CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 16 novembre 1999 *

L'objet du recours préjudiciel

1. Dans l'affaire que nous allons examiner, l'Överklagandenämnden för Högskolan (Suède), la commission de recours des instituts d'enseignement supérieur, demande à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire du système national destiné à favoriser le recrutement des femmes dans les écoles supérieures et dans les universités. La caractéristique de la législation nationale réside dans la possibilité — et nullement dans l'obligation — pour l'administration de recruter le candidat du sexe sous-représenté même s'il n'apparaît pas qu'il est le candidat le plus adéquat eu égard à ses mérites et à ses qualifications.

La législation communautaire

2. Nous rappellerons que 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, (ci-après la «directive») [1] vise, en son article 1er, «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 et... la sécurité sociale».

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

L'article 2, paragraphe 4, précise 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 1er paragraphe 1».

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 39, p. 40.

3. Après que la demande de décision préjudicielle fut soumise à la Cour, est entré en vigueur le traité d'Amsterdam, qui a modifié le traité CE en ce qui concerne — pour ce qui nous importe aux fins de la présente analyse — la réalisation du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. En particulier, les articles 2 et 3 du traité CE prévoient, dans leur nouvelle version, que «la Communauté a pour mission... de promouvoir... l'égalité entre les hommes et les femmes» et que «la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes». En outre, l'article 6 A, lui aussi inséré par le nouveau traité et devenu l'article 13 CE, dispose que «le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe...».

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

5. Avant même la modification du traité, les institutions communautaires avaient adopté divers actes relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. On notera l'importance particulière que revêt la recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes[3], dans laquelle on lit: «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 organis-

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

3 — JO L 331, p. 34.

mes 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, cette recommandation invite les États membres à adopter une politique d'actions positives visant, notamment, à l'«encouragement des candidatures, du recrutement et de la promotion des femmes dans les secteurs, professions et niveaux où elles sont sous-représentées, notamment aux postes de responsabilité».

La législation nationale

6. Selon l'article 9 du chapitre 11 de la Constitution suédoise, dans le cadre de l'engagement dans la fonction publique, seuls des critères objectifs d'appréciation tels que le «mérite» et la «compétence» [4] peuvent être pris en considération. De même, la loi sur la fonction publique (1994:260) impose de sélectionner les candidats en se fondant sur leur compétence à moins que des «motifs particuliers» ne justifient le recours à d'autres critères.

7. La loi suédoise sur l'égalité entre hommes et femmes (1991:433) autorise l'adoption de mesures de discrimination positive. L'article 16, deuxième alinéa, point 2, prévoit en particulier qu'il n'y a pas discrimination entre les sexes lorsque «la décision s'inscrit dans le cadre des efforts entrepris en faveur de l'égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle».

8. Le secteur des instituts d'enseignement supérieur, qui fait l'objet de la demande préjudicielle que nous examinons, est régi par le règlement 1993:100 [5].

L'article 15 de ce règlement, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 1999, dispose:

«Les critères d'engagement des enseignants sont les compétences d'ordre scientifique, artistique, pédagogique, administrative ou autre qui revêtent de l'importance eu égard en particulier à la matière sur laquelle porte l'enseignement et à la nature de l'emploi à pourvoir. L'aptitude à communiquer des informations relatives à la recherche et au travail de développement revêt également une importance certaine.

Il convient en outre de prendre en compte, lors de l'engagement, les critères objectifs inhérents aux finalités de la politique poursuivie quant au marché du travail, en

4 — Conformément aux travaux préparatoires de la disposition, le terme «mérite» se rapporte essentiellement à l'expérience acquise au cours de prestations antérieures, tandis que la notion de «compétence» a trait à l'aptitude à être engagé démontrée par une formation théorique et pratique ainsi que par une expérience antérieure de travail.

5 — Modifié en dernier lieu par le règlement du 1er janvier 1999.

matière d'égalité, en matière sociale et en matière d'emploi.»

L'article 15 bis dispose en outre:

«Les dispositions qui suivent s'appliquent lorsqu'un institut d'enseignement supérieur décide d'appliquer la discrimination positive lors de l'engagement dans un emploi déterminé, dans le cadre du programme d'actions visant à favoriser l'égalité des sexes dans la vie professionnelle.

Lors de l'engagement, une personne appartenant à un sexe sous-représenté possédant dans une mesure suffisante les qualifications visées à l'article 15, paragraphe 1, peut être désignée par priorité sur un candidat de l'autre sexe qui aurait par ailleurs été choisi.

Il n'y a cependant pas lieu d'appliquer de mesure de discrimination positive lorsque la différence entre les qualifications des candidats est si importante que l'application de la règle serait contraire à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement».

9. C'est sur le fondement du programme général visé à l'article 15 bis que le règlement 1995:936, relatif à certains engagements à des emplois de professeur et d'assistant de recherche, créés dans un but de parité, prévoit l'adoption de certaines actions positives[6]. Les trois premiers articles de ce règlement disposent:

«Le présent règlement s'applique aux emplois de professeurs et d'assistants de recherche créés conformément aux mesures budgétaires spécifiquement prévues pour l'exercice budgétaire 1995/96 dans certaines universités et écoles supérieures publiques dans le cadre de l'action visant à favoriser l'égalité dans la vie professionnelle». (article 1er).

«Les universités et écoles supérieures qui bénéficient des mesures budgétaires spécifiques à cet effet sont tenues de créer et d'ouvrir des emplois conformément aux dispositions du règlement relatif à l'enseignement supérieur (1993:100), en ayant égard aux dérogations indiquées ci-après aux articles 3 à 5 et suivants. Toutefois, ces dérogations ne s'appliquent que lors de la première ouverture des emplois concernés». (article 2).

«Aux fins de la désignation des candidats, les dispositions de l'article 15 bis du cha-

6 — Sur le fondement de ce reglement et par un arrêté du 14 mars 1996, dnr/91, le gouvernement a ouvert des crédits extraordinaires portant sur trente emplois de professeur.

pitre 4 [du règlement 1993:100] sont remplacées par les dispositions suivantes:

Un candidat du sexe sous-représenté qui possède des qualifications suffisantes conformément à l'article 15, paragraphe 1, du chapitre 4 du règlement sur l'enseignement supérieur doit être préféré à un candidat de l'autre sexe qui aurait par ailleurs été désigné ('discrimination positive'), si cela s'avère nécessaire pour que soit désigné un candidat du sexe sous-représenté.

Il n'y a pas lieu d'adopter une mesure de discrimination positive lorsque la différence entre les qualifications des candidats est si importante qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement» (article 3).

Les faits et les questions préjudicielles

10. Le 3 juin 1996, l'université de Göteborg a publié un avis de concours destiné à pourvoir à une chaire de professeur en sciences de l'hydrosphère, et en particulier les processus physiques et biochimiques en eau naturelle. L'avis de concours précisait que l'emploi à pourvoir relevait du programme de l'université visant à promouvoir l'égalité des chances, au titre du règlement 1995:936.

11. Au nombre des candidats, figuraient M^me^ Abrahamsson, M. Anderson et M^mes^ Destouni et Fogelqvist. Le jury a décidé de procéder à la sélection par deux votes distincts. Le premier de ces votes prenait uniquement en compte les compétences scientifiques des candidats, conformément au chapitre 4 du règlement sur l'enseignement supérieur. Le vote sur ce critère a abouti au classement, en tête des candidats, de M. Anderson, qui avait recueilli cinq voix contre trois en faveur de M^me^ Destouni. En revanche, le second vote prenait en considération les critères visant à promouvoir des actions destinées à assurer la parité (conformément au règlement de 1995). M^me^ Destouni arrivait alors en tête des candidats.

Le jury a dès lors proposé la nomination de M^me^ Destouni. Toutefois, M^me^ Destouni ayant renoncé à sa candidature, le recteur a décidé de demander un réexamen au jury.

Le jury a alors déclaré qu'une majorité de ses membres estimait que la différence de qualification entre M. Anderson et M^me^ Fogelqvist, classés respectivement deuxième et troisième, était considérable, et a ensuite émis des doutes quant à l'obligation de donner la préférence à une candidate féminine, en l'occurrence M^me^ Fogelqvist.

Cependant, le 18 novembre 1997, le recteur a nommé M^me^ Fogelqvist, considérant que la différence entre les qualifications de cette candidate et celles de M. Anderson n'avait pas pour effet de rendre l'action

positive contraire à l'exigence d'objectivité dans la sélection des candidats.

12. M^me^ Abrahamsson et M. Anderson ont attaqué la décision de nomination devant la commission de recours. M. Anderson a fait valoir en particulier que la nomination de M^me^ Fogelqvist était contraire tant à l'article 3 du règlement 1995:936 qu'aux règles de droit communautaire, telles qu'elles avaient été interprétées par la Cour dans l'arrêt Kalanke [7].

13. C'est dans le cadre de cette procédure que l'Överklagandenämnden för Högskolan a décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Les articles 2, paragraphe 1, et 2, paragraphe 4, de la directive 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 (76/207/CEE) s'opposent-ils à une disposition nationale selon laquelle un candidat appartenant à un sexe sous-représenté et possédant des qualifications suffisantes pour un poste de l'État doit être choisi prioritairement à un candidat du sexe opposé qui aurait par ailleurs été désigné ('la discrimination positive'), si cette mesure est nécessaire pour qu'un candidat du sexe sous-représenté soit désigné, et selon laquelle une mesure de discrimination positive doit être écartée uniquement lorsque la différence entre les mérites respectifs des candidats est d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, l'application de la mesure de discrimination positive est-elle interdite même dans l'hypothèse où la règle nationale s'applique uniquement, *soit* aux procédures visant à pourvoir une quantité préalablement limitée de postes (comme c'est le cas au titre du règlement n° 1995/936), *soit* aux postes créés dans le cadre d'un programme spécifique d'une école supérieure particulière permettant l'application de mesures de discrimination positive (tel que c'est le cas au titre de l'article 15 bis du chapitre 4 du règlement sur les écoles supérieures)?

3) Au cas où la réponse à la deuxième question implique d'une manière quelconque qu'une telle mesure de discrimination positive est interdite, y a-t-il lieu également de considérer que la règle, fondée sur la pratique administrative suédoise et sur l'article 15, alinéa 2, chapitre 4, du règlement sur les écoles supérieures, approuvée par la Commission de recours, selon laquelle un candidat appartenant à un sexe sous-représenté peut se voir accorder une priorité par rapport à un concurrent du sexe opposé pour autant que les

7 — Arrêt de la Cour du 17 octobre 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051).

candidats possèdent des mérites équivalents ou sensiblement équivalents, manque d'une manière quelconque à la directive visée à la question 1?

4) Aux fins de l'appréciation des questions posées ci-dessus, le fait que la réglementation vise, dans le cadre des activités d'une autorité, des postes de niveau inférieur ou des postes de niveau élevé a-t-il de l'importance?»

Sur la recevabilité de la demande de décision à titre préjudiciel

14. L'organe qui a posé les questions préjudicielles que nous examinons est la commission de recours pour les instituts d'enseignement supérieur (Överklagandenämnden för Högskolan). Il s'agit dès lors d'un organe administratif dont il convient de vérifier la nature de «juridiction nationale» au sens de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) et aux fins de l'application de cet article.

15. Nous rappellerons que la notion de juridiction de renvoi constitue une notion autonome, en ce sens qu'elle ne correspond pas toujours et dans toutes les hypothèses à la qualification conférée à l'organe en cause par les droits des États membres. En effet, la notion de «juridiction», telle qu'elle est définie par la jurisprudence de la Cour, qui ne dépend nullement de la dénomination légale de l'organe de renvoi, implique une série de conditions dont la réunion fonde l'habilitation de l'organe concerné à présenter des questions préjudicielles au titre de l'article 177. Ces conditions sont les suivantes: l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organe des règles du droit, ainsi que son autonomie par rapport aux parties et son indépendance [8].

16. Dans la décision de la commission de recours, celle-ci reconnaît sa qualité d'autorité administrative, mais elle affirme néanmoins, en termes généraux, voire vagues, qu'elle satisfait en l'espèce à toutes les conditions lui permettant d'être considérée comme une juridiction au sens de l'article 177 du traité, soit l'origine légale de sa création, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organe des règles du droit.

Le gouvernement suédois confirme cette interprétation, en renvoyant, lui aussi en termes généraux, aux dispositions législatives applicables. En effet, le gouvernement suédois relève que la Constitution suédoise distingue les juridictions et les autorités administratives et que, selon le droit suédois, la commission de recours relève de

8 — Voir arrêts de la Cour du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); du 14 décembre 1971, Politi (43/71, Rec. p. 1039); du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545, point 7); du 30 mars 1993, Corbiau (C-24/92, Rec. p. I-1277, point 15); du 19 octobre 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361, point 9); du 12 décembre 1996, X (C-74/95 et C-129/95, Rec. p. I-6609, point 17); du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23); du 12 novembre 1998, Victoria Film (C-134/97, Rec. p. I-7023, point 14), et du 2 mars 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Rec. p. I-1209, point 17).

cette dernière catégorie. Elle a été instituée par la loi sur l'enseignement supérieur (1992:1434) et est régie par le règlement contenant des instructions applicables à la commission de recours pour l'enseignement supérieur (1992:404). Ce règlement prévoit que la commission de recours comprend huit membres nommés par le gouvernement, que le président et le vice-président sont des magistrats, et que trois des autres membres doivent être juristes. Le gouvernement ajoute que la loi sur la gestion administrative (1993:223), qui régit la procédure devant la commission de recours, permettrait aux intéressés de présenter des observations écrites ou orales, et de prendre connaissance de toutes les informations fournies à l'administration. En vertu de l'article 1er du chapitre 5 de la loi sur l'enseignement supérieur (1992:1434), la décision de la commission serait obligatoire et ne serait pas susceptible d'être attaquée. Enfin, la commission jouirait d'une autonomie par rapport aux autres autorités de l'État, et ce en vertu de l'article 7 du chapitre 11 de la Constitution, qui interdit toute espèce d'ingérence dans les activités des organes administratifs de la part des autres autorités qui composent le pouvoir exécutif et même du Parlement.

17. Il ressort clairement des textes réglementaires mentionnés par le gouvernement suédois que la commission de recours a une origine légale, qu'elle a un caractère permanent, qu'elle constitue une juridiction obligatoire (article 1er, paragraphes 1 et 2, du chapitre 5 de la loi 1992:1434) et que, enfin, aucune disposition ne lui confère le droit de juger en équité plutôt qu'en application de règles de droit.

La lecture des dispositions nationales fait toutefois naître un certain doute à propos de deux des conditions, précédemment mentionnées, qui doivent être remplies pour que l'organe administratif concerné soit considéré comme une juridiction au sens de l'article 177 du traité, et que, dès lors, la demande de décision préjudicielle puisse être déclarée recevable: la première de ces conditions porte sur la nature contradictoire de la procédure et la deuxième sur l'indépendance et l'inamovibilité effectives des membres de la commission de recours.

18. a) Examinons la première de ces deux conditions. Si, comme nous l'avons précédemment relevé dans les conclusions que nous avons présentées le 7 octobre 1999 dans l'affaire Gabalfrisa e.a. (C-110/98 à C-147/98), pendante devant la Cour, à la lumière de certains arrêts récents de la Cour, l'absence de caractère contradictoire de la procédure n'est pas en elle-même déterminante pour nier la qualification de juridiction de l'organe de renvoi, il est néanmoins clair que, dans les cas dans lesquels la Cour a admis des renvois préjudiciels effectués au cours d'une procédure sommaire dans laquelle le défendeur ne comparaît pas, elle l'a fait en prenant la précaution de compenser ette lacune par un degré élevé d'impartialité et d'indépen-

dance de l'organe appelé à juger [9]. Pour nous, il ne saurait subsister aucun doute quant à l'absolue nécessité, pour pouvoir accueillir une demande, du caractère contradictoire de l'organisme de renvoi.

Dans la présente affaire, le gouvernement suédois soutient, sans être démenti par l'autorité de renvoi, que la procédure devant la commission de recours n'est pas régie par la loi suédoise sur la procédure administrative (la loi 971:291) — loi qui ne s'applique qu'au contentieux porté devant les tribunaux administratifs — mais par la loi sur la gestion administrative (1986:223), soit la loi qui régit spécialement l'adoption des actes administratifs [10]. Cette loi ne prévoit pas explicitement que les parties ont droit à un débat contradictoire. Elle prévoit uniquement, en son article 17, que l'administration est tenue de communiquer aux intéressés tous les documents qui les concernent et de leur donner la possibilité de présenter des observations.

9 — Dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Gabalfrisa e.a., nous nous référons en particulier à l'arrêt Dorsch Consult, précité, dans lequel la Cour, en rejetant la thèse de la Commission selon laquelle l'organisme de renvoi «n'intervenant pas, selon les propres indications de cette dernière, dans une procédure contradictoire», s'est contentée d'affirmer que «l'exigence d'une procédure contradictoire n'est pas un critère absolu». Cette affirmation, dénuée de motivation par rapport au cas d'espèce, laisse en réalité perplexe, si l'on considère que, précédemment, la Cour avait admis des renvois préjudiciels effectués au cours de procédures dans lesquelles le contradictoire n'était pas inexistant, mais seulement différé à un moment (parfois éventuel) ultérieur (voir les arrêts Politi et Pretore di Salò, précités à la note 8, ainsi que les arrêts du 28 juin 1978, Simmenthal, 70/77, Rec. p. 1453, et du 21 avril 1988, Pardini, 338/85, Rec. p. 2041).

10 — Cette interprétation est confirmée par la doctrine: voir Ragnemalm, H., «Administrative justice», *Juristförlaget*, Stockholm, 1991, p. 210, et Strömberg, H., «Allmän förvaltningsrätt», *Liber Ekonomi*, 19e édition, Lund, 1998, en particulier p. 80.

L'article 14 de cette même loi prévoit en outre la possibilité, pour les parties, de présenter des observations orales.

Le caractère contradictoire de cette procédure qui, soulignons-le encore, est régie par la législation relative à l'adoption des actes administratifs, dépend dès lors des dispositions qui confèrent aux administrés le droit de prendre connaissance de tous les documents qui sont pris en considération par l'administration. Or, il est évident que cet ordre de dispositions n'a pas pour but d'imposer une procédure contradictoire, mais bien d'imposer l'absolue transparence de l'organe en question et de reconnaître aux citoyens le droit de présenter des observations ou de produire de nouveaux éléments. Nous pensons néanmoins que, eu égard à la compétence spécifique de l'organe de renvoi en l'espèce — compétence consistant dans le contrôle de la légalité des actes de l'administration des écoles supérieures et des universités — on ne saurait exclure que l'article 14 et, surtout, l'article 17 de la loi sur la gestion administrative puissent garantir aux intéressés un débat contradictoire normal. En effet, l'article 17, en particulier, permet dans tous les cas aux administrés qui attaquent une décision de l'administration devant la commission de recours de présenter leurs observations sur tout élément complémentaire émanant de tiers intéressés et, de la même façon, les intéressés dont la nomination ou la promotion sont attaquées sont informés du recours et ont en outre le droit de présenter leurs observations.

Nous considérons donc que, nonobstant le caractère «atypique» de ce débat contra-

dictoire, nous pouvons admettre que la commission de recours répond à la condition fixée en la matière par le droit communautaire pour qu'une demande de décision préjudicielle soit recevable.

19. b) Sur la deuxième condition, qui exige l'indépendance des membres de la commission de recours, nous soulignerons, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire dans d'autres circonstances, que l'indépendance des juges constitue un élément essentiel aux fins de la reconnaissance de la nature de «juridiction» d'un organe administratif au sens de l'article 177 du traité et aux fins de son application et qu'il convient d'examiner avec une rigueur extrême la question de savoir si les dispositions nationales correspondent à l'exigence d'indépendance d'un organe qui, fût-ce dans un cadre spécifique et à des fins bien déterminées, s'attribue la nature de juridiction.

Il s'avère, en l'espèce, que les membres de la commission sont nommés par le gouvernement pour une durée déterminée (article 9 du règlement contenant des instructions applicables à la commission). Les lois et les règlements qui régissent la commission ne mentionnent pas la durée du mandat ni les cas dans lesquels l'administration peut révoquer les membres de la commission. S'agissant de la durée de leur mandat, il est de toute façon possible de présumer que celle-ci est mentionnée dans l'acte de nomination et que cela peut suffire pour garantir la permanence et la stabilité de l'organe.

En revanche, l'absence de dispositions spécifiques définissant les conditions et les modalités de la révocation des membres de la commission fait naître des doutes quant à l'indépendance de cet organe. Nous restons en effet perplexe devant la possibilité, évoquée par le gouvernement suédois, de déduire ce caractère de la disposition constitutionnelle qui consacre le principe de l'autonomie de toutes les administrations nationales (chapitre 11, article 7). Nous relevons en effet que la Constitution n'énonce que pour les juges la liste exhaustive des cas dans lesquels la révocation peut être prononcée, et que cette disposition ne s'applique pas aux organes administratifs et donc aux membres de la commission de recours (article 5).

20. Outre la disposition constitutionnelle précitée, qui consacre le principe d'autonomie des organes administratifs aux fins de l'adoption de leurs actes, la loi sur la gestion administrative comporte une liste, elle aussi exhaustive, des cas dans lesquels il peut y avoir récusation des membres des organes administratifs par les autorités administratives ou dans lesquels ces mêmes membres ont l'obligation de faire état des circonstances qui seraient susceptibles de constituer des motifs de récusation en ce qui les concerne (articles 11 et 12).

Or, selon l'arrêt Köllensperger et Atzwanger [11], rendu récemment par la Cour et rappelé par le même gouvernement suédois, c'est la lecture combinée des règles relatives à la récusation et à l'abstention des mem-

11 — Arrêt de la Cour du 4 février 1999 (C-103/97, Rec. p. I-551).

bres d'un organe et de celles interdisant l'ingérence des autres organes de l'État qui permet de conclure qu'il a été satisfait à l'exigence précitée, condition nécessaire de la reconnaissance de la nature de «juridiction» de l'organe administratif concerné, conformément à l'article 177 du traité. Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'il «n'appartient pas à la Cour de supposer qu'une telle disposition serait appliquée de manière contraire à la Constitution [nationale] et aux principes d'un État de droit».

Il découle de cette jurisprudence que le lien entre les deux règles exclut que l'instrument de la révocation des membres des autorités administratives puisse se transformer en une forme d'ingérence allant à l'encontre de la liberté et de l'indépendance de jugement des membres de la commission. En d'autres termes, cette jurisprudence implique que, dans le cadre d'une telle législation, le droit de révocation ne puisse pas constituer un instrument d'affaiblissement de l'indépendance de ladite commission. Cette interprétation est extrêmement compréhensive, dans la mesure où elle n'impose pas comme seul critère d'appréciation, pour juger de l'indépendance de l'organe concerné, l'existence de motifs égaux ou analogues à ceux qui peuvent justifier la révocation des magistrats, mais l'existence d'un devoir général de non-ingérence dans les activités des organes administratifs de l'État, associé au droit de récuser les membres des différentes autorités concernées et au devoir d'abstention incombant aux membres en dues circonstances. Nous pensons que ce devoir ne saurait en tout cas suffire à garantir l'indépendance absolue de la commission de recours: en effet, une condition essentielle, telle que celle de l'indépendance de l'organe concerné, se doit d'être garantie par des dispositions claires dans l'intérêt premier des justiciables lesquels, le cas échéant, doivent pouvoir s'y référer sans devoir recourir à des opérations interprétatives complexes pour identifier et démontrer le droit d'être jugés par des organes indépendants. En effet, l'indépendance de la juridiction assure la protection d'un intérêt de caractère général et constitue une valeur essentielle fondant le rapport liant le justiciable à la juridiction [12].

21. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous proposons à la Cour de déclarer irrecevable la demande de décision préjudicielle.

Sur le fond

22. Dans notre examen du fond de l'affaire, nous traiterons conjointement des première et troisième questions avant d'aborder les deuxième et quatrième questions. En effet, les deux premières questions portent sur le système général des actions positives en matière de nominations dans les écoles supérieures et dans les universités, tandis que les autres questions concernent l'appli-

12 — Nous doutons d'ailleurs que la présomption de légalité des actes des organes de l'État, à laquelle se réfère l'arrêt Köllensperger et Atzwanger, puisse suffire à garantir qu'une autorité administrative juge en pleine et absolue indépendance. En effet, ce n'est pas la régularité des actes de ces organes qui est pertinente aux fins de l'appréciation de la condition d'indépendance du «juge de renvoi», mais bien plutôt le contenu des règles nationales qui fondent l'action de ces autorités.

cabilité de ce système à des secteurs bien délimités de l'éducation nationale.

Sur les première et troisième questions préjudicielles

23. En formulant les première et troisième questions, la commission de recours demande à la Cour si les actions positives visées à l'article 2, paragraphe 4, de la directive sont susceptibles d'inclure un système national tel que le système suédois qui prévoit la nomination, au sein du personnel enseignant des écoles supérieures et des universités, d'un candidat du sexe sous-représenté même lorsqu'il s'avère n'être pas le premier du classement établi, pour autant que, eu égard à ses mérites et à ses qualifications, le candidat du sexe sous-représenté soit apte à exercer les fonctions inhérentes à l'emploi vacant et que la différence entre les candidats, classés respectivement premier et deuxième, n'implique pas, en cas de sélection du deuxième candidat, une violation du devoir d'apprécier les candidats selon des critères objectifs, prévu par la loi générale sur la fonction publique (1994:260).

En cas de réponse négative, le juge de renvoi demande à la Cour si un tel système pourrait être considéré comme licite, à tout le moins eu égard à la jurisprudence administrative selon laquelle un candidat du sexe sous-représenté ne peut être préféré que si ses mérites et ses qualifications sont équivalents (ou quasi équivalents) à ceux du candidat classé en première position.

24. Ces questions soulèvent donc à nouveau la problématique à laquelle nous avons été confronté dans les conclusions que nous avons présentées le 10 juin 1999, dans l'affaire Badeck, pendant devant la Cour (C-158/97), auxquelles nous renvoyons en ce qui concerne les observations générales que nous avons développées à propos de la portée des actions positives nationales et des limites qui leur sont imposées par le droit communautaire. Nous rappellerons, en l'occurrence, les lignes directrices de la jurisprudence de la Cour, telles qu'elles ressortent des arrêts Kalanke, précité, et Marschall [13].

25. En 1995, dans l'arrêt Kalanke — invoqué par les requérants à l'appui de leurs conclusions dans la procédure au principal et rappelé par la juridiction nationale dans l'ordonnance de renvoi — l'action positive était prescrite par une loi du Land de Brême, disposant que «lors du recrutement... y compris la titularisation d'un fonctionnaire ou d'un juge, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées» et que «la qualification doit être

13 — Arrêt de la Cour du 11 novembre 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

évaluée exclusivement au regard des exigences de la profession, du poste à pourvoir ou de la carrière». La Cour a considéré qu'une telle réglementation, *qui accorde 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 sont sous-représentées, non seulement était contraire à l'article 2, paragraphe 1, de la directive, en ce qu'elle «entraîne une discrimination fondée sur le sexe» (point 16), mais encore ne pourrait pas non plus relever des actions positives visées au paragraphe 4 du même article, en ce que «une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive» (point 22). La Cour ajoute que «un tel système, dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substitue à la promotion de l'égalité des chances, envisagée à l'article 2, paragraphe 4, le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir» (point 23).

Dans l'arrêt Marschall, la Cour avait à se prononcer sur la compatibilité avec l'article 4, paragraphes 1 et 4, de la loi relative au statut du personnel du Land allemand Nordrhein-Westfalen, qui dispose que, dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, les femmes seraient à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles. Cette loi prévoit par ailleurs une exception à l'application de ce principe de priorité, qui permet à l'employeur de déroger à ces dispositions lorsque «des motifs tenant à la personne d'un candidat [de sexe masculin font] pencher la balance en sa faveur» [14]. Eu égard à l'existence de cette «clause d'ouverture», la Cour a estimé que le système était suffisamment flexible, en ce sens qu'il ne comportait pas l'automatisme qui caractérisait la loi du Land de Brême concernée dans l'arrêt Kalanke, et a donc dit pour droit que la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement ne s'opposait pas aux mesures arrêtées par le Land Nordrhein-Westfalen. Le dispositif de cet arrêt énonce que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une telle règle à condition qu'elle «garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font

14 — Appelé à préciser quels seraient, en pratique, les «motifs tenant à la personne d'un candidat de sexe masculin», qui permettaient de donner la priorité à un candidat de sexe masculin, le gouvernement du Land Nordrhein-Westfalen a déclaré que de tels motifs recouvraient des critères secondaires de sélection tels que «l'ancienneté de service et des motifs d'ordre social», comme le fait, pour le candidat, d'avoir la charge d'un noyau familial. Il convient de déduire de cette réponse que les éléments auxquels la loi fait référence peuvent relever tant du domaine des «qualifications» et donc du profil professionnel des candidats — éléments qui, tels que l'ancienneté de service, sont déjà pris en compte lors de la phase préliminaire de la procédure de classement des candidats — que du domaine des situations qui sont étrangères à l'aptitude du candidat à exercer les tâches inhérentes au rapport de travail, et donc de situations qui représentent un désavantage et qui, tout comme celles qui sont à la base de l'action de correction en faveur des femmes, appellent une protection particulière.

pencher la balance en faveur du candidat masculin », et que « de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins ».

26. Dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Badeck, nous avons relevé que cette jurisprudence nous permettait de conclure qu'une action de promotion des femmes dans le monde du travail qui prévoit une obligation d'accorder la priorité aux candidats de sexe féminin et institue donc des quotas de présence féminine dans la fonction publique comme dans le secteur privé est jugée licite du point de vue de l'ordre juridique communautaire lorsqu'elle permet à l'employeur de choisir le candidat ayant le profil professionnel le plus adapté. En outre, l'action positive en faveur des femmes ne doit modifier en aucun cas le jugement porté sur les mérites et les qualifications des candidats de sexe masculin. À cette fin, d'une part, le sexe doit constituer un critère complémentaire pour définir le profil des candidats, critère qui doit concourir avec ceux sur lesquels se fonde en règle générale l'appréciation globale de ceux-ci et, de l'autre, l'obligation d'accorder la priorité aux femmes ne doit pas impliquer que l'on omette de prendre en compte, dans l'évaluation des candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, des situations particulières d'ordre personnel qui, bien qu'elles soient étrangères à l'évaluation du profil professionnel des candidats, peuvent être l'indice de situations sociales ayant la même importance que celles que doivent normalement affronter les femmes [15].

27. Le système suédois dont question en l'espèce présente deux caractéristiques: il permet à l'administration — mais ne l'impose nullement — de donner la priorité au candidat du sexe sous-représenté même lorsque ses qualifications et ses mérites s'avèrent inférieurs à ceux du candidat en tête du classement [16]; en outre, selon les sources réglementaires mentionnées par la commission de recours, il ne prévoit pas la possibilité, pour l'administration, de tenir compte en toute hypothèse, lors de la sélection, en ce qui concerne les candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, de circonstances et de situations particulières d'ordre personnel.

Eu égard à ces caractéristiques, l'incompatibilité de ce système avec la directive nous

15 — Nous avons ajouté que le jugement sur la légalité de la mesure implique aussi nécessairement la prise en compte de la situation globale qui a rendu nécessaire la mesure de rééquilibrage. La disproportion éventuelle entre la mesure de rééquilibrage et le contexte social sur lequel elle opère (nous pensons par exemple à une différence non significative dans les quotes-parts de présence des femmes et des hommes dans une entreprise ou un secteur public) peut faire disparaître les conditions qui légitiment l'action positive, conditions qui sont nécessairement liées à des éléments de fait. Il appartient au juge national d'établir que ces conditions sont remplies lorsqu'il est saisi d'un litige où un recrutement déterminé ou une promotion déterminée sont attaqués et où est alors contestée l'existence de l'obligation de préférence.

16 — L'article 15 bis du règlement 1993:100 sur l'enseignement dans les écoles supérieures prévoit la possibilité, pour l'administration, de désigner, en lieu et place du candidat présélectionné sur la base de ses mérites et de ses qualifications, le candidat du sexe sous-représenté lorsque celui-ci est un candidat adéquat pour le poste à pourvoir. Le règlement 1995:936, relatif à certains engagements à des emplois de professeur et d'assistant de recherche, créés dans un but de parité, comme celui en cause dans le litige au principal, dispose, en son article 3, que l'administration est tenue de donner priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté lorsque sont réunies les conditions inscrites à l'article 15 bis du règlement 1993:100.

paraît indubitable tout comme nous paraît indubitable, plus particulièrement, l'impossibilité de faire relever un tel système des actions positives visées à l'article 2, paragraphe 4, de cette même directive.

28. En effet, comme nous l'avons précédemment rappelé, en droit communautaire, une action positive visant à favoriser les femmes dans le monde du travail est considérée comme compatible avec le principe de non-discrimination lorsque l'obligation de préférence ne vaut que pour autant qu'il y ait équivalence réelle des qualifications et mérites respectifs des candidats présélectionnés. Bien que, ainsi que nous l'avons précédemment relevé dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Badeck, une telle équivalence constitue une fiction eu égard à l'impossibilité ou à la difficulté extrême d'aboutir à mettre ex aequo deux ou plusieurs candidats, elle représente en tout cas une atténuation de l'obligation de préférence. En effet, permettre ou imposer le choix du candidat appartenant au sexe sous-représenté même s'il existe une différence de qualifications ou de mérites reviendrait, à notre avis, à engendrer un système de préférence absolue et inconditionnelle et, à ce titre, à créer une réserve d'emplois assurés aux femmes. Une telle attitude aurait en outre pour effet de vider de toute signification le principe même de sélection des candidats dès lors que le critère de jugement ne relèverait plus d'une comparaison opérée entre les différents candidats, mais de l'aptitude des candidats «privilégiés» à assumer les fonctions inhérentes à l'emploi à pourvoir.

Nous considérons que le caractère absolu et inconditionnel du droit de préférence accordé aux candidats appartenant au sexe sous-représenté (soit, en l'espèce, aux femmes) ne s'efface pas lorsque la réglementation prévoit, comme c'est le cas en Suède, que le candidat du sexe sous-représenté ne bénéficie du droit de préférence aux fins de la nomination que pour autant que la différence entre le candidat privilégié et le candidat exclu est importante: en effet, de toute façon, la comparaison entre les candidats et dès lors l'appréciation des qualités de ceux-ci ne jouent qu'un rôle de second plan face au privilège conféré au candidat du sexe sous-représenté, dénaturant complètement, de toute évidence, le rôle de la sélection.

Cette conclusion n'est pas démentie par l'observation formulée par la commission de recours à propos de la portée de l'«obligation d'objectivité» à laquelle l'administration serait tenue en toute hypothèse lorsqu'elle évalue les candidats en vue de leur engagement. Selon la commission de recours, «l'obligation d'objectivité (prévue par la Constitution suédoise et rappelée lors des travaux préparatoires du règlement 1995:936, relatif à certains engagements à des charges de professeur et d'assistant de recherche, créées dans un but de parité) implique qu'une mesure de discrimination positive ne puisse être appliquée lorsqu'elle risque manifestement de réduire le niveau de performances au sein des activités indiquées ci-dessus au cas où le candidat le plus qualifié n'est pas choisi» [17].

17 — Page 8 de l'ordonnance de renvoi.

Nous ajouterons que la priorité donnée lorsque les qualifications sont équivalentes permet difficilement d'établir si une discrimination qui a été opérée au détriment du candidat du sexe surreprésenté va au-delà de ce qui était nécessaire pour que la discrimination positive puisse jouer. Il est évident, en tout cas, que ces difficultés sont d'autant plus aiguës [18] lorsqu'on admet qu'il y ait une différence de niveau entre les candidats.

Il convient donc d'exclure qu'une action positive de ce type soit compatible avec la directive: selon l'interprétation donnée par la Cour, celle-ci n'admet aucune forme de préférence absolue des candidats appartenant au sexe sous-représenté, en ce qu'une telle forme de discrimination active est en toute hypothèse disproportionnée par rapport au but poursuivi.

29. En formulant la troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi rappelle que, selon la pratique administrative suédoise relative à l'article 15 bis du règlement sur l'enseignement supérieur (règlement 1993:100), la priorité aux candidats appartenant à un sexe sous-représenté ne joue que pour autant que les candidats possèdent des mérites équivalents ou sensiblement équivalents. De ce point de vue, la commission de recours rappelle que, « bien que l'objectif visant à favoriser l'égalité constitue un motif objectif au sens de la Constitution, il ressort de cette disposition que la différence de niveau de mérites permise en cas de discrimination positive est soumise à certaines limites » [19]. De toute évidence, la jurisprudence des juridictions administratives suédoise rattache cette législation au modèle classique d'action positive tel qu'il s'est formé en droit communautaire. Il n'appartient toutefois pas à la Cour, mais à la juridiction nationale, de déterminer l'importance que revêt cette pratique dans l'ordre juridique national et d'en apprécier la portée au regard des dispositions de la législation nationale.

30. Quoiqu'il en soit, ainsi que nous l'avons précédemment relevé, pour qu'une action positive soit considérée comme compatible avec le droit communautaire, il convient aussi que la disposition concernée prévoie la possibilité, pour l'administration, de prendre de toute façon en compte, au moment de la sélection, en ce qui concerne les candidats ne bénéficiant pas de la discrimination positive, des circonstances et situations particulières d'ordre personnel qui peuvent être l'indice de situations sociales ayant la même importance que celles que doivent normalement affronter les femmes. Or, selon les considérations émises par la juridiction de renvoi et le gouvernement suédois, il n'apparaît pas que la législation qui a instauré l'action positive en cause ou la jurisprudence administrative en la matière prévoient une telle possibilité d'y déroger. Il appartient néanmoins à la juridiction nationale d'apprécier

18 — Dans la réponse à une question posée par la Cour à propos de l'interprétation de l'article 15 bis du chapitre 4 du règlement 1993:100, le gouvernement suédois mentionne que, lors des vingt et un recrutements désignés dans les écoles supérieures, cinq femmes ont été nommées en application du programme de promotion des femmes. Trois de ces cinq nominations ont été attaquées devant la commission de recours. Dans deux cas, la commission a estimé que la nomination était contraire à l'exigence d'objectivité et a dès lors annulé la décision de nomination.

19 — Page 10 de l'ordonnance de renvoi.

si une telle obligation résulte d'autres sources réglementaires, qui imposent à l'administration d'accorder un traitement privilégié à des personnes connaissant des situations personnelles rendant difficile leur insertion dans le monde du travail.

31. Eu égard aux éléments qui précèdent, nous considérons que le droit communautaire, et en particulier l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive, n'autorise pas un État membre à instaurer un système de recrutement en vertu duquel le candidat du sexe sous-représenté qui possède des qualifications suffisantes devrait être nommé en lieu et place du candidat de l'autre sexe, qui avait d'abord été choisi sur la base des mérites et de la compétence, et ce même si la discrimination positive ne s'applique pas lorsque la différence entre les qualifications des candidats est si importante que l'application de la règle serait contraire à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement.

Le droit communautaire ne s'oppose pas, en revanche, à une pratique administrative selon laquelle le candidat appartenant au sexe sous-représenté peut obtenir priorité sur le candidat du sexe opposé, pour autant que leurs qualifications soient équivalentes ou quasi équivalentes, et que la législation nationale oblige l'administration à prendre en considération, lors de l'engagement, en ce qui concerne les candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, des circonstances et situations particulières d'ordre personnel qui peuvent être l'indice de difficultés sociales ayant la même importance que celles que doivent normalement affronter les femmes.

Sur les deuxième et quatrième questions préjudicielles

32. En formulant les deuxième et quatrième questions, la commission de recours souhaite s'entendre dire si le système suédois, inscrit dans la législation que nous avons évoquée, reste illicite lorsque le programme de promotion de la parité concerne une «quantité préalablement limitée de postes», comme c'est le cas du règlement 1995:936, relatif à certains engagements à des emplois de professeur et d'assistant de recherche, créés dans un but de parité, ou s'applique aux postes créés dans le cadre d'un programme spécifique d'une école supérieure particulière permettant l'application de mesures de discrimination positive (comme c'est le cas au titre de l'article 15 bis du chapitre 4 du règlement 1993:100) (deuxième question), ou vise uniquement des postes de niveau inférieur ou des postes de niveau élevé (quatrième question).

En substance, la commission de recours voudrait savoir si une action positive en soi illicite doit être considérée comme compatible avec le droit communautaire lorsque

son champ d'application est bien circonscrit.

33. À notre avis, l'étendue du champ d'application de l'action positive ne revêt aucune importance quant à la question de sa compatibilité avec le droit communautaire: en effet, l'appréciation de cette compatibilité se fonde principalement sur l'interprétation des dispositions régissant l'exercice de l'obligation ou de la faculté, pour l'administration, d'accorder priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté et, le cas échéant, sur le caractère nécessaire de cette action au regard de la condition sociale effective des personnes qu'elle vise à favoriser. Une telle appréciation ne saurait porter sur le champ d'application du système et, à ce titre, sur l'étendue des effets. En d'autres termes, elle ne porte pas sur l'importance des répercussions sociales du système. Juger de la légalité d'une action positive en se fondant sur l'évaluation de l'étendue de ses conséquences sociales reviendrait à placer l'action positive sur le même pied que toute autre forme de discrimination entre les sexes.

En revanche, comme nous l'avons précédemment relevé dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Badeck [20], s'il s'avère que la licéité de ce type de mesures se fonde sur la possibilité de concilier l'action positive avec le principe de non-discrimination, il est tout aussi exact que le principe de non-discrimination ainsi que le principe de l'égalité des chances, fondements de l'action positive, ne sont pas tout à fait contradictoires: en effet, si l'égalité substantielle se réalise par des mesures qui, par leur objet, revêtent un caractère discriminatoire, elle poursuit en réalité le même objectif que le premier principe, avec toutefois une dimension supplémentaire, en ce sens que le législateur se charge de corriger une situation de difficultés réelles de certaines couches de la population, difficultés auxquelles celles-ci ne pourraient pas faire face dans le respect du principe général de non-discrimination.

34. Nous considérons donc que la directive ne permet pas à un État membre d'adopter un programme d'actions positives en soi illicite quand bien même la législation nationale aurait restreint l'application de cette action à un nombre d'emplois préalablement déterminé et limité, ou encore aux emplois créés dans le cadre d'un programme spécial, adopté par un seul institut d'enseignement. L'incompatibilité de ce système avec le droit communautaire existe, que la législation visée s'applique aux emplois de niveau inférieur ou à ceux de niveau supérieur.

20 — Au point 26.

Conclusions

35. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de déclarer irrecevables les questions déférées par l'Överklagandenämnden för Högskolan, ladite commission n'étant pas une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

À titre subsidiaire, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante:

«1) L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ne permet pas à un État membre d'instaurer des règles d'engagement en vertu desquelles le candidat du sexe sous-représenté possédant des qualifications suffisantes devrait être nommé en lieu et place du candidat de l'autre sexe, qui s'avère être le candidat le plus adéquat sur la base des mérites et de la compétence, et ce même si l'obligation de donner préférence au candidat du sexe sous-représenté ne s'applique pas lorsque la différence entre les qualifications des candidats est importante au point de rendre la mesure contraire à l'exigence d'objectivité que l'administration est tenue de respecter lors de l'engagement.

2) L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207 ne s'oppose pas en revanche à une pratique administrative selon laquelle le candidat appartenant au sexe sous-représenté peut obtenir priorité sur le candidat du sexe opposé pour autant que les qualifications du premier soient équivalentes ou quasi équivalentes à celles du second et que la législation nationale oblige l'administration à prendre en considération, lors de l'engagement, en ce qui

concerne les candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, des circonstances et situations particulières d'ordre personnel qui peuvent être l'indice de situations sociales ayant la même importance que celles que doivent normalement affronter les femmes.

3) L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207 ne permet pas à un État membre d'instaurer des règles d'engagement telles que celles visées au point 1, quand bien même la législation nationale aurait limité l'application de l'action positive à un nombre d'emplois limité et préalablement déterminé ou aux seuls emplois créés dans le cadre d'un programme spécial adopté par un seul institut d'enseignement. Ces règles restent incompatibles avec le droit communautaire même si elles ne s'appliquent qu'aux emplois de niveau inférieur ou à ceux de niveau supérieur. »