CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 15 mai 1997 *

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 [1] (ci-après la « directive sur l'égalité de traitement » ou la « directive ») s'oppose-t-il à ce qu'une réglementation nationale impose de promouvoir prioritairement les femmes dans les secteurs d'activité du service public dans lesquels elles sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré d'une carrière, lorsque les qualifications (aptitude, compétence et prestations professionnelles) des candidats masculins et féminins sont égales, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne l'emportent? C'est la question qui a été déférée à la Cour par le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen.

La directive sur l'égalité de traitement

2. L'article 1[er], paragraphe 1, de la directive sur l'égalité de traitement dispose:

« La présente directive vise la mise en œuvre, dans les États membres, du 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 ... Ce principe est dénommé ci-après 'principe de l'égalité de traitement'. »

3. L'article 2 prévoit, dans les passages pertinents en l'espèce:

« 1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

...

4. 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 des femmes dans les domaines visés à l'article 1[er] paragraphe 1. »

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 39, p. 40.

4. L'article 3, paragraphe 1, précise:

« L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle. »

5. L'article 6 stipule:

« Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes. »

Les faits et la législation nationale

6. Le statut des fonctionnaires du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie dispose:

« Si, dans le secteur de l'autorité compétente pour la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité, à égalité de qualification, d'aptitude et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne l'emportent » [2].

7. Selon les observations du Land, cette disposition nationale vise à faire contrepoids à la discrimination structurelle à laquelle les femmes seraient confrontées, à défaut, en raison de certains critères secondaires traditionnels: à qualifications égales, on aurait tendance à recruter un homme de préférence à une femme a) du fait de la probabilité que l'homme soit plus âgé et qu'il possède une plus grande ancienneté de service grâce à un moins grand nombre d'interruptions de carrière et b) pour des raisons d'ordre « social » — tendance à offrir un emploi à un homme ayant des personnes à charge plutôt qu'à une femme mariée à un homme qui travaille. La disposition nationale litigieuse introduit, en effet, un critère supplémentaire, à savoir la qualité de femme, lequel doit, en principe, obligatoirement primer les critères secondaires traditionnels.

8. Cette règle est cependant assortie d'une possibilité de dérogation: « à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne l'emportent ». La portée exacte de cette pos-

2 — Première partie de la deuxième phrase de l'article 25, paragraphe 5, du Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen dans la version publiée le 1er mai 1981 (Gesetz und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW) p. 234), modifié en dernier lieu par l'article 1er de la septième loi portant modification de certaines règles de la fonction publique (siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechlicher Vorschriften), du 7 février 1995 (GVNW p. 102).

sibilité de dérogation n'est pas immédiatement évidente. Cela n'est peut-être pas fortuit: selon les observations écrites du Land, le législateur a délibérément entendu, par l'emploi de l'expression « motifs tenant à la personne d'un candidat », choisir une notion juridique imprécise, afin de garantir une souplesse suffisante et, en particulier, laisser à l'administration une marge d'appréciation lui permettant de prendre en considération toutes sortes de motifs pouvant tenir à la personne de l'autre candidat. Il ressort néanmoins des observations écrites et orales du Land que lesdits motifs doivent au moins inclure les critères secondaires traditionnels précédemment cités, à savoir l'ancienneté et les « raisons sociales ». Cela soulève en soi des doutes — sur lesquels nous reviendrons — sur le point de savoir si la dérogation ne pourrait pas être elle-même discriminatoire et, partant, illégale.

9. M. Marschall est un enseignant qui a présenté sa candidature à une promotion. Il a été informé que le poste devait être attribué à une concurrente: les deux candidats étaient aussi qualifiés l'un que l'autre et, comme le nombre des femmes était inférieur à celui des hommes au niveau et au grade considérés, c'était la femme qui devait être promue en raison de la réglementation précitée. M. Marschall a introduit une action judiciaire tendant à obtenir que soit ordonné à l'autorité défenderesse de lui attribuer le poste litigieux. Éprouvant des doutes quant à la compatibilité de la législation nationale avec l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive sur l'égalité de traitement, le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen a sursis à statuer et a déféré à la Cour la question préjudicielle précédemment indiquée.

10. Des observations écrites ont été présentées par le Land Nordrhein-Westfalen, les gouvernements autrichien, du Royaume-Uni, espagnol, finlandais, français, norvégien [3] et suédois ainsi que par la Commission. Le Land Nordrhein-Westfalen, les gouvernements du Royaume-Uni, finlandais, néerlandais et suédois ainsi que la Commission ont été représentés à l'audience.

La jurisprudence de la Cour

11. Il est important d'observer d'emblée que, comme cela ressort de la question posée, la Cour n'est pas — et n'aurait pas lieu d'être — invitée à statuer sur l'opportunité, à titre général, de l'« affirmative action » ou action positive [4]: la question posée par la juridiction nationale porte sur la conformité de la réglementation nationale litigieuse à deux dispositions précises de la directive sur l'égalité de traitement. De même, dans son récent arrêt Kalanke [5], qui concernait une réglementation nationale similaire, la Cour ne s'était attachée — en dépit de la teneur d'une partie des

3 — En vertu de l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, tel que modifié à la suite de la déclaration de la Communauté européenne sur les droits des États de l'AELE devant la Cour de justice des Communautés européennes, annexée à l'acte final adoptant l'accord sur l'Espace économique européen (JO 1994, L 1, p. 523).

4 — Concernant cette terminologie, voir les conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt du 17 octobre 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), notamment point 8. Voir aussi la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'interprétation de l'arrêt rendu le 17 octobre 1995 par la Cour de justice dans l'affaire C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, COM (96) 88 final, p. 3.

5 — Arrêt précité, note 4. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux articles et commentaires. Les publications allemandes sont largement citées dans les observations du Land.

réactions de la doctrine à cet arrêt [6] — qu'à la compatibilité de la réglementation dont il s'agissait avec les mêmes dispositions. Nous reviendrons sur la question plus vaste du rôle qui incombe véritablement à la Cour en matière de définition de certaines options.

12. Avant d'aborder l'arrêt Kalanke, nous examinerons brièvement les deux arrêts antérieurs dans lesquels la Cour a fourni des indications quant au champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, disposition qui est au centre de la présente affaire.

13. L'arrêt Hofmann [7] concernait la compatibilité, avec la directive sur l'égalité de traitement, d'une législation nationale qui réservait aux mères la possibilité d'un congé rémunéré après la naissance d'un enfant. La Cour n'a pas fondé sa décision sur l'article 2, paragraphe 4, mais sur l'article 2, paragraphe 3, qui prévoit que la directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité. L'avocat général M. Darmon a cependant examiné l'article 2, paragraphe 4, et a conclu:

« Du système [de la directive] il ressort que les exceptions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2 donnent l'exacte mesure du champ d'application assigné au principe posé par l'article 2, paragraphe 1. Cet agencement révèle, à lui seul, l'importance conférée par le législateur communautaire à ces réserves, ce que leur analyse va confirmer.

Celle énoncée par le paragraphe 4 de l'article 2 occupe une place à part. Cette disposition ouvre la voie aux mesures nationales 'visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait'; elle ne fait exception au principe qu'en apparence: visant à compenser les discriminations de fait existantes, elle tend à rétablir l'égalité et non à l'affecter. Autrement dit, dès lors qu'est constatée l'inégalité de fait à supprimer, cette dérogation doit s'entendre largement » [8].

14. Le second arrêt, Commission/France [9], concernait la compatibilité, avec la directive sur l'égalité de traitement, d'une dérogation apportée à une législation nationale qui la mettait en œuvre. Cette dérogation visait à exempter de l'interdiction de discrimination les contrats de travail ou conventions collec-

6 — Voir, par exemple, le commentaire d'Eva Brems, dans sa note de jurisprudence publiée dans 2 *Columbia Journal of European Law*, 172 (1995/1996), p. 177: « Or, au lieu de conclure qu'il fallait combiner l'ensemble des trois modèles d'actions positives, M. Tesauro aborde alors le texte de la directive » ainsi que l'affirmation d'Anne Peters dans « The many meanings of Equality and Positive action in Favour of Women under European Community Law — A conceptual analysis », 2 *European Law Journal*, 177 (1996), p. 190, selon laquelle cet arrêt « illustre le manque de volonté, de la Cour, d'admettre les difficultés qui résultent de la multiplicité des paradigmes ».

7 — Arrêt du 12 juillet 1984 (184/83, Rec. p. 3047).

8 — Point 9 des conclusions.

9 — Arrêt du 25 octobre 1988 (312/86, Rec. p. 6315).

tives accordant certains droits particuliers aux femmes. Au nombre de ces droits particuliers figuraient la réduction du temps de travail pour les femmes ayant dépassé l'âge de 59 ans, ou affectées à certaines tâches telles que la dactylographie ou le travail sur matériel informatique, l'avancement de l'âge de la retraite, le congé pour l'adoption d'un enfant, le congé pour enfant malade, l'octroi d'un jour de congé le jour de la rentrée scolaire ou d'heures de congé à l'occasion de la fête des mères, le versement de primes pour aider les mères de famille à supporter les frais de crèche ou de garde de leurs enfants, un congé de maternité supplémentaire, l'octroi d'un certain nombre de jours supplémentaires de congé annuel par enfant et l'octroi de points de retraite supplémentaires par enfant à partir du deuxième enfant [10].

15. La Cour a estimé que ces mesures ne pouvaient être justifiées sur la base de l'article 2, paragraphe 4, et a dit pour droit:

« l'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4 ... 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 » [11].

16. L'arrêt le plus récent dans lequel la Cour a examiné l'article 2, paragraphe 4, et le plus pertinent aux fins de l'affaire dont elle est actuellement saisie, est l'arrêt Kalanke [12]. Dans l'affaire Kalanke, la réglementation litigieuse prévoyait que les candidates à un poste devaient, si elles possédaient des qualifications égales à celles de leurs concurrents masculins, être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles étaient sous-représentées et il était précisé qu'il y avait sous-représentation des femmes lorsqu'elles ne représentaient pas la moitié au moins des effectifs au grade concerné de la carrière considérée dans un service [13]. Cette règle n'était assortie d'aucune exception, mais la juridiction de renvoi estimait qu'elle devait être interprétée conformément au Grundgesetz (loi fondamentale allemande) en ce sens que si, en principe, priorité devait être donnée à la femme pour une promotion, l'équité devait néanmoins amener à faire, le cas échéant, une exception à ce privilège [14].

10 — Voir point 8 de l'arrêt et conclusions de l'avocat général M. Slynn, p. 6327.

11 — Point 15 de l'arrêt. L'expression « actual instances of inequality », figurant dans la version anglaise de l'arrêt, est peut-être préférable à celle utilisée dans la version anglaise de l'article 2, paragraphe 4, qui mentionne les inégalités existantes (« existing inequalities »). Elle est également plus proche des autres versions linguistiques de cette disposition. L'avocat général M. Slynn avait estimé que les mesures en question ne pouvaient pas être justifiées sur la base de l'article 2, paragraphe 4, dans la mesure où les hommes n'avaient jamais bénéficié du type de droits en cause, de sorte qu'il n'existait pas, en leur faveur, des inégalités affectant les chances des femmes dans le domaine du travail. Ce point de vue semble cependant reposer sur une lecture quelque peu littérale de la version anglaise de l'article 2, paragraphe 4.

12 — Arrêt précité, note 4.

13 — Point 3 de l'arrêt.

14 — Point 9 de l'arrêt.

17. M. Kalanke et M^me^ Glissmann avaient été retenus pour une promotion. Il était admis qu'ils possédaient des qualifications égales pour le poste et que les femmes étaient sous-représentées dans le secteur concerné. La réglementation nationale imposait donc d'attribuer le poste de promotion en question à M^me^ Glissmann. M. Kalanke a introduit une action dans le cadre de laquelle il a notamment contesté la validité de la règle nationale litigieuse au regard du droit allemand. Bien que d'avis que cette règle était compatible avec les dispositions de droit interne invoquées par M. Kalanke, le Bundesarbeitsgericht éprouvait des doutes quant à sa compatibilité avec la directive sur l'égalité de traitement et a posé à la Cour des questions relatives à la portée de l'article 2, paragraphes 1 et 4.

18. La Cour est partie de l'idée qu'une disposition nationale selon laquelle, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins devaient automatiquement bénéficier de la priorité, dans les secteurs dans lesquels elles étaient sous-représentées, entraînait une discrimination fondée sur le sexe [15]. Dès lors que la directive sur l'égalité de traitement vise à mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, entre autres en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et qu'il est précisé, à son article 2, paragraphe 1, que le principe de l'égalité de traitement implique « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement », la violation de ce principe était manifeste à première vue.

19. La Cour a ensuite examiné le point de savoir si la réglementation litigieuse pouvait être permise par l'article 2, paragraphe 4. Répétant les termes de son arrêt Commission/France [16], elle a décrit cette disposition comme ayant 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. Elle a indiqué que cette disposition autorisait ainsi des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, avaient pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes [17].

20. La Cour a ensuite repris à son compte l'affirmation, formulée par le Conseil dans la recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes [18], selon laquelle « 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 société » [19]. Elle a poursuivi en déclarant que, néanmoins, en tant que dérogation à un

15 — Point 16 de l'arrêt.

16 — Arrêt précité, note 9.

17 — Points 18 et 19 de l'arrêt.

18 — Recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984 (JO L 331, p. 34).

19 — Troisième considérant.

droit individuel consacré par la directive, l'article 2, paragraphe 4, était d'interprétation stricte [20].

21. La Cour a conclu qu'une réglementation nationale garantissant la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion allait au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépassait les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive [21]. Elle a ajouté qu'un tel système, dans la mesure où il visait à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substituait 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 [22]. Elle a, par conséquent, répondu aux questions posées par la juridiction nationale que la directive s'opposait à une réglementation nationale qui, comme celle en cause, accordait automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes étaient sous-représentées, selon la définition de la sous-représentation donnée par ladite réglementation [23].

20 — Points 20 et 21 de l'arrêt.

21 — Point 22 de l'arrêt.

22 — Point 23 de l'arrêt.

23 — Point 24 et dispositif de l'arrêt. Pour la définition pertinente de la « sous-représentation », voir point 16 des présentes conclusions.

22. Ayant conclu que la réglementation nationale litigieuse était prohibée par la directive, la Cour n'avait pas à examiner la question de la proportionnalité. Les critiques qui lui ont été adressées par certains commentateurs [24] sur ce point ne sauraient donc être considérées comme fondées. D'autres supposent à tort que la Cour a considéré la réglementation litigieuse comme disproportionnée et qu'elle l'a jugée illégale pour ce motif [25].

Application de la jurisprudence Kalanke au cas d'espèce

23. Nous rappelons que le point de départ de la Cour, dans l'arrêt Kalanke, était l'idée qu'une réglementation nationale qui prévoyait que, lors d'une promotion pour laquelle des candidats masculins et féminins possédaient des qualifications égales, les femmes devaient automatiquement bénéficier de la priorité, dans les secteurs dans lesquels elles étaient sous-représentées, était une réglementation qui entraînait une discrimination fondée sur le sexe et qui était donc, en principe, contraire à la directive. Selon nous, il est évident que la disposition nationale litigieuse en l'espèce présente le même caractère discriminatoire et qu'elle est donc contraire à

24 — Voir, par exemple, Charpentier, Louis: « L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité », 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281(1996), p. 288; Peters, Anne: « The many Meanings of Equality... », précité à la note 6, p. 192 et 193.

25 — Voir, par exemple, note de jurisprudence de Jean-Louis Clergerie dans *Recueil Dalloz Sirey* (1996) (*Jurisprudence*) 221, p. 223; note de jurisprudence d'Eva Brems, précitée à la note 6, p. 174 et 175; Senden, Linda: « Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score? », 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 146 (1996), p. 151 et 152.

la directive, sauf à pouvoir être considérée comme permise par l'article 2, paragraphe 4. Il est certes exact que la règle nationale litigieuse en l'espèce ne s'exprime pas sous forme d'une automaticité de la promotion des femmes dans les cas où elle s'applique, mais il n'en demeure pas moins que ce qui est au coeur de cette règle, c'est l'idée que, sauf circonstances exceptionnelles, une femme doit être promue parce qu'elle est une femme, ce qui est manifestement contraire, à première vue, au principe d'égalité de traitement posé par la directive. Nous mentionnerons, en particulier, l'article 3, paragraphe 1 [26], qui stipule que l'application de ce principe implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions notamment de promotion, *y compris les critères de sélection.*

24. La question essentielle est la question de savoir si la disposition nationale litigieuse relève de l'article 2, paragraphe 4, et est donc compatible avec la directive. La juridiction nationale a été incitée à poser une question préjudicielle à la Cour, dans la présente affaire, à cause de la différence entre la réglementation nationale de l'espèce et celle qui était litigieuse dans l'affaire Kalanke. Elle souligne, en particulier, le fait que, dans l'arrêt Kalanke, la Cour a conclu qu'« une réglementation nationale qui garantit la priorité *absolue et inconditionnelle* aux femmes lors d'une promotion » dépasse les limites de l'article 2, paragraphe 4 [27], et demande si la possibilité de dérogation prévue par la disposition nationale dont elle est saisie a pour effet de rendre celle-ci compatible avec la directive.

25. Les gouvernements français et du Royaume-Uni estiment que, en dépit de cette possibilité de dérogation, la disposition nationale litigieuse est contraire à la directive. A titre d'argument principal, ils font valoir que, dans la mesure où cette disposition vise à imposer une égalité de représentation et non à promouvoir l'égalité des chances, le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt Kalanke trouve application.

26. Le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, les gouvernements autrichien, espagnol, finlandais, norvégien et suédois ainsi que la Commission [28] sont de l'avis contraire. Ils soutiennent, en effet, que la souplesse que comporte la disposition nationale actuellement litigieuse — à savoir l'existence de la possibilité de dérogation — constitue un motif suffisant pour écarter l'arrêt Kalanke à titre de précédent: en l'espèce, il n'existe pas de garantie d'une priorité absolue et inconditionnelle [29].

27. Cette thèse présente, selon nous, un certain nombre de faiblesses.

26 — Reproduit au point 4.

27 — Point 22 de l'arrêt; c'est nous qui soulignons.

28 — Voir aussi la communication précitée à la note 4, p. 9.

29 — On peut noter que la juridiction fédérale de travail qui avait demandé une décision à titre préjudiciel dans l'affaire Kalanke a également estimé, lorsqu'elle a statué au vu de l'arrêt de la Cour, que le point critique de la réglementation dont elle avait à connaître était l'absence de règle spécifique de dérogation telle que celle de l'espèce: voir note de Sacha Prechal sur l'arrêt Kalanke, 33 *Common Market Law Review* 1245 (1996), p. 1256, et Senden, Linda: « Positive Action in the EU Put to the Test... », précité à la note 25, p. 157.

28. En premier lieu, 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 » [30]. 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 [31]. 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.

29. Le raisonnement suivi dans l'arrêt Kalanke incite également à penser que la disposition de l'espèce est illégale. Au point 23 de son arrêt, la Cour a déclaré, au sujet du système dont il était question, qu'un tel système « dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes ... 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 ». Ce passage a été critiqué par certains commentateurs qui lui ont reproché un défaut de clarté [32]. A notre avis, son sens est cependant clair. L'article 2, paragraphe 4, concerne, explicitement, les mesures « visant à promouvoir l'égalité des chances ». Selon les termes de l'avocat général M. Tesauro, dans ses conclusions sous l'arrêt Kalanke:

« Donner une égalité de chances ne peut signifier, selon nous, 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, 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 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 » [33].

30 — Point 9 de l'arrêt.

31 — Voir également Senden, Linda: « Positive Action in the EU Put to the Test... », précité à la note 25, p. 149. Depuis lors, au titre des dispositions relatives aux missions de l'État (« Staatszielbestimmungen »), une disposition nouvelle a été ajoutée à l'article 3, paragraphe 2, pour prévoir que l'État « favorise la mise en œuvre de l'égalité de fait entre hommes et femmes et s'efforce de réduire les désavantages existants ». Voir également Gornig, Gilbert H., et Reckewert, Sven: « The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law » (1997) *Public Law* 137, p. 147 à 149.

32 — Voir, par exemple, note de jurisprudence de Georges Friden in (1995) *Annales du droit luxembourgeois* 483, p. 488 à 490, et de Schutter, Oliver, et Renauld, Bernadette: « Égalité de traitement — L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995 » (1996) *Journaux des tribunaux du travail* 125, p. 126.

33 — Point 13.

30. Certes, le fait que deux candidats possèdent des qualifications équivalentes n'implique pas nécessairement qu'ils aient eu des chances égales précédemment; en effet, l'un des candidats peut tout simplement avoir été confronté à de plus grandes difficultés que l'autre pour l'acquisition de ses qualifications, ou les avoir acquises dans le cadre d'un programme de formation destiné à permettre de surmonter pareilles difficultés. (Le Land semble effectivement supposer que, si un homme et une femme possèdent des qualifications égales pour une promotion, la femme sera souvent plus jeune ou n'aura qu'une moindre ancienneté de service. On peut penser que, en pareille situation, la femme aurait prouvé par là même une plus grande capacité que son concurrent et qu'il serait naturel de la choisir.) Toutefois, cet aspect ne nous paraît pas pertinent aux fins de la question dont la Cour est saisie: dans la mesure où la disposition nationale ne s'applique qu'en cas de qualifications égales des candidats, il demeure que, chaque fois qu'elle s'applique, on se trouve en présence de candidats dont les qualifications sont égales et qui possèdent, par définition, des chances égales de promotion, si la procédure de sélection n'est pas discriminatoire.

31. Dans ses conclusions, l'avocat général M. Tesauro a développé davantage cette explication de la distinction entre les mesures permises par l'article 2, paragraphe 4, à savoir celles « destinées à éliminer les obstacles empêchant les femmes d'atteindre les mêmes résultats dans des conditions égales », et les mesures qui ne le sont pas, à savoir celles « 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* » [34]. Il nous semble manifeste que c'est cette distinction qui sous-tend la conception formulée par la Cour au point 23 de l'arrêt Kalanke. Que l'image utilisée pour l'exprimer évoque l'idée d'éliminer les obstacles au lieu d'imposer les résultats, l'idée d'assurer l'égalité au point de départ et non au point d'arrivée ou l'idée de garantir l'égalité des chances et non des résultats, la distinction est claire du point de vue conceptuel et, à notre avis, il sera normalement possible de voir de quel côté de la ligne de partage se situe une mesure donnée.

32. Il nous semble donc qu'il résulte de l'arrêt Kalanke que toute réglementation qui va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances en visant à établir, au lieu de celle-ci, le résultat souhaité de l'égalité de représentation dépasse, elle aussi, les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive, qu'elle est donc contraire au principe de l'égalité de traitement énoncé à l'article 2, paragraphe 1, et que, au stade actuel du droit communautaire, elle est illégale. Cette optique nous paraît pleinement en accord avec l'économie générale de la directive. Il va de soi que, dans un cas donné, l'égalité des chances entre hommes et femmes n'existe pas si, toutes choses étant égales par ailleurs, l'un des deux est nommé ou promu de préférence à l'autre uniquement en raison de son sexe. La directive vise la protection de droits individuels; cela ressort clairement de son article 6 [35], qui impose aux États membres d'assurer les voies de droit requises « à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 ». Si la règle nationale qui

34 — Point 22.

35 — Reproduit au point 5 ci-dessus.

était en cause dans l'affaire Kalanke avait été déclarée légale, les hommes travaillant dans les secteurs dans lesquels elle s'appliquait se verraient toujours refuser l'égalité de traitement et l'égalité des chances dans les circonstances considérées. Quel que soit le champ d'application envisagé de l'article 2, paragraphe 4, pareil résultat peut difficilement être considéré comme compatible avec le principe de l'égalité de traitement consacré par l'article 2, paragraphe 1, ou avec la promotion de l'égalité des chances exigée dans le cas des mesures visées à l'article 2, paragraphe 4.

33. A notre avis, la possibilité de dérogation dont est assortie la disposition nationale litigieuse en l'espèce n'affecte pas la conclusion selon laquelle cette disposition est illégale, et ce pour les raisons suivantes.

34. En premier lieu, comme le soulignent la juridiction nationale et le gouvernement du Royaume-Uni, si la possibilité de dérogation entre en application, elle ne fait que remplacer la règle accordant la priorité aux femmes dans un cas particulier: elle ne change rien au caractère discriminatoire de cette règle sur le plan général.

35. Au surplus, comme le fait remarquer le gouvernement français, le champ d'application de la possibilité de dérogation n'est pas clair (et cela correspond apparemment [36] à l'intention du législateur). Il est constant que les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles du droit des États membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect [37].

36. En tout état de cause, à supposer même que la présence d'une possibilité de dérogation puisse, en principe, rendre une disposition telle que celle en cause compatible avec la directive, elle ne le pourrait que sous réserve que ladite possibilité de dérogation soit elle-même à l'abri de toute critique. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce. Aux éléments exposés dans les points précédents s'ajoute un problème supplémentaire, tenant au fonctionnement de la dérogation. Le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie a indiqué que la disposition nationale litigieuse vise à reléguer, dans les procédures de sélection, l'application de certains « critères secondaires traditionnels » qu'il considère — assurément à juste titre [38] — comme discriminatoires. Or, il s'avère qu'il est prévu, malgré tout, que ces critères précis puissent être utilisés lorsque la possibilité de dérogation est invoquée, de sorte que le poste peut être attribué à l'homme sur la base de critères dont le caractère discriminatoire est

36 — Voir point 8 ci-dessus.

37 — Voir, par exemple, arrêt du 21 juin 1988, Commission/Italie (257/86, Rec. p. 3249, point 12).

38 — Nous reviendrons sur cet aspect au point 40.

admis [39]. 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.

37. Nous concluons dès lors que, en dépit de la présence de la possibilité de dérogation, la disposition nationale litigieuse est illégale au vu de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Kalanke. Nous souhaiterions ajouter, sur un plan général, qu'il faut, à notre avis, résister à la tentation d'écarter l'application de l'arrêt Kalanke pour des motifs d'ordre étroitement formel. Comme nous l'avons précédemment expliqué, les raisons qui ont conduit à la conclusion retenue par la Cour dans cet arrêt sont claires et s'appliquent tout autant à la présente affaire. S'efforcer à tout prix de différencier des cas similaires en raison de nuances de la législation contestée conduirait vraisemblablement à une confusion quant au droit ainsi qu'à une prolifération de recours dont les résultats seraient arbitraires.

38. On objectera peut-être [40] que l'invalidation de la disposition nationale litigieuse aurait pour effet d'entraîner un retour aux critères qu'elle était destinée à remplacer et dont le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie admet le caractère discriminatoire, et que cela pourrait difficilement être considéré comme une « mise en œuvre ... du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi » [41].

39. Toutefois, la circonstance que les réglementations nationales en cause dans la présente affaire et dans l'affaire Kalanke sont contraires au droit communautaire n'implique pas qu'une administration puisse légalement appliquer les critères de sélection, qualifiés de critères secondaires traditionnels, dont il a été indiqué qu'ils s'appliquaient en l'absence desdites réglementations [42]. Il semble effectivement manifeste que ces critères sont à la fois appliqués et considérés par certains comme acceptables: par exemple, il a été indiqué que M. Kalanke avait fait valoir devant les juridictions nationales que, même à supposer que M^me^ Glissmann soit aussi qualifiée, c'est lui qui devait être promu pour des raisons sociales (à savoir le fait qu'il était marié, que son épouse ne travaillait pas et qu'il avait deux enfants) [43]. Il semble tout aussi manifeste que l'application de tels critères dans une procédure de sélection constitue en elle-même une violation de la directive sur l'égalité de traitement: nous rap-

39 — Selon ce qui a été indiqué, la juridiction fédérale ayant saisi la Cour dans l'affaire Kalanke avait souligné que le législateur du Land de Brême, qui avait adopté la règle litigieuse dans cette affaire, s'était délibérément abstenu de prévoir une exception formulée de manière aussi large que celle de l'espèce, estimant qu'il y avait trop de risques de voir son application conduire à une discrimination indirecte: voir note de Sacha Prechal, précitée à la note 29, p. 1257. De surcroît, en l'espèce, le Land a affirmé à l'audience que la clause dérogatoire, qu'il a comparée à une « épée de Damoclès », était rarement invoquée par crainte que son application ne donne lieu à une action judiciaire.

40 — Voir, par exemple, Schiek, Dagmar: « Positive Action in Community Law », 25 *Industrial Law Journal* 239 (1996), p. 241.

41 — Article 1^er^, paragraphe 1, de la directive.

42 — Voir point 7 ci-dessus.

43 — Voir Schiek, Dagmar: « Positive Action in Community Law », précité à la note 40, p. 240; Senden, Linda: « Positive Action in the EU Put to the Test... », précité à la note 25, p. 147 et 148, et note de jurisprudence de Sacha Prechal, précitée à la note 29, p. 1246.

pelons que l'article 2, paragraphe 1, stipule « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial » et que l'article 3, paragraphe 1, interdit explicitement la discrimination « dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail ». Un État membre qui admet l'application de tels critères discriminatoires agit en méconnaissance des obligations qui lui incombent en vertu de la directive sur l'égalité de traitement et des articles 5 et 189 du traité, tout comme un État membre qui a omis de veiller à ce que toute personne qui s'estime indûment lésée par une discrimination puisse « faire valoir ses droits par voie juridictionnelle » conformément à l'article 6 de la directive [44].

Le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4

40. Pour les raisons précédemment exposées, nous en sommes venu à conclure que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive sur l'égalité de traitement s'oppose à ce qu'une réglementation nationale impose, sauf primauté de motifs tenant à la personne d'un candidat masculin, de promouvoir prioritairement les femmes dans les secteurs d'activité du service public dans lesquels elles sont moins nombreuses que les hommes au grade considéré d'une carrière, lorsque les qualifications (aptitude, compétence et prestations professionnelles) des candidats masculins et féminins sont égales.

41. Il est peut-être utile d'ajouter quelques remarques concernant les types de mesures qui nous paraissent soit relever soit ne pas relever de l'application de l'article 2, paragraphe 4, dont nous rappelons qu'il stipule que la 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 des femmes dans les domaines visés à l'article 1[er] paragraphe 1 », à savoir l'accès à l'emploi, y compris la promotion, la formation professionnelle et les conditions de travail.

42. Il ressort clairement du libellé de l'article 2, paragraphe 4, et de l'interprétation qui en a été donnée par la Cour 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.

43. A notre avis, 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

44 — Voir arrêts du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, (14/83, Rec. p. 1891, point 18), et du 22 avril 1997, Drachmpaehl (C-180/95, Rec. p. I-2195, points 24 à 27).

aux deux sexes, permet d'atteindre le même résultat [45]. A titre d'exemple de règle neutre, on peut noter que, pour le recrutement de leur personnel, les institutions communautaires prévoient souvent un report de la limite d'âge en faveur des « candidats qui, afin de pouvoir s'occuper d'un enfant en bas âge sous leur toit, n'ont pas exercé d'activité professionnelle pendant au moins un an » [46].

44. Bien que formulée en termes neutres, une telle disposition a toutes les chances, en pratique, de jouer en faveur d'un beaucoup plus grand nombre de femmes que d'hommes. En dépit de cet effet indirectement discriminatoire, elle est légale, selon nous, en vertu de l'article 2, paragraphe 4.

45. Néanmoins, il se pourrait que certaines mesures visant à éliminer les désavantages spécifiques que rencontrent les femmes sur le marché de l'emploi puissent mieux atteindre leur objectif si elles sont expressément conçues de manière à ne bénéficier qu'aux femmes. A notre avis, de telles mesures relèveraient, elles aussi, de l'article 2, paragraphe 4. Cette approche correspond à l'affirmation de la Cour, dans l'arrêt Kalanke, selon laquelle l'article 2, paragraphe 4, « autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes » [47]. Pour être autorisées sur la base de l'article 2, paragraphe 4, les mesures directement discriminatoires doivent « donc tendre à éliminer les obstacles qui s'opposent à l'égalité de chances des femmes, en intervenant, par exemple, sur l'orientation scolaire et sur la formation professionnelle » [48].

La question du choix d'une certaine politique

46. En souscrivant à une interprétation de l'article 2, paragraphe 4, qui exclut les mesures accordant directement une préférence aux femmes pour la promotion et le recrutement dans les secteurs où elles sont sous-représentées, nous n'exprimons nullement une quelconque opinion quant à l'opportunité de principe de pareilles mesures. Il est incontestable que — comme l'a fait valoir le gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire Kalanke [49] — l'inégalité de la représentation des femmes est le résultat de tout un cocktail de facteurs, et il se peut que le traitement préférentiel des femmes constitue un moyen d'améliorer l'un

45 — D'ailleurs, réserver aux femmes le bénéfice des mesures concernant les enfants, en particulier, peut même apparaître comme allant à l'encontre de l'objectif de traiter les hommes et les femmes comme participant à égalité à la main-d'œuvre, puisque cela renforce l'idée que l'éducation des enfants doit principalement incomber aux femmes: voir O'Hare, Ursula A.: « Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 *Kalanke* v *Freie Hansestadt Bremen* » [1996] *Web Journal of Current Legal Issues*, et note de jurisprudence de Sacha Prechal, précitée à la note 29, p. 1253.

46 — Voir, par exemple, avis de concours général CJ/LA/18, JO 1996 C 268 A, p. 8, point 3, sous c) (recrutement de juristes-linguistes pour la Cour de justice); avis de concours général CC/A/6/96, JO 1997, C 84 A, p. 5, point 1, sous b) (recrutement de statisticiens pour la Cour des comptes).

47 — Point 19 de l'arrêt.

48 — Point 19 des conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt Kalanke.

49 — Cité par O'Hare, Ursula A.: « Positive Action Before the European Court of Justice... », précité à la note 45.

des ingrédients (encore que l'on puisse observer que l'impact des règles en cause dans l'affaire Kalanke et dans la présente affaire semble avoir été particulièrement faible [50], ce qui n'est sans doute guère étonnant, dans la mesure où les motifs de dérogation sont essentiellement les mêmes que ceux qui interviendraient en l'absence de la règle à laquelle il s'agit de déroger). Toutefois, la question de savoir si une telle politique est souhaitable ou appropriée relève du législateur, et non de la Cour [51], dont le rôle consiste en l'espèce, comme dans l'affaire Kalanke, à interpréter la législation existante. La Cour doit résister à toute tentation de modeler le résultat en fonction d'une certaine option, si attrayante puisse-t-elle être. Comme l'a déclaré un Industrial Tribunal britannique dans le contexte analogue de la légalité de listes exclusivement composées de femmes établies dans le cadre de la sélection des candidats du parti travailliste dans certaines circonscriptions:

« [Le redressement du déséquilibre de la représentation des deux sexes à la Chambre des communes] pourrait certes être considéré par beaucoup comme un motif louable, mais cet élément est dénué de toute pertinence au regard de la question de savoir si le système appliqué dans le cas qui nous occupe constitue une discrimination directe illégale à l'encontre des deux candidats de sexe masculin » [52].

47. Pour nous, il est parfaitement clair que — malgré beaucoup d'idées fausses de la critique [53] — l'arrêt Kalanke était dans la ligne du libellé de la directive. Certes, la législation a été élaborée il y a vingt ans et l'évolution sociale intervenue depuis lors peut signifier qu'il est devenu nécessaire de revoir une disposition dont le but et le champ d'application étaient justes au moment de son adoption. Toutefois, la révision de la législation communautaire relève, elle aussi, du législateur et non de la Cour. Il est intéressant d'observer qu'il existe actuellement deux initiatives parallèles visant à assurer, par des moyens différents, certaines formes d'action positive.

48. En 1996, à cause de l'arrêt Kalanke, la Commission a proposé une modification de l'article 2, paragraphe 4 [54]. Telle que modifiée par la proposition, cette disposition serait libellée comme suit:

« 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 1[er] 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

50 — Observations du Land dans la présente procédure; Schiek, Dagmar: « Positive Action... », précité à la note 40, p. 244. Voir, à titre général, Shaw, Josephine: « Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems » in *Discrimination: The Limits of Law*, Bob Hepple and Erika Szyszczak (Londres et New York: Mansell Publishing Ltd, 1992), p. 386.

51 — En dépit de l'opinion contraire exprimée par certains commentateurs: voir, par exemple, note de jurisprudence d'Eva Brems, précitée à la note 6, p. 178.

52 — Jepson/The Labour Party [1996] Industrial Relations Law Reports 116, p. 117.

53 — Voir, par exemple, Loenen, Titia, et Veldman, Albertine: « Preferential Treatment in the Labour Market after *Kalanke*: Some Comparative Perspectives », 12 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 43 (1996), p. 43: « The fundamental attack on preferential treatment which the decision in *Kalanke* seems to imply... »

54 — Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 76/207 (JO C 179, p. 8).

sexe sous-représenté, pour autant que de telles mesures n'excluent pas l'évaluation des circonstances particulières d'un cas précis » [55].

49. Étant d'avis que l'arrêt Kalanke se limite aux mesures d'action positive du type précis de celles ayant donné lieu à cet arrêt, la Commission estime que la modification qu'elle propose ne change rien au champ d'application de la directive sur l'égalité de traitement et n'est, au contraire, que purement « interprétative », « déclaratoire » et de « clarification » [56]. Pour les raisons que nous avons indiquées, nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion; selon notre point de vue, la modification proposée présente un caractère plus novateur que ne le laisse entendre la Commission. En outre, elle manque de clarté [57]. S'il est considéré comme souhaitable de poser le principe de l'admissibilité de certains types de mesures d'action positive, il est essentiel de définir clairement le champ d'application précis de ce principe (encore qu'il conviendrait peut-être, compte tenu des opinions divergentes sur les politiques à entreprendre et des mutations économiques et sociales, de laisser une certaine marge d'appréciation aux États membres quant à l'opportunité de faire usage d'une éventuelle dérogation de cette sorte et quant aux limites dans lesquelles ils entendent en faire usage).

50. La seconde initiative est une proposition de modification du traité qui s'inscrit dans le cadre de la conférence intergouvernementale. Il semble qu'il s'agirait de préciser que les États membres peuvent, sans violer les principes d'égalité de traitement et d'égalité des chances, prévoir certaines formes d'action positive. Il reste à voir quels seront les termes précis et le destin politique de cette proposition. Il semble probable que la modification proposée vise à compléter l'article 6, paragraphe 3, du protocole n° 14 sur la politique sociale (le « volet social »). Cette disposition stipule que ledit article 6 (qui énonce, en des termes très voisins de ceux de l'article 119 du traité, le principe de l'égalité des rémunérations) « ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle ». Dans la mesure où il est limité à l'égalité des rémunérations, l'article 6, paragraphe 3, bien que brièvement invoqué par la Commission, n'est d'aucune utilité en l'espèce.

La pertinence des instruments internationaux

51. Plusieurs des mémoires adressés à la Cour [58] mentionnent des conventions internationales qui, selon ce qui est allégué, viendraient à l'appui de la thèse selon laquelle l'article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement doit être interprété de

55 — Article 1er de la proposition de directive modificative.

56 — Voir exposé des motifs, COM (96) 93 final, p. 3, 4 et 7.

57 — Voir aussi la critique circonstanciée de la modification proposée qui figure dans l'avis du Comité économique et social du 25 septembre 1996 (JO 1997, C 30, p. 57, notamment points 3.1 et 3.2).

58 — Voir aussi la communication de la Commission, précitée à la note 4, p. 7 et 8.

manière suffisamment large pour inclure dans le champ des mesures qu'il autorise les mesures préférentielles telles que la règle nationale litigieuse.

52. Le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et la Commission invoquent la convention de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination [59], ratifiée par tous les États membres, à l'exception de l'Irlande, du grand-duché de Luxembourg et du Royaume-Uni. L'article 5 de cette convention dispose:

« 1. Les mesures spéciales de protection ou d'assistance des femmes prévues dans d'autres conventions ou recommandations adoptées par la Conférence internationale du travail ne sont pas considérées comme des discriminations.

2. Tout membre peut, après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, des charges de famille ou le niveau social ou culturel. »

53. Le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, les gouvernements autrichien, finlandais et norvégien ainsi que la Commission mentionnent la convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par l'ensemble des États membres de la Communauté européenne [60], et en particulier son article 4, paragraphe 1, qui est libellé comme suit:

« L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints. »

54. Les deux conventions précitées autorisent des « mesures spéciales », même discriminatoires à première vue, à titre de dérogations à l'interdiction de principe de la discrimination qu'elles comportent. Les parties qui les invoquent font valoir, soit explicitement soit implicitement, que la règle nationale litigieuse en l'espèce n'est pas contraire à ces conventions et que l'article 2, paragraphe 4, de la directive doit être interprété de manière à être en accord avec celles-ci.

59 — Convention n° 111, du 25 juin 1958, concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, UNTS, vol. 362, p. 31.

60 — Résolution 34/180 de l'assemblée générale, adoptée le 18 décembre 1979.

55. Les dispositions des conventions qui ont été invoquées sont indéniablement vagues: il n'est nullement certain qu'elles englobent le type de mesure préférentielle imposé par la réglementation nationale litigieuse en l'espèce. C'est pourquoi les conventions invoquées ne sont donc d'aucune utilité à titre d'instruments d'aide à l'interprétation des dispositions plus spécifiques de l'article 2, paragraphe 4.

56. En outre, elles sont libellées en des termes qui correspondent manifestement à des tolérances, et non à des règles péremptoires. L'interprétation de l'article 2, paragraphe 4, que nous préconisons ne donne donc pas lieu à un conflit direct avec ces conventions au même titre que si, par exemple, celles-ci imposaient explicitement aux États de prendre des mesures d'action positive du type de celle en cause en l'espèce. Par conséquent, il est inutile d'examiner ce qu'il en serait en cas de conflit. Cela soulèverait un certain nombre de questions délicates en ce qui concerne l'effet direct des conventions en question et le champ d'application de l'article 234 du traité CE [61].

57. Néanmoins, s'agissant de la question plus générale du champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, les types de mesures qui sont autorisés, selon nous, par cette disposition sont, en tout cas, ceux que les conventions invoquées semblent être destinées à faciliter.

Conclusion

58. Dès lors, il convient, selon nous, de répondre à la question déférée par le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen dans le sens suivant:

« 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, s'oppose à ce qu'une réglementation nationale prévoie que, sauf si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin l'emportent, les femmes sont à promouvoir prioritairement dans les secteurs d'activité du service public dans lesquels elles sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré d'une carrière, lorsque les qualifications (aptitude, compétence et prestations professionnelles) des candidats masculins et féminins sont égales. »

61 — Voir le récent arrêt du 14 janvier 1997, Centro-Com (C-124/95, Rec. p. I-81, points 55 à 60).