ARRÊT DE LA COUR

28 mars 2000 *

Dans l'affaire C-158/97,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), par le Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Allemagne) et tendant à obtenir, dans le cadre d'une procédure en contrôle de légalité sur requête déposée par

Georg Badeck e.a.,

en présence de:

Hessische Ministerpräsident

et

Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de 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

* Langue de procédure: l'allemand.

concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40),

LA COUR,

composée de MM. G. C. Rodríguez Iglesias, président, J. C. Moitinho de Almeida et R. Schintgen, présidents de chambre, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann et M. Wathelet, juges,

avocat général: M.A. Saggio,
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour M. Badeck e.a., par M. M. Sachs, professeur à l'université de Düsseldorf,

— pour le Hessische Ministerpräsident, par MM. E. Denninger et S. Simitis, professeurs à l'université de Francfort-sur-le-Main, en qualité d'agents,

— pour le Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, par M. K. Apel, Landesanwalt,

— pour le gouvernement néerlandais, par M. A. Bos, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement finlandais, par M. H. Rotkirch, ambassadeur, chef du service des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. J. Grunwald, conseiller juridique, et M^me^ M. Wolfcarius, membre du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de M. Badeck e.a., représentés par M. M. Sachs, du Hessische Ministerpräsident, représenté par MM. E. Denninger et S. Simitis, du Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, M. K. Apel, du gouvernement néerlandais, représenté par M. J. S. van den Oosterkamp, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, du gouvernement finlandais, représenté par M^me^ T. Pynnä, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, et de la

Commission, représentée par M. J. Grunwald et M^me^ M. Wolfcarius, à l'audience du 13 octobre 1998,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 10 juin 1999,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 16 avril 1997, parvenue à la Cour le 24 avril suivant, le Staatsgerichtshof des Landes Hessen a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), une question préjudicielle sur l'interprétation de 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, ci-après la « directive »).

2 Cette question a été soulevée dans le cadre d'une procédure en contrôle de légalité (« Normenkontrollverfahren ») sur requête déposée par M. Badeck e.a., en présence du Hessische Ministerpräsident (ci-après le « Ministerpräsident ») et du Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen (ci-après le « Landesanwalt »).

Cadre juridique

A — *Dispositions communautaires*

3 L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive dispose:

«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 1er paragraphe 1.»

4 Selon le troisième considérant de la recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (JO L 331, p. 34), «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». Se référant explicitement à l'article 2, paragraphe 4, de la directive, le Conseil recommandait aux États membres:

«1) d'adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi, et comportant des mesures générales et spécifiques appropriées, dans le cadre des politiques et pratiques nationales et dans le plein respect des compétences des partenaires sociaux, afin:

a) d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes qui travaillent ou qui cherchent un emploi, résultent d'attitudes, de comportements et de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société;

b) d'encourager la participation des femmes aux différentes activités dans les secteurs de la vie professionnelle où elles sont actuellement sous-représentées, en particulier dans les secteurs d'avenir, et aux niveaux supérieurs de responsabilité, pour obtenir une meilleure utilisation de toutes les ressources humaines;

...»

5 Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le 1er mai 1999, l'article 141 CE dispose, en ses paragraphes 1 et 4:

« 1. 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.

...

4. 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 les désavantages dans la carrière professionnelle. »

6 La déclaration n° 28, relative à l'article 141 (ex article 119), paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne, annexée au traité d'Amsterdam, prévoit:

« Lorsqu'ils adoptent les mesures visées à l'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. »

B — *Dispositions nationales*

7 Le Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (loi du Land de Hesse relative à l'égalité entre hommes et femmes et à l'élimination des discriminations relatives à l'encontre des femmes dans la fonction publique, ci-après le «HGlG») a été adopté le 21 décembre 1993 (*GBVBl.* I, p. 729). La durée de sa validité est fixée à treize ans à compter de son entrée en vigueur le 31 décembre 1993.

8 Selon son article 1er, le HGlG 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.

9 Il ressort de l'ordonnance de renvoi que les autres dispositions pertinentes du HGlG aux fins de l'affaire au principal sont les suivantes:

«Article 3 — Principes

1. Les services de l'administration ont l'obligation de contribuer à l'égalité des hommes et des femmes dans la fonction publique et à l'élimination de la sous-représentation des femmes ainsi que l'obligation de supprimer les discriminations fondées sur le sexe et la situation familiale, par l'intermédiaire de plans de

promotion des femmes (articles 4 à 6) et autres mesures de promotion (articles 7 à 14).

2. Les femmes sont sous-représentées lorsque, au sein du champ d'application d'un plan de promotion des femmes (article 4), 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 les femmes est inférieur au nombre de postes occupés par 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.

3. Les hommes et les femmes ne peuvent faire l'objet de discrimination fondée sur le sexe ou la situation familiale...

Article 5 — Contenu du plan de promotion des femmes

...

3. 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. Les particularités des différents secteurs et services sont déterminantes pour la fixation de ces objectifs.

4. 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 doit être destinée à des femmes. Cette règle ne s'applique pas lorsque l'appartenance à un sexe particulier constitue une condition indispensable pour l'exercice d'une activité. S'il est démontré de façon vraisemblable qu'il n'y a pas suffisamment de femmes ayant la qualification requise, il est possible de prévoir en conséquence un nombre inférieur de postes destinés aux femmes. 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. La troisième phrase est également d'application. Lorsque des mesures d'économie 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.

...

7. Les postes du service scientifique qui, conformément à l'article 57 a conjointement avec l'article 57 b, paragraphe 2, premier ou troisième alinéa, du 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 concernée. 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 au moins équivalent à celui qu'elles représentent au sein des étudiants de chaque discipline.

Article 7 — Attribution des places de formation

1. Dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées, celles-ci doivent être prises en considération pour au moins la moitié des places, lors de l'attribution des places de formation. La première phrase ne s'applique pas pour les cycles de formation dans lesquels seul l'État assure la formation.

2. Des mesures appropriées doivent être prises afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles dans les professions visées au paragraphe 1, première phrase, et de les inciter à poser leur candidature. Si, en dépit de telles mesures, le nombre de candidatures féminines est insuffisant, il est possible, par dérogation au paragraphe 1, première phrase, que plus que la moitié des places de formation soit occupée par des hommes.

Article 9 — Entretien d'embauche

1. Dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, au moins autant de femmes que d'hommes, ou la totalité des candidates, sont invités à l'entretien d'embauche, dès lors qu'il est organisé, si elles remplissent les conditions, prévues par la loi ou par d'autres dispositions, pour occuper le poste ou la fonction à pourvoir.

...

Article 10 — Décisions de sélection

1. Afin d'assurer l'égalité des hommes et des femmes en matière de recrutement et de promotion, ainsi que le respect des plans de promotion des femmes, 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. 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.

2. 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.

3. 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. Ce principe n'emporte pas d'assimilation systématique des périodes de congé à l'exercice d'une activité.

4. Si les objectifs du plan de promotion des femmes fixés pour une période de deux années ne sont pas atteints, tout autre 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 de promotion des femmes, et, dans le champ d'application des plans de promotion des femmes établis pour les ministères, la Staatskanzlei et le service du

personnel du Land, l'approbation du gouvernement du Land.... La première phrase n'est pas d'application dans les hypothèses visées à l'article 127, paragraphe 3, de la constitution du Land de Hesse.

5. Aussi longtemps qu'un plan de promotion des femmes n'est pas établi, aucun recrutement et aucune promotion ne peuvent être effectués dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées. Lorsque le plan de promotion des femmes n'est pas en vigueur en raison d'une procédure au titre de l'article 70 ou de l'article 71 de la loi sur la représentation du personnel, il ne peut être procédé à aucun recrutement ni à aucune promotion qui iraient à l'encontre du plan de promotion déjà établi.

...

Article 14 — Comités

Lors de la composition des commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et d'autres comités, au moins la moitié des membres devraient être des femmes. »

Le litige au principal

10 Le 28 novembre 1994, 46 députés du Landtag de Hesse ont saisi la juridiction de renvoi afin de faire contrôler la légalité du HGlG, en particulier ses articles 3, 5, 7, 8 à 11, 14, 16 et 18, qu'ils considèrent incompatible avec la constitution du Land de Hesse.

11 Les demandeurs au principal estiment que le HGlG est contraire, d'une part, au principe constitutionnel de la « sélection des meilleurs », en ce qu'elle impliquerait la préférence des candidats en fonction non de leur mérite, mais de leur sexe, et, d'autre part, au principe de l'égalité de traitement qui non seulement interdit de reconnaître des privilèges à un groupe spécifique, mais également 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 outre, le HGlG serait également contraire à la directive, telle qu'interprétée par la Cour dans l'arrêt du 17 octobre 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051).

La question préjudicielle

12 Dans ces conditions, le Staatsgerichtshof des Landes Hessen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour 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 HGlG, 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 HGlG, 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;

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 HGlG, 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 HGlG, 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) lors de la composition des commissions, instances consultatives, conseils d'administration et de surveillance et d'autres comités, au moins la moitié des membres devraient être des femmes conformément à l'article 14 du HGlG?»

Observations liminaires

13 À titre liminaire, il y a lieu de constater que la question préjudicielle porte sur la compatibilité des différentes mesures d'action positive prises par le législateur du

Land de Hesse en faveur des femmes avec l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive.

14 L'interprétation de l'article 141, paragraphe 4, CE, qui concerne de telles mesures, ne présente dès lors une utilité pour la solution du litige au principal que pour le cas où la Cour considérerait que ledit article 2 s'oppose à une réglementation nationale telle que celle de l'espèce au principal.

15 Ensuite, il convient de rappeler que, selon l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, celle-ci vise à mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion et à la formation professionnelle. Ce principe de l'égalité de traitement implique l'«absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement.»

16 Aux termes de son article 2, paragraphe 4, 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 1er paragraphe 1».

17 Dans l'arrêt Kalanke, précité, point 16, la Cour a constaté qu'une règle nationale qui, lors d'une promotion, accorde automatiquement la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins dans les domaines d'activités où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau du poste considéré entraîne une discrimination fondée sur le sexe.

18 Dans l'arrêt du 11 novembre 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), la Cour a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si une réglementation nationale, assortie d'une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être

promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur («Öffnungsklausel», ci-après la «clause d'ouverture»), vise à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

19 À cet égard, elle a rappelé d'abord que cette disposition, 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, 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 (arrêt Marschall, précité, points 26 et 27).

20 Ensuite, elle s'est référée au troisième considérant de la recommandation 84/635, mentionné au point 4 du présent arrêt (arrêt Marschall, précité, point 28).

21 Enfin, la Cour a constaté que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active, en sorte que le fait que deux candidats de sexe différent aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales (arrêt Marschall, précité, points 29 et 30).

22 C'est à la lumière de ces considérations que la Cour a, au point 33 de l'arrêt Marschall, précité, jugé que, contrairement à la réglementation en cause dans l'affaire Kalanke, précitée, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive si, dans chaque cas individuel, elle garantit 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.

23 Il s'ensuit qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

— lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et

— lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

24 C'est à la juridiction de renvoi qu'il incombe de déterminer si ces conditions sont remplies sur la base d'un examen de la portée de la réglementation litigieuse.

25 Toutefois, il ressort de la jurisprudence que la Cour est compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie (voir, notamment, arrêts du 12 juillet 1979, Grosoli, 223/78, Rec. p. 2621, point 3, et du 25 juin 1997, Tombesi e.a., C-304/94, C-330/94, C-342/94 et C-224/95, Rec. p. I-3561, point 36).

Sur la première partie de la question préjudicielle

26 Par la première partie de sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une sélection, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs contraignants du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose.

27 Les demandeurs au principal et le Landesanwalt considèrent que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui accorde la priorité aux femmes, dès lors qu'elle a un caractère absolu et inconditionnel.

28 À cet égard, il ressort de l'ordonnance de renvoi que le législateur du Land de Hesse a opté pour ce qui est communément désigné sous le terme de «quota de résultat ('Ergebnisquote') flexible». Les caractéristiques de ce système sont, d'une part, que le HGlG ne fixe pas de façon uniforme les quotas valables pour l'ensemble des secteurs et des services concernés, mais précise que les caractéristiques de ces secteurs et services sont déterminantes pour la fixation des objectifs contraignants. D'autre part, le HGlG ne prévoit pas nécessairement a priori — de façon automatique — que le résultat de chaque procédure de sélection, dans une situation «d'impasse», du fait de la qualification égale des candidats, doit obligatoirement favoriser le candidat féminin.

29 Selon l'ordonnance de renvoi, le système mis en œuvre par le HGlG garantit que le sexe du candidat n'est jamais déterminant aux fins d'une procédure de sélection lorsque, dans une situation déterminée, cela n'est pas nécessaire. C'est en particulier le cas lorsque la valeur d'indice d'une situation défavorable des femmes, qui découle de la circonstance qu'elles sont sous-représentées, est réfutée.

30 Afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, il importe de constater que, selon l'article 10, paragraphes 1 à 3, du HGlG, la procédure de sélection des candidats s'opère d'abord par l'appréciation de l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles (qualification) des candidats au regard des impératifs du poste vacant ou de la fonction à exercer.

31 Aux fins de cette appréciation, il est tenu compte de certains critères positifs et négatifs. Ainsi doivent être prises en considération les capacités et l'expérience acquises dans l'exercice de tâches familiales dès lors qu'elles révèlent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats et candidates, tandis que 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 à cet égard. De même, la situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire sont sans incidence et les emplois partiels, les congés et les retards pour l'obtention du diplôme de formation liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins ne doivent avoir aucun effet négatif.

32 De tels critères, bien que formulés en des termes neutres quant au sexe, et dont peuvent donc également bénéficier les hommes, favorisent en général les femmes. Ils visent manifestement à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale. Leur légitimité n'est d'ailleurs pas contestée dans le litige au principal.

33 Ainsi que l'a relevé la juridiction de renvoi, ce n'est qu'au cas où la qualification ne permet pas de départager une candidate d'un candidat qu'il convient d'opter en faveur de la candidate dès lors que cela s'avère nécessaire pour respecter les objectifs du plan de promotion en cause et qu'aucun motif juridiquement supérieur ne s'y oppose.

34 Il ressort de la réponse du Ministerpräsident à une question écrite posée par la Cour que ces motifs juridiquement supérieurs concernent plusieurs éléments normatifs, régis en partie par la loi et en partie par décret, qui sont formulés sans

référence au sexe et présentés souvent comme des « points de vue d'ordre social ». Ces éléments d'ordre social participent, au regard du droit constitutionnel, pour partie du principe de l'État social (articles 20, paragraphe 1, et 28, paragraphe 1, de la Loi fondamentale) et pour partie du droit fondamental de la protection du mariage et de la famille (article 6 de la Loi fondamentale).

35 Dans cette perspective, le Ministerpräsident a relevé l'existence de cinq groupes de règles qui justifient que la règle de promotion des femmes soit écartée. Il s'agit, en premier lieu, du traitement préférentiel accordé aux anciens membres du personnel du service public qui, en raison du travail familial au sens de l'article 10, paragraphe 1, du HGlG, ont quitté leur service ou qui, pour la même raison, n'ont pas pu, après leur stage préparatoire, demander un engagement définitif au sein du service public. Bénéficient, en second lieu, d'une priorité par rapport aux nominations nouvelles les personnes qui, pour des motifs liés au travail familial, ont exercé une activité à temps partiel et qui souhaitent reprendre une activité à temps complet. Il s'agit, en troisième lieu, des anciens soldats temporaires, à savoir ceux qui, sur une base volontaire, ont effectué un service de durée limitée plus long que le service obligatoire (avec un minimum de douze ans). En quatrième lieu, les possibilités de promotion sont assouplies au profit des personnes affectées d'un handicap grave. L'obligation de promotion des handicapés primerait celle des femmes. En dernier lieu, est mentionnée la possibilité de mettre un terme, par un recrutement, à un chômage de longue durée.

36 À la différence de ce que prétendent les demandeurs au principal et le Landesanwalt, il s'ensuit que la norme de priorité mise en œuvre par le HGlG n'est pas absolue et inconditionnelle au sens du point 16 de l'arrêt Kalanke, précité.

37 Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier, à la lumière de ce qui précède, si la réglementation en cause au principal assure que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

38 Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose, à condition que ladite réglementation garantisse que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

Sur la deuxième partie de la question préjudicielle

39 Par la deuxième partie de sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit 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.

40 Les demandeurs au principal considèrent que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à un tel système, dès lors qu'il a pour objectif d'atteindre un résultat déterminé en ce qui concerne la représentation proportionnelle des sexes et ne vise pas à éliminer certains obstacles à l'égalité des chances des femmes. Le Landesanwalt prétend également que le système de quota minimal est contraire au principe de l'égalité des sexes et de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, en ce que les mesures en cause n'auraient pas de finalité individuelle et ne se rattacheraient pas à un désavantage concret rencontré par les travailleurs féminins dans leur vie professionnelle et sociale.

41 À cet égard, il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'article 5, paragraphe 7, du HGlG limite de la même manière l'application du principe de la « sélection des

meilleurs» tant en matière de sélection qu'en ce qui concerne l'ensemble des décisions de sélection qui doivent être prises en considération des objectifs d'un plan de promotion des femmes. En tout état de cause, cette disposition ne peut avoir d'influence sur la décision de sélection qu'en cas de qualifications égales des candidats. À cet égard, les considérations générales quant au caractère contraignant des objectifs d'un plan de promotion des femmes sont également valables.

42 Il convient de constater, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 39 de ses conclusions, que le régime spécial pour le secteur scientifique en cause au principal ne fixe pas de plafond absolu, mais le fait par référence au nombre de personnes ayant acquis une formation professionnelle adéquate, ce qui revient à utiliser comme paramètre quantitatif une donnée réelle pour instituer la préférence pour les femmes.

43 Il s'ensuit que l'existence d'un tel régime spécial pour le secteur scientifique ne soulève pas d'objection spécifique au regard du droit communautaire.

44 Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 à 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit que les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes pour les postes temporaires du secteur 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.

Sur la troisième partie de la question préjudicielle

45 Par la troisième partie de sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale pour la fonction publique qui accorde, dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées et pour lesquelles l'État ne détient pas le monopole de formation, au moins la moitié des places de formation aux femmes.

46 Les demandeurs au principal considèrent que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation telle que celle prévue à l'article 7, paragraphe 1, du HGlG. Ils prétendent que, à l'instar de l'article 5, paragraphe 7, du HGlG, l'article 7, paragraphe 1, prévoit clairement que le HGlG n'a pas pour objectif d'éliminer certains obstacles à l'égalité des chances des femmes, mais uniquement d'assurer un résultat déterminé en ce qui concerne la représentation proportionnelle des sexes, prohibé par le droit communautaire, notamment par l'arrêt Kalanke, précité. Selon eux, le HGlG ne vise pas la mise en œuvre de l'égalité des chances dans les conditions de départ, mais influence directement le résultat de l'octroi des places de formation. Il en résulterait que la disposition en cause au principal constituerait une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive, qui ne serait pas couverte par l'exception de l'article 2, paragraphe 4.

47 Selon le Landesanwalt, les mesures visant à promouvoir la mise en œuvre de l'égalité des chances des femmes doivent avoir une finalité individuelle et se rattacher à des situations professionnelles et extra professionnelles concrètes qui désavantagent ou peuvent désavantager de façon typique une femme. Le quota minimal applicable aux places de formation en vertu de l'article 7, paragraphe 1, du HGlG est un quota prédéterminé, dans la mesure où il fixe de façon contraignante une proportion minimale de femmes dans des secteurs déterminés. Un tel quota minimal au profit des femmes ne saurait être considéré comme une mesure visant à promouvoir l'égalité des chances au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, en ce qu'il substitue à la promotion de l'égalité des chances le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir.

48 À cet égard, la juridiction de renvoi a constaté qu'une formation qualifiée est une condition préalable pour une participation réussie au monde du travail. Elle en a déduit que l'obligation légale de compenser dans ce domaine la situation défavorable des femmes serait dès lors éventuellement légitimée par l'exigence de l'égalité.

49 Il ressort également de l'ordonnance de renvoi que, lors de l'adoption du HGlG, le législateur du Land de Hesse a considéré que «en dépit de la consécration dans la Loi fondamentale du principe de l'égalité des femmes et des hommes et de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe résultant de l'article 3 de la Loi fondamentale, les femmes demeurent largement désavantagées par rapport aux hommes dans la réalité sociale» et que, malgré une égalité de droit au sens formel, celles-ci n'ont pas, «en particulier dans la vie active, un accès égal aux fonctions qualifiées...». Ce constat a été considéré par le législateur du Land de Hesse comme une injustice intolérable à la lumière de l'évolution récente mais constante de la réussite scolaire marquée des jeunes femmes par rapport à celles des jeunes hommes.

50 Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs relatif à l'article 7, paragraphe 1, du HGlG, le législateur du Land de Hesse, en instaurant un «quota de résultat ('Ergebnisquote') rigide» dans le domaine de la formation professionnelle ouvrant la voie à un tel accès, a voulu établir une répartition équilibrée des places de formation, tout au moins dans la fonction publique.

51 Cette volonté ne conduit cependant pas pour autant à une rigidité absolue. En effet, l'article 7, paragraphe 2, prévoit clairement que, si, en dépit des mesures appropriées afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles, le nombre de candidatures féminines est insuffisant, il est possible que plus que la moitié de ces places soit occupée par des hommes.

52 La disposition en cause au principal s'inscrit dans le cadre d'un concept restreint d'égalité des chances. Ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation en vue d'obtenir une qualification dans la perspective d'un accès ultérieur à des professions qualifiées dans la fonction publique.

53 Étant donné que le quota ne s'applique que pour les places de formation pour lesquelles l'État n'a pas de monopole et qu'il s'agit dès lors des cas de formation pour lesquels des places sont également disponibles dans le secteur privé, aucun candidat masculin n'est définitivement exclu d'une formation. Dans une perspective globale de la formation (secteurs public et privé), la disposition en cause au principal se contente dès lors d'améliorer les chances des candidats féminins dans le secteur public.

54 Les mesures prévues relèvent ainsi de celles qui se proposent d'éliminer les causes des moindres chances d'accès au travail et de carrière accordées aux femmes et consistent, de surcroît, en des interventions sur l'orientation et la formation professionnelles. Ce type d'actions relève dès lors des mesures admises par l'article 2, paragraphe 4, de la directive, qui ont pour but d'améliorer les possibilités des femmes à concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes.

55 Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, dans la mesure où elle a pour objectif d'éliminer une sous-représentation des femmes, accorde, dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées et pour lesquelles l'État ne détient pas le monopole de formation, au moins la moitié des places de formation aux femmes, à moins que, en dépit des mesures appropriées

afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles, le nombre de candidatures féminines soit insuffisant.

Sur la quatrième partie de la question préjudicielle

56 Par la quatrième partie de sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une garantie pour les femmes qualifiées d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées.

57 Il convient de rappeler que la disposition en cause au principal prévoit deux approches différentes. Selon la première, la totalité des candidats féminins qualifiés remplissant toutes les conditions prévues dans l'appel de candidatures sont convoqués. Dans ce cas, le nombre de candidats masculins à convoquer peut être égal, supérieur ou inférieur à celui des candidats féminins. Selon la seconde, seulement un nombre restreint de candidats féminins qualifiés sont convoqués. Dans ce cas, les candidats masculins ne peuvent être convoqués qu'au maximum dans la même proportion.

58 Les demandeurs au principal considèrent que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une telle réglementation. Il s'agirait d'une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive, qui ne serait pas couverte par l'exception de son paragraphe 4.

59 Le Landesanwalt estime que la disposition en cause au principal constitue un quota rigide, dans la mesure où elle concerne le nombre de femmes devant être conviées à un entretien de sélection. Dans l'hypothèse où tous les candidats et

candidates ne peuvent pas y être conviés, la disposition prescrit qu'au moins autant de femmes que d'hommes doivent l'être. Dans ces conditions, des hommes peuvent se trouver désavantagés et, dès lors, discriminés en raison de leur sexe. Selon le Landesanwalt, ceci est contraire au principe de l'égalité des sexes et de l'égalité des chances des hommes et des femmes.

60 Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 41 de ses conclusions, la disposition en cause au principal n'implique pas la poursuite d'un résultat définitif — recrutement ou promotion —, mais offre des possibilités supplémentaires aux femmes qualifiées pour faciliter leur entrée dans le monde du travail et leur carrière.

61 Ensuite, il convient de constater qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi qu'une telle disposition, bien qu'elle prévoie des règles pour le nombre d'entretiens d'embauche devant être accordés aux femmes, prévoit également que soit effectué un examen préliminaire des candidatures et que seuls soient appelés à y participer les candidats qualifiés remplissant toutes les conditions requises ou prévues.

62 Il s'agit, par conséquent, d'une disposition qui, en accordant, à qualifications égales, une garantie pour les femmes qualifiées d'être convoquées à des entretiens d'embauche, vise à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

63 Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une garantie pour les femmes qualifiées remplissant toutes les conditions requises ou prévues d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées.

Sur la cinquième partie de la question préjudicielle

64 Par la cinquième partie de sa question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale selon laquelle, lors de la composition des organes représentatifs des travailleurs et les organes d'administration et de surveillance, au moins la moitié des membres devraient être des femmes.

65 Il ressort de l'ordonnance de renvoi, comme de l'exposé des motifs, que l'article 14 du HGlG, qui concerne la composition des comités, n'a pas de valeur contraignante dans la mesure où cette disposition non impérative reconnaît que de nombreuses instances sont créées par des dispositions législatives et que la mise en œuvre complète de l'exigence d'une participation égale des femmes dans ces instances nécessiterait, en tout état de cause, une modification de la loi pertinente. En outre, cette disposition ne s'applique pas aux fonctions exercées à la suite d'élections. Il faudrait également, dans cette hypothèse, modifier les dispositions législatives de base pertinentes. Enfin, cette disposition n'étant pas impérative, elle laisserait une certaine marge pour la prise en compte d'autres critères.

66 Il convient donc de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale relative à la composition des organes représentatifs des travailleurs et des organes d'administration et de surveillance, qui préconise que les dispositions législatives adoptées pour sa mise en œuvre prennent en compte l'objectif d'une participation au moins égale des femmes au sein de ces instances.

67 Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de statuer sur l'interprétation à donner à l'article 141, paragraphe 4, CE.

Sur les dépens

68 Les frais exposés par les gouvernements néerlandais et finlandais, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

statuant sur la question à elle soumise par le Staatsgerichtshof des Landes Hessen, par ordonnance du 16 avril 1997, dit pour droit:

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 réglementation nationale

— qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose, à condition que ladite réglementation garantisse que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats,

— qui prévoit que les objectifs contraignants du plan de promotion des femmes pour les postes temporaires du secteur 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,

— qui, dans la mesure où elle a pour objectif d'éliminer une sous-représentation des femmes, accorde, dans les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées et pour lesquelles l'État ne détient pas le monopole de formation, au moins la moitié des places de formation aux femmes, à moins que, en dépit des mesures appropriées afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles, le nombre de candidatures féminines soit insuffisant,

— qui accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une garantie pour les femmes qualifiées remplissant toutes les conditions requises ou prévues d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées,

— relative à la composition des organes représentatifs des travailleurs et des organes d'administration et de surveillance, qui préconise que les dispositions législatives adoptées pour sa mise en œuvre prennent en compte l'objectif d'une participation au moins égale des femmes au sein de ces instances.

Rodríguez Iglesias Moitinho de Almeida

Schintgen Kapteyn Gulmann Puissochet

Hirsch Jann Wathelet

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 28 mars 2000.

Le greffier

R. Grass

Le président

G. C. Rodríguez Iglesias