était établi en faisant abstraction du sexe de ceux-ci. On ne pouvait sans doute pas décrire le système comme étant complètement automatique puisque, comme nous l'avons vu, le classement était établi sans tenir compte du sexe du candidat [12]. Cela étant, on ne saurait exclure que cette mesure aurait pu favoriser de façon excessive les candidats de sexe féminin, dans la mesure où l'obligation d'accorder la priorité aux femmes, libellée en ces termes rigides, aurait pu rendre le choix d'un candidat de sexe masculin extrêmement difficile pour l'employeur.

31. Dans l'arrêt Marschall, en revanche, la Cour a considéré que le système institué par la loi du Land de Rhénanie n'était pas automatique et qu'il était donc licite, dans la mesure où elle prévoit que l'employeur peut ne pas respecter l'obligation d'accorder la priorité aux femmes en présence de «motifs tenant à la personne d'un candidat masculin». La Cour a ainsi conclu en ce sens que le droit communautaire «ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins... à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur». Cette clause d'exclusion est soumise à deux conditions, à savoir: a) qu'«elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font 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», et b) que «de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins». La Cour a donc jugé que la présence de cette clause imposait à l'employeur d'effectuer *un examen objectif des candidatures*, à savoir un examen qui tienne compte de tous les éléments relatifs au profil personnel et professionnel des candidats. Il s'ensuit que cette clause permet à l'employeur de sélectionner les candidats de façon autonome, en fonction des situations concrètes ou, mieux, que cette clause, nonobstant l'obligation d'accorder la priorité aux femmes, permet de tenir compte, tant pour les candidats de sexe féminin que pour ceux de sexe masculin, des intérêts ou situations particuliers, les-

12 — Nous nous rallions ainsi au point de vue formulé par l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt Marschall, selon lequel «la réglementation nationale sur laquelle portait l'arrêt Kalanke n'était, en fait, ni absolue ni inconditionnelle: la Cour avait relevé la remarque de la juridiction de renvoi selon laquelle cette réglementation devait être interprétée 'en ce sens que si, en principe, priorité doit être donnée à la femme en cas de promotion, l'équité doit néanmoins amener à faire, le cas échéant, une exception à ce privilège'. Cette interprétation s'imposait du fait que, à défaut, il y aurait eu incompatibilité de la législation nationale avec les paragraphes 2 et 3 de l'article 3 de la loi fondamentale allemande, lesquels stipulaient respectivement, à l'époque pertinente, que les hommes et les femmes devaient avoir les mêmes droits et que toute discrimination fondée sur le sexe était prohibée. La Cour ayant reconnu, dans l'arrêt Kalanke, que la réglementation dont il s'agissait était soumise à certaines exceptions, c'est dans cette perspective qu'il y a lieu de lire la formule concernant la priorité 'automatique' que contient cet arrêt» (point 28 des conclusions).

quels demeurent donc pertinents même dans la préférence accordée aux femmes. La Cour a aussi précisé que cette clause ne doit pas être appliquée de façon discriminatoire, au détriment des candidats de sexe féminin.

Le gouvernement de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie, invité à préciser au cours de la procédure, concrètement, les «motifs tenant à la personne d'un candidat masculin», en fonction desquels un candidat de sexe masculin était éventuellement préféré, a déclaré que ces motifs comprenaient des critères secondaires de sélection, tels que «l'ancienneté de service et des motifs sociaux», comme la circonstance que le candidat a des charges de famille [13]. Il découle de cette réponse que les éléments auxquels la loi se réfère peuvent concerner tant les «qualifications», à savoir le profil professionnel des candidats, que les situations étrangères à l'aptitude du candidat à effectuer ses tâches dans le cadre du rapport d'emploi. Il peut s'agir de situations désavantageuses qui, comme celles qui sont à la base de l'action corrective en faveur des femmes, nécessitent une protection particulière.

Selon nous, ce que la Cour a qualifié de «clause d'ouverture» revêt, dans le cadre de l'arrêt, une portée centrale: grâce à cette clause, on évite que l'obligation d'accorder la priorité, garantie aux candidats de sexe féminin, compromette l'évaluation des autres candidats, atténuant son effet discriminatoire à l'égard de ceux-ci. D'après la Cour, en effet, un système de quotas est suffisamment flexible et peut donc s'inscrire dans les limites de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, si l'action positive n'exclut pas que l'employeur, en présence de circonstances subjectives et/ou objectives tenant au profil des candidats, en particulier des candidats de sexe masculin, puisse se soustraire à l'obligation d'engager la femme à qualification égale. Le recours à ces circonstances ne peut cependant avoir d'effets discriminatoires sur la sélection des femmes [14]. Ainsi le «critère de l'ancienneté de service» qui, de toute façon, relève en principe de l'évaluation de l'aptitude des candidats ne doit-il pas être appliqué de manière à créer une discrimination au détriment des candidats de sexe féminin.

32. Cette jurisprudence permet, croyons-nous, de conclure qu'une action de promotion des femmes dans le monde du travail qui prévoit une obligation d'accorder la priorité aux candidats de sexe féminin et institue donc des quotas de présence féminine dans la fonction publique comme dans le secteur privé est jugée licite du point de vue de l'ordre juridique communautaire lorsqu'elle permet à l'employeur de choisir

13 — Voir, sur ce point, les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt Marschall, précité à la note 9, en particulier au point 8.

14 — Sur ce point également, l'avocat général en arrive à une conclusion qui s'écarte du point de vue retenu par la Cour: il se fonde non pas tant sur une interprétation différente de la réglementation communautaire que sur une interprétation différente de la clause de réserve. En effet, l'avocat général souligne que, comme cela résulte des observations présentées par le Land, la clause de réserve permet de suivre, dans les procédures de sélection, certains «critères secondaires traditionnels» soit les critères qui, selon ce même gouvernement, ont avantagé les candidats de sexe masculin. L'avocat général en conclut alors que, «si une règle absolue de priorité des femmes en raison de leur sexe est illégale, il faut a fortiori considérer comme illégale une règle conditionnelle qui confère la priorité soit aux femmes en raison de leur appartenance au sexe féminin, soit aux hommes sur la base de critères dont le caractère discriminatoire est admis» (point 36).

le candidat ayant le profil professionnel le plus adapté. En outre, l'action positive en faveur des femmes ne doit modifier en aucun cas le jugement porté sur les mérites et les qualifications des candidats de sexe masculin. A cette fin, d'une part, le sexe doit constituer un critère complémentaire pour définir le profil des candidats, critère qui doit concourir avec ceux sur lesquels se fonde en règle générale l'appréciation globale de ceux-ci et, de l'autre, l'obligation d'accorder la priorité aux femmes ne doit pas impliquer que l'on omette de prendre en compte, dans l'évaluation des candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, des situations particulières d'ordre personnel qui, bien qu'étrangères à l'évaluation du profil professionnel des candidats, peuvent être l'indice de situations sociales ayant la même importance que celles que doivent normalement affronter les femmes.

A cela s'ajoute que, comme nous l'avons laissé entendre, le jugement sur la légalité de la mesure implique aussi nécessairement la prise en compte de la situation globale qui a rendu nécessaire la mesure de rééquilibrage. La disproportion éventuelle entre la mesure de rééquilibrage et le contexte social sur lequel elle opère (nous pensons par exemple à une différence non significative dans les quotes-parts de présence des femmes et des hommes dans une entreprise ou un secteur public) peut faire disparaître les conditions qui légitiment l'action positive, conditions qui sont nécessairement liées à des éléments de fait. Il appartient au juge national d'établir que ces conditions sont remplies lorsqu'il est saisi d'un litige où seul le recrutement ou seule la promotion sont attaqués et où est donc contestée l'existence de l'obligation de préférence. Si le grief lui-même a pour objet la légalité de la mesure de rééquilibrage dans son ensemble, indépendamment de son application à tel ou tel cas, il incombe à la Cour constitutionnelle de déterminer, en termes abstraits ou généraux, les conditions qui doivent être remplies pour légitimer les mesures de rééquilibrage.

II — *Sur la législation du Land de Hesse*

Après avoir développé ces considérations générales sur l'admissibilité en droit communautaire des actions positives destinées à assurer l'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail, examinons la législation du Land de Hesse dont la compatibilité avec le droit communautaire, et en particulier avec l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la directive, est contestée.

Sur le point 1 de la question préjudicielle: l'obligation d'accorder la priorité aux femmes et les critères d'appréciation des candidats

33. Le point 1 de la question préjudicielle, qui revêt un caractère central en l'espèce, concerne deux aspects complémentaires et, plus précisément, d'une part, les conditions dans lesquelles l'administration a l'obligation d'appliquer un plan de promotion pour les femmes (article 3, paragraphes 1 et 2, du HGlG) ainsi que les finalités et le contenu de ce plan (article 5, paragraphes 3 et 4, du HGlG) et, de l'autre, les modalités selon lesquelles doit s'effectuer l'évaluation des candidats (article 10 du HGlG).

34. S'agissant du premier aspect et, en particulier, des conditions qui imposent l'adoption et l'application d'actions positives, nous faisons observer à titre préliminaire que la loi en cause reprend les lignes générales des autres réglementations allemandes ayant fait l'objet des questions préjudicielles que nous avons rappelées. Il ressort en effet des dispositions combinées de l'article 3, paragraphes 1 et 2, que, lorsque moins de femmes que d'hommes sont employées «dans un grade de l'échelle des salaires, rétributions ou traitements d'une carrière», l'administration doit adopter un plan de promotion.

Ce plan s'applique pour une période maximale de deux ans (article 5, paragraphe 3). Si, à la fin de cette période, son objectif n'a pas été atteint, tout recrutement ou promotion ultérieur d'un candidat de sexe masculin sera subordonné à l'approbation du service qui a adopté le plan de promotion, et ce jusqu'au moment où, dans le contexte considéré, on parvient à une égale présence de travailleurs des deux sexes (article 10, paragraphe 4). Malgré le caractère transitoire du plan de promotion, il est donc évident que l'obligation de préférence ne disparaît pas à l'échéance des deux ans, mais uniquement lorsqu'est atteint le pourcentage de 50 % de présence féminine dans chacun des secteurs et chacun des grades de la carrière.

35. En présence d'une situation d'inégalité, l'article 3, paragraphe 1, précise que l'administration doit adopter un plan de promotion et d'autres mesures destinées à garantir l'égalité des hommes et des femmes dans la fonction publique, éliminer la sous-représentation des femmes et supprimer aussi les discriminations fondées sur le sexe et les conditions familiales. En vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la loi, plus de la moitié des postes doivent en principe être destinés à des candidats de sexe féminin dans le cadre de chaque plan de promotion. Cette obligation de l'administration disparaît dans des circonstances spécifiques explicitement prévues par la loi, et plus précisément dans les cas de figure suivants: a) lorsque l'appartenance à un sexe est une condition indispensable à l'exercice d'une activité déterminée; b) lorsqu'il est démontré avec vraisemblance qu'il n'est pas possible d'atteindre un nombre suffisant de femmes, et c) dans le cas de promotions sans attribution de postes dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées; dans ce dernier cas, un quota de présence féminine au moins égal à celui de la tranche de rémunération immédiatement inférieure doit cependant être prévu. En outre, le même article précise que, «lorsque des mesures de réduction du personnel sont prévues, consistant en la fermeture ou en la suppression de postes, il convient de garantir, par l'intermédiaire du plan de promotion des femmes, que le pourcentage de femmes dans les secteurs concernés reste au moins inchangé».

Quant au second aspect relatif aux critères d'évaluation des candidats, l'article 10, paragraphes 1 à 3, de cette loi prévoit qu'«il y a lieu d'apprécier l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles (qualification) par rapport aux exigences du poste vacant ou de la fonction à pourvoir» et que, dans cette évaluation, l'administration doit utiliser des critères

spécifiques d'appréciation: en premier lieu, il importe «de tenir compte des capacités et de l'expérience acquise dans le cadre des tâches domestiques... également... pour les tâches familiales effectuées en plus de l'activité professionnelle»; en deuxième lieu, «l'ancienneté, l'âge et la date de la dernière promotion ne sont à prendre en compte que dans la mesure où ils présentent une importance pour l'aptitude, les capacités et les compétences des candidats et des candidates»; en troisième lieu, «la situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire» ne doivent pas être pris en compte pour évaluer le candidat; enfin, «les emplois à temps partiel, les congés et les retards pour l'obtention du diplôme sanctionnant la formation liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins — certificat médical à l'appui —» ne peuvent pas avoir d'effet désavantageux sur l'appréciation des candidats.

36. Toutes les parties intervenues dans la procédure, à l'exception de la demanderesse au principal et du Landesanwalt bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen, interprètent la loi allemande en ce sens que, contrairement à celle du Land de Brême faisant l'objet de l'affaire Kalanke, elle n'institue pas un système rigide réservant des quotas aux femmes, et elles estiment donc que ladite loi est compatible avec la directive 76/207 et relève des actions visées à l'article 2, paragraphe 4.

Dans son ordonnance de renvoi et, en particulier, dans la formulation du point 1 de la question préjudicielle, la juridiction nationale interprète la loi allemande en ce sens que l'obligation d'accorder la priorité aux femmes est notamment subordonnée au principe, inscrit dans la Constitution fédérale, de la «sélection des meilleurs» et ne subsiste que si «aucun motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure ne s'y oppose», c'est-à-dire uniquement s'il n'y a pas de violation d'un principe d'ordre constitutionnel. Le gouvernement du Land lui-même, en répondant à une question de la Cour sur le sens de l'expression «[lorsque... aucun] motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure ne s'y oppose», a souligné que la priorité assurée aux candidats de sexe féminin constitue un critère de sélection de caractère secondaire, en ce sens qu'il est subordonné à un autre critère de caractère prioritaire, prévu par la Constitution du Land, en vertu duquel c'est en toute hypothèse le candidat le plus apte qui doit être sélectionné. En d'autres termes, c'est uniquement en présence de plusieurs candidats jugés également aptes en termes de capacité professionnelle que le critère du sexe s'applique. Le gouvernement du Land en déduit que le programme de promotion ne comporterait qu'une indication générale et non une obligation pour l'administration d'assurer la priorité aux femmes sur la base du seul sexe. La seule circonstance dans laquelle il s'impose d'accorder la priorité aux candidats de sexe féminin sera celle du «cas limite», c'est-à-dire dans l'hypothèse où le non-respect par l'administration de l'obligation d'atteindre l'objectif de 50 % de présence féminine impliquerait que le plan de promotion ne soit pas réalisé. Le gouvernement du Land estime donc qu'il n'est pas obligatoire — sinon dans des cas spécifiques et sans doute très réduits — de mettre l'action positive en œuvre. Le plan de promotion n'accorderait donc aucun droit aux particuliers mais contiendrait uniquement une indication de principe pour les autorités administratives.

37. Cette interprétation de la loi allemande ne nous semble pas traduire le sens de la législation dans son intégralité. En effet, eu égard à la lettre de la loi, telle qu'elle est interprétée dans l'ordonnance de renvoi, non seulement l'administration est tenue, en cas de sous-représentation, d'adopter un plan de promotion des femmes (article 3, paragraphe 1, de la loi), et elle ne peut, jusqu'à l'adoption de ce plan, procéder à aucun recrutement (article 10, paragraphe 5), mais elle est également obligée de leur attribuer plus de la moitié des postes à occuper (article 5, paragraphe 4) et ce jusqu'au moment où le pourcentage de présence des femmes est égal à celui des hommes. En outre, à la différence de la loi examinée dans l'arrêt Marschall, nous relèverons que celle qui nous occupe en l'espèce ne contient aucune clause d'ouverture, c'est-à-dire qu'elle ne prévoit pas que l'on puisse ne pas respecter l'obligation de priorité pour des «raisons supérieures». La loi en cause prévoit uniquement des dérogations ayant un champ d'application limité, dans l'hypothèse où l'appartenance à un sexe est une condition d'exercice d'un travail spécifique, dans celle où il est impossible d'atteindre un nombre suffisant de femmes et, enfin, en cas de promotion sans attribution de poste.

Comme le souligne la juridiction de renvoi et comme le fait observer par ailleurs le gouvernement allemand, il n'existe cependant aucune obligation spécifique d'accorder la priorité aux candidats de sexe féminin en ce sens que la loi ne prévoit pas que l'administration est tenue, en toute hypothèse ou à qualifications égales, de recruter ou de promouvoir les candidats de sexe féminin. L'article 10 impose en effet explicitement que la priorité soit accordée aux candidats de qualifications et d'aptitudes supérieures. Elle n'interdit pas d'accorder la priorité au candidat de sexe masculin dans l'hypothèse où il s'avère être le plus apte à occuper le poste; elle ne reprend même pas la fiction de la condition d'égalité de qualification pour que l'obligation de priorité s'applique. Le système institue seulement un mécanisme destiné à faciliter l'insertion et la carrière des femmes en leur permettant notamment de ne pas être pénalisées par le travail accompli au sein de la cellule familiale. Ce mécanisme se retrouve dans la disposition de l'article 10 du HGlG qui énonce des critères spécifiques destinés à favoriser l'appréciation des candidats de sexe féminin: d'une part, en prévoyant que, dans l'appréciation des candidats, il convient de prendre en considération l'expérience acquise dans l'accomplissement des tâches domestiques, lorsque celles-ci ont un rapport avec les tâches inhérentes à l'emploi à occuper et que, simultanément, il convient de ne pas tenir compte des absences du travail justifiées par des raisons familiales et, d'autre part, en limitant l'incidence de l'ancienneté de service qui, en règle générale, est acquise plus facilement par les travailleurs de sexe masculin.

38. Eu égard aux observations exposées ci-dessus sur l'admissibilité des actions posi-

tives nationales en droit communautaire, nous estimons donc que peut être jugée compatible avec le droit communautaire une action positive nationale, telle que celle de l'espèce, qui est caractérisée par une obligation pour l'administration d'adopter un plan de promotion des femmes, tendant à corriger une situation de sous-représentation dans les secteurs ou grades de carrière, et qui prévoit une obligation de faciliter le recrutement et la carrière des travailleurs de sexe féminin, pour autant que cette mesure n'interdise pas aux candidats de sexe masculin de concourir pour chaque poste et qu'elle n'impose pas un quota fixe de présence féminine faisant abstraction de l'aptitude des candidates pour le poste spécifique à attribuer.

Sur le point 2 de la question préjudicielle: le secteur scientifique

39. Le deuxième aspect de la loi allemande sur lequel la juridiction de renvoi demande à la Cour de se prononcer concerne la compatibilité avec l'article 2, paragraphes 2 et 4, de la directive, de l'article 5, paragraphe 7, du HGlG en ce qu'il dispose que les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes pour les postes temporaires du service scientifique et pour les auxiliaires scientifiques doivent prévoir un pourcentage minimal de personnel féminin correspondant au moins à celui qu'elles représentent parmi les diplômés, les titulaires de doctorat et les étudiants de chaque discipline. Plus précisément, on lit à l'article 5, paragraphe 7, que «les postes du service scientifique qui, conformément... au Hochschulrahmengesetz (loi cadre sur l'enseignement supérieur), sont pourvus pour une durée déterminée doivent être occupés par un pourcentage de femmes qui correspond au moins à celui qu'elles représentent dans la répartition des diplômées et des diplômés de la discipline concerné. Les postes du service scientifique qui sont pourvus pour une durée déterminée en application de l'article 48 du Hochschulrahmengesetz doivent être occupés par un pourcentage de femmes correspondant au moins à celui qu'elles représentent parmi les titulaires de doctorat de chaque discipline. Les moyens prévus pour l'emploi d'auxiliaires scientifiques non diplômés doivent être utilisés au profit d'un pourcentage de femmes équivalant au moins à celui qu'elles représentent au sein des étudiants de chaque discipline».

Le gouvernement du Land a fait observer que, dans ce cadre, les femmes sont particulièrement sous-représentées au motif que, en règle générale, les postes de travail sont temporaires et que l'avancement dans la carrière est subordonné à l'acquisition de titres supplémentaires. L'objet du plan serait de faciliter l'accès des femmes, déjà présentes dans le secteur, à des postes de caractère permanent que sont ceux de l'enseignement supérieur.

Il ressort clairement du libellé de l'article 5, paragraphe 7, que, dans le secteur scientifique, l'objectif de présence féminine peut aussi être inférieur à 50 %, c'est-à-dire au plafond fixé pour tous les autres secteurs, dès lors que, pour le secteur scientifique, ce plafond est fixé autrement que le plafond général, c'est-à-dire par référence au nom-

bre de personnes ayant acquis une formation professionnelle adéquate. La disposition prévoit en effet que le pourcentage est égal à celui des personnes titulaires d'un diplôme ou d'un doctorat ou qui, simplement, suivent des cours universitaires. Il va de soi que, si le régime général, qui tend à assurer une présence féminine égale à 50 % des effectifs occupés dans un secteur déterminé, est jugé compatible avec le droit communautaire, il faut a fortiori admettre que le régime spécial en cause est légal.

Une autre interprétation, qui reconnaîtrait que le plafond maximal de 50 % est aussi applicable au secteur scientifique, priverait le régime spécial de toute importance pratique. Il faut cependant considérer que la contradiction entre le régime général et le régime propre au secteur scientifique n'est en réalité qu'apparente, car les diplômés qui sont intéressés par l'occupation des postes du secteur scientifique sont ceux qui ont reçu une formation appropriée: prévoir le placement d'un nombre donné de femmes, correspondant à celui des personnes ayant reçu la formation nécessaire, revient donc à utiliser comme paramètre quantitatif une donnée réelle pour instituer la préférence pour les femmes au sein de celui-ci.

Il importe d'observer que les termes dans lesquels est exprimée l'obligation de préférence relative au secteur scientifique (paragraphe 7 de l'article 5) diffèrent de ceux figurant dans la disposition générale (paragraphe 4 de l'article 5). On lit en effet que les postes du service scientifique «doivent être occupés» par les femmes, tandis que ceux des autres secteurs de l'administration doivent être «destinés» aux femmes. La juridiction de renvoi a relevé à ce propos que cette disposition ne revêtait pas une «signification autonome», en ce sens qu'elle ne concernait pas directement les décisions d'attribution des emplois. La différence entre la disposition générale et la disposition spéciale est purement d'ordre terminologique. En effet, il ne serait aucunement justifié et donc nullement cohérent d'interpréter la disposition de l'article 5, paragraphe 7, comme étant destinée à soustraire le secteur scientifique du régime général relatif à la sélection des candidats, qui serait fixé par l'article 10 de la loi. Si, de toute manière, on admettait que l'article 5, paragraphe 7, indique un pourcentage fixe de contrats de travail devant être attribués aux femmes, abstraction faite de l'évaluation de tous les travailleurs concernés, la disposition mettrait en œuvre une action positive qui serait — comme il a été observé précédemment — étrangère à la logique de l'article 141, paragraphe 4, CE et de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

Sur le point 3 de la question préjudicielle: les programmes de formation

40. Le troisième aspect de la loi qui doit être examiné découle de la disposition contenue à l'article 7 du HGlG, qui précise que, dans le cadre des programmes de formation, il faut réserver au moins la moitié des postes de formation aux femmes dès lors qu'elles sont sous-représentées. L'attention des femmes doit par ailleurs être attirée sur les places disponibles et elles sont encouragées à poser leur candidature.

Dans l'hypothèse où, malgré cette invitation, un nombre suffisant de candidatures féminines n'est pas atteint, plus de la moitié des places disponibles peuvent aussi être attribuées à des hommes.

L'objectif de la disposition ainsi que la nature de la mesure de rééquilibrage se distinguent du régime général: la disposition vise manifestement à atteindre un résultat en termes numériques, mais ce résultat est bien différent de celui poursuivi par le régime général, parce que ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation en vue d'un accès ultérieur à des professions qualifiées. S'agissant des moyens destinés à atteindre cet objectif, les services administratifs ont l'obligation de prendre des mesures afin d'attirer l'attention des femmes sur les places disponibles et de les encourager à présenter leur candidature. La disposition prévoit que, en cas de candidatures insuffisantes, les places, initialement réservées aux femmes, peuvent être occupées par des hommes.

Comme on peut le comprendre aisément, la disposition en cause s'inscrit dans le cadre d'un concept plus restreint d'égalité de chances. Les mesures prévues relèvent ainsi de celles qui se proposent d'éliminer les causes des moindres chances de travail et de carrière accordées aux femmes et elles consistent, de surcroît, en des interventions sur l'orientation et la formation professionnelle. Il ne fait aucun doute que ce type d'actions fait partie de celles qui sont admises par le droit communautaire.

Sur le point 4 de la question préjudicielle: les entretiens d'embauche destinés au recrutement de nouveau personnel

41. Le quatrième aspect de la loi allemande sur lequel le juge de renvoi émet des doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire concerne les entretiens d'embauche. La disposition qui traite de cet aspect est l'article 9 en vertu duquel «au moins autant de femmes que d'hommes, ou la totalité des candidates, sont invitées à l'entretien d'embauche, si elles remplissent les conditions prévues par la loi ou par d'autres dispositions, pour occuper le poste ou la fonction à pourvoir».

Tout comme celle relative aux programmes de formation, cette disposition n'implique pas non plus la poursuite d'un résultat définitif — recrutement ou promotion —, mais elle offre des possibilités supplémentaires aux femmes pour leur faciliter l'entrée dans le monde du travail et la carrière. Ajoutons que, comme cela ressort de l'ordonnance de renvoi, l'article 9, bien qu'il prévoie un pourcentage fixe d'entretiens d'embauche devant être accordés aux femmes, prévoit que soit effectué un examen préliminaire des candidatures et que seuls soient appelés à y participer les candidats qui possèdent les conditions requises ou en

tout cas prévues pour occuper le poste ou exercer certaines fonctions. La disposition concerne donc les entretiens d'embauche postérieurs à une première sélection à laquelle participent toutes les personnes intéressées. Il s'ensuit que tout travailleur peut concourir à la même sélection et donc être présélectionné sur la base des critères d'appréciation qui, on le présume, sont ceux qui ont été fixés pour le régime général et, plus précisément, ceux visés à l'article 10, paragraphes 1 à 3, de la même loi.

Nous estimons par conséquent que la disposition relative aux entretiens d'embauche n'est pas non plus contraire au droit communautaire.

Sur le point 5 de la question préjudicielle: la composition des comités

42. Le dernier point concerne la composition des organes représentatifs des travailleurs et des organes d'administration et de surveillance. D'après l'article 14 de la loi allemande, « les femmes doivent représenter au moins la moitié des membres des commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et autres comités ».

Il nous semble que cette disposition précise clairement que les membres des organes internes de l'administration doivent être pour moitié des travailleurs de sexe féminin. L'article 14 prévoit en effet un quota rigide de présence des femmes, quota qui, de surcroît, fait abstraction des aptitudes de celles-ci. Or, s'il est vrai que la loi allemande — comme nous l'avons fait observer précédemment — semble avoir pour but d'indiquer un programme général destiné à faciliter les recrutements et promotions des femmes dans la fonction publique, la disposition relative à la composition des organes internes ne semble toutefois pas, compte tenu de son libellé, souffrir de dérogations.

En conséquence, eu égard aux observations précédentes relatives aux conditions que doit remplir une action positive pour être jugée compatible avec le droit communautaire et, en particulier, à la nécessité reconnue que tous les travailleurs puissent concourir pour chaque poste lié au rapport d'emploi, nous estimons qu'une disposition ayant le contenu de la disposition législative allemande en cause est contraire, de façon générale, à l'égalité de traitement des travailleurs, étant donné qu'elle va manifestement au-delà des limites de l'adoption de mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances des femmes. Nous estimons donc sur la base de ces considérations que la mesure prévue par l'article 14 du HGlG est contraire à l'article 2, paragraphe 1, de la directive et ne saurait relever des actions positives visées à l'article 2, paragraphe 4, de celle-ci.

Conclusions

43. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par le Staatsgerichtshof:

« 1) L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ne s'oppose pas à une législation nationale, telle que celle figurant dans la loi du Land de Hesse du 30 décembre 1993, sur l'égalité de traitement des hommes et des femmes et sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes dans la fonction publique, qui dispose que, en cas de sous-représentation des femmes dans un secteur ou un grade de carrière de la fonction publique, l'administration est tenue:

a) d'adopter, afin d'éliminer progressivement cette inégalité, un plan de promotion et d'autres mesures destinées à garantir des chances égales aux hommes et aux femmes dans la fonction publique, ainsi qu'à destiner tendanciellement aux femmes, dans la mise en œuvre de ce plan de promotion, plus de la moitié des postes qui deviendraient disponibles, étant cependant entendu qu'il est exclu qu'une telle législation nationale puisse accorder une préférence automatique aux candidats de sexe féminin et qu'il est en toute hypothèse nécessaire qu'elle garantisse que tous les candidats,

qu'ils soient de sexe masculin ou féminin, soient toujours soumis à un examen objectif de leur profil professionnel et personnel, et ce même dans l'hypothèse où cet examen se fonde sur des critères d'appréciation, du type de ceux visés par la loi allemande en cause, qui ont pour objectif de favoriser les candidats de sexe féminin;

b) de destiner aux femmes un pourcentage de postes, dans le secteur scientifique, qui varie en fonction du pourcentage de présence féminine parmi les titulaires de doctorat, les diplômés et les étudiants, et ce pour autant que ce pourcentage ne dépasse pas la moitié du nombre de postes disponibles et qu'une préférence automatique ne soit pas accordée aux candidats de sexe féminin, dans le sens visé sous a);

c) de réserver aux femmes la moitié des postes dans les cours de formation;

d) d'inviter aux entretiens d'embauche destinés à sélectionner du personnel en vue de recrutements autant de candidats de sexe féminin qu'il n'y a de candidats de sexe masculin, ou uniquement des candidats de sexe féminin, lorsque ces derniers s'avèrent aptes à occuper le poste et pour autant que l'appréciation des candidats soit effectuée en tenant compte du profil de toutes les personnes qui concourent pour le même poste, au sens visé sous a).

2) L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207 s'oppose à une législation nationale en vertu de laquelle la moitié des membres des organes internes de la fonction publique doivent être de sexe féminin.»