

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIUSEPPE TESAURO
présentées le 6 avril 1995 *

1. Une réglementation nationale en vertu de laquelle les femmes bénéficient d'un droit de préférence en matière de recrutement et/ou de promotion, à condition de posséder la même qualification que les concurrents de sexe masculin et d'être sous-représentées — en ce sens qu'elles ne représentent pas la moitié des effectifs — dans l'échelle des salaires du secteur en cause, est-elle compatible avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, tel qu'il est consacré par la réglementation communautaire pertinente? En d'autres termes, un régime de quotas en faveur des femmes, même assorti des conditions précédemment indiquées, comporte-t-il une discrimination fondée sur le sexe prohibée par le droit communautaire ou constitue-t-il une action positive qui est permise, en ce qu'elle est destinée à promouvoir une égalité de chances effective dans le monde du travail?

Telle est, en substance, la portée des questions préjudicielles posées à la Cour par le Bundesarbeitsgericht et portant, plus particulièrement, 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 travail¹ (ci-après la « directive »).

2. Le but de la directive, tel qu'il est énoncé à son article 1^{er}, paragraphe 1, est « 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, dans les conditions prévues au paragraphe 2, la sécurité sociale ». L'article 2, paragraphe 1, précise ensuite que 'le principe de l'égalité de traitement ... 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, dont l'interprétation est demandée en l'espèce, permet cependant aux États membres d'adopter et/ou de maintenir en vigueur les « 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 premier, paragraphe 1 ».

* Langue originale: l'italien.

¹ — JO L 39, p. 40.

L'article 2, paragraphe 4, est expressément évoqué dans les considérants de la recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes², dans lesquels le Conseil souligne la nécessité d'actions parallèles « 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 », nécessité qui découle du fait que les normes juridiques existant en matière d'égalité de traitement « sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait »³. La recommandation invite donc les États membres à « 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 » (point 1) et, en particulier, à faire en sorte que les actions positives incluent, dans la mesure du possible, des actions portant sur 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 » (point 4, sixième tiret). En résumé, face à des disparités de fait, les États membres sont invités à *encourager* la candidature, le recrutement et la promotion des femmes.

Enfin, il y a lieu de rappeler qu'une disposition ayant un but identique, pour l'essentiel, à celui de l'article 2, paragraphe 4, est prévue à l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-

Bretagne et d'Irlande du Nord et annexé au traité de Maastricht par le protocole 14. En effet, aux termes de cette disposition, l'égalité affirmée des rémunérations « ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle ».

3. Pour ce qui est de la législation nationale pertinente, la loi importante en l'espèce est la Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen⁴ (loi du land de Brême relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les services publics, ci-après la « LGG ») du 20 novembre 1990, dont l'article 4 est libellé comme suit:

« Recrutement, changement d'affectation et promotion

1. Lors du recrutement effectué à des fins autres que celles d'un stage de formation, y compris la titularisation d'un fonctionnaire ou d'un juge, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées.

2 — JO L 331, p. 34.

3 — Voir troisième considérant.

4 — *Bremisches Gesetzblatt*, p. 433.

2. Lors de l'affectation à un emploi dans un grade plus élevé dans l'échelle des salaires, rétributions et traitements, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins doivent être prises en considération en priorité, lorsqu'elles sont sous-représentées. Il en est de même en cas d'affectation à un autre poste et en cas de promotion.

3. (...)

4. La qualification doit être évaluée exclusivement au regard des exigences de la profession, du poste à pourvoir, ou de la carrière. L'expérience et les aptitudes spécifiques, acquises par exemple dans le cadre des tâches familiales, de l'engagement dans la vie associative ou des activités bénévoles, font partie de la qualification au sens des paragraphes 1 et 2 ci-dessus, lorsqu'elles sont utiles à l'exercice de l'activité considérée.

5. Il y a sous-représentation lorsque, dans les différents grades de l'échelle des salaires, rétributions et traitements de la catégorie de personnel considérée d'un service, les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs. Il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme. »

4. Nous en venons aux faits qui ont donné lieu à la présente procédure. En juillet 1990, la ville de Brême a publié un avis de vacance pour le poste de chef du département 21 du service des espaces verts, poste de grade II a/Ib BAT⁵. Parmi les candidatures retenues figuraient, notamment, celle de M. Kalanke et celle de M^{me} Glissmann, qui travaillaient déjà, l'un et l'autre, au département 21, respectivement depuis 1973 et depuis 1975, en qualité de techniciens classés au grade III du BAT. Le premier, ingénieur diplômé jardinier-paysagiste était, à l'époque des faits de la cause, l'adjoint du chef de département. M^{me} Glissmann, qui a terminé des études d'ingénieur en horticulture en 1967, est ingénieur-paysagiste diplômée depuis 1983, date à laquelle elle a réussi l'examen d'État correspondant.

La direction du service des espaces verts avait proposé de promouvoir M. Kalanke, mais le comité du personnel s'était opposé à cette promotion. La tentative d'arbitrage qui a suivi et qui a abouti à une recommandation en faveur de M. Kalanke a donné lieu à un constat d'échec de la part du comité du personnel, qui a donc demandé la consultation de la commission de conciliation. Cette dernière s'est prononcée le 20 février 1991 dans le sens suivant: « les deux candidats sont aptes à accéder au poste vacant et la priorité doit donc être donnée — notamment sur la base de la loi du Land relative à l'égalité — à la candidature féminine ».

5 — Le sigle BAT désigne le Bundesangestelltentarifvertrag, ce qui correspond à la grille des rémunérations de la convention collective des agents contractuels du secteur public.

5. M. Kalanke a attaqué cette décision devant l'Arbeitsgericht de Brême en faisant valoir que la commission de conciliation n'avait pas tenu compte de la supériorité de sa qualification professionnelle et que l'article 4 de la LGG était, en tout cas, contraire aux articles 3, paragraphes 2 et 3, et 33, paragraphe 2, de la Loi fondamentale, ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, de la Constitution du Land et à l'article 611 du code civil. L'Arbeitsgericht a rejeté son recours; l'appel qu'il a ensuite interjeté devant le Landesarbeitsgericht a également connu une issue négative.

M. Kalanke s'est donc pourvu en cassation (« Revision ») devant le Bundesarbeitsgericht. Celui-ci a commencé par souligner que la solution du litige qui lui était soumis dépendait essentiellement de l'applicabilité de l'article 4 de la LGG, en ce sens que la décision de la commission de conciliation ne serait illégale que s'il s'avérait que celle-ci avait eu tort d'appliquer la loi en question: en pareille hypothèse, en effet, l'avantage accordé à M^{me} Glissmann serait injustifié, étant uniquement fondé sur le sexe. Attendu que, selon les constatations de la juridiction d'appel, la décision de la commission de conciliation sur l'égalité de qualification des candidats ne contrevenait à aucune norme juridique et que les femmes étaient effectivement sous-représentées dans le secteur considéré⁶, le Bundesarbeitsgericht en est venu à

conclure que c'était à bon droit que la commission de conciliation avait refusé, en application de l'article 4 de la LGG, de consentir à la nomination du demandeur. Enfin, il a estimé que le régime de quotas prévu par l'article 4 de la LGG était conforme aux normes nationales dont le demandeur invoquait la violation.

6. Le Bundesarbeitsgericht a néanmoins estimé opportun d'examiner aussi la légalité de l'article 4 de la LGG au regard du principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est consacré par les dispositions du droit communautaire, en particulier à la lumière de l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive. Il a donc opéré un renvoi préjudiciel à la Cour, dans le cadre duquel il demande: a) si l'article 2, paragraphe 4, de la directive est à interpréter en ce sens qu'il vise aussi une réglementation nationale telle que celle précédemment décrite et b) en cas de réponse négative, si, compte tenu du principe de proportionnalité, l'article 2, paragraphe 1, de la directive impose d'écarter l'application de pareille réglementation nationale.

En fait, les deux questions sont étroitement liées et, comme on le verra mieux dans la suite des présentes conclusions, elles n'appellent pas de réponses distinctes. En effet, dès lors que l'article 2, paragraphe 1, affirme, de manière générale et péremptoire, le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et que l'article 2, paragraphe 4, consitue une dérogation à ce principe, il s'ensuit que l'interprétation de la seconde disposition ne pourra pas faire abstraction du principe visé à l'article 2, paragraphe 1: il sera néan-

6 — Il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'administration de la ville de Brême occupe, au total, 49 % d'hommes et 51 % de femmes. Néanmoins, si on considère la répartition des sexes selon les carrières, le tableau est le suivant: 75 % des femmes dans les carrières les plus basses, 52 % dans les niveaux moyens, 50 % aux niveaux supérieurs et 30 % aux postes de direction.

moins nécessaire de procéder à un examen de la proportionnalité.

compenser les discriminations subies par ce groupe dans le passé?

7. Cela ayant été précisé, il s'agit, en premier lieu, de déterminer si le régime de quotas de l'article 4 de la LGG relève du champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

8. Avant d'en venir au fond de la question, il nous semble opportun de mettre quelque peu en exergue la notion d'action positive.

C'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 4, de la directive au regard d'un régime de quotas en faveur des femmes et, plus généralement, au regard d'actions positives. L'importance de la question n'est assurément pas négligeable. En effet, ce qui est en cause dans la présente affaire, c'est la portée de la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 4, et c'est surtout la signification du principe de l'égalité, l'opposition entre l'égalité formelle, entendue comme égalité de traitement entre individus appartenant à des groupes différents, et l'égalité substantielle, entendue comme égalité entre les groupes. En définitive, le droit de chaque individu à ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, droit qui est reconnu par la Cour elle-même comme un droit fondamental dont elle assure le respect⁷, doit-il céder le pas devant les droits d'un groupe désavantagé, en l'espèce les femmes, afin de

Les actions positives ont pour origine l'exigence d'éliminer les obstacles de fait qui pèsent sur certaines catégories déterminées ou certains groupes désavantagés de personnes, qui sont donc désavantagés dans le domaine de l'emploi. Il s'agit de l'un des instruments utilisés pour réaliser l'égalité des chances des groupes minoritaires ou autres groupes désavantagés: la méthode consiste, en règle générale, à accorder un traitement préférentiel à ces groupes⁸. Par la prise en considération d'un groupe, en tant que tel, les actions posi-

7 — Arrêt du 15 juin 1978, Defrenne II (149/77, Rec. p. 1365, point 27). Voir aussi l'arrêt récent du 28 janvier 1992, Speybroeck (I-45/90, Rec. p. II-33), dans lequel le Tribunal a précisément réaffirmé que « le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes en matière d'emploi et, corrélativement, l'absence de toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, fait partie intégrante des droits fondamentaux dont la Cour et le Tribunal assurent le respect en vertu de l'article 164 du traité CEE » (point 47).

8 — L'action positive (« affirmative action ») a été tenue sur les fonts baptismaux, aux États-Unis, par les administrations démocrates des années 60 qui ont utilisé une mesure typiquement judiciaire (jusqu'alors, l'action positive était décidée par les tribunaux à la charge des employeurs coupables de comportements discriminatoires) pour en faire un instrument administratif. Elle apparaît, en particulier, avec l'obligation, pour les entreprises adjudicataires de marchés de travaux publics, d'entreprendre des plans d'action au profit de la population de couleur, sous peine de perdre les commandes déjà obtenues. C'est à partir de ces premiers éléments de conceptualisation qu'on est ensuite passé aux actions positives en faveur d'autres ethnies minoritaires ou d'autres groupes vulnérables, telles les femmes. Au nom de l'égalité, des programmes de traitement préférentiel ont ainsi été conçus et mis en œuvre, en particulier dans le domaine de l'accès à l'enseignement supérieur et de l'emploi.

tives marquent d'ailleurs le passage d'une vision individuelle à une vision collective de l'égalité⁹.

9. L'action positive peut prendre des formes diverses. Un premier modèle consiste à essayer de remédier, non pas à des discriminations au sens juridique, mais à une situation de désavantage qui caractérise la présence féminine sur le marché du travail. Dans ce premier cas, l'objectif est d'éliminer les causes des moindres chances d'emploi et de carrière qui frappent (encore) le travail féminin, en intervenant, en particulier, sur l'orientation et la formation professionnelles. On peut distinguer un deuxième modèle d'action positive dans les actions destinées à favoriser l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles et une meilleure répartition de ces responsabilités entre les deux sexes. Dans ce cas, priorité est donnée aux mesures concernant l'aménagement de l'horaire de travail, le développement des structures destinées à l'enfance, la réinsertion professionnelle des femmes qui se sont consacrées à l'éducation de leurs enfants, ainsi qu'à des politiques de sécurité sociale et à des politiques de compensations fiscales tenant compte des charges familiales. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'action positive, même si elle comporte l'adoption de mesures

spécifiques au seul bénéfice des femmes, destinées en particulier à favoriser l'emploi de ces dernières, a pour objet de réaliser une *égalité des chances* et, en définitive, d'atteindre l'*égalité substantielle*. Cependant, les résultats ne seront certes pas immédiats du point de vue de l'augmentation quantitative du travail féminin.

Un troisième modèle est celui de l'action positive conçue comme remède aux effets, qui perdurent, de discriminations historiques juridiquement pertinentes; l'action positive revêt alors un caractère compensatoire, ce qui a pour conséquence de légitimer des traitements préférentiels en faveur des catégories désavantagées, en particulier par des systèmes de quotas et de *goals*¹⁰. Un tel modèle a

9 — C'est d'ailleurs, précisément, l'utilisation de la notion de groupe qui ne recueille pas l'unanimité. A cet égard, il existe en effet une certaine tendance à affirmer que les traitements préférentiels en faveur de certains groupes peuvent finir par augmenter le sentiment d'infériorité de ces derniers par rapport à la majorité et entraîner, comme conséquence, une marginalisation définitive des bénéficiaires à l'intérieur de cages sociales rigides. On accuse aussi les traitements préférentiels en faveur des groupes désavantagés d'abaisser l'efficacité du système, en mettant en péril l'affirmation sociale des meilleurs.

10 — Les quotas et les *goals* sont, en fait, les deux systèmes par lesquels les États-Unis ont poursuivi, depuis les années 60, l'objectif d'éliminer les inégalités de fait. Les quotas consistent à réserver un certain nombre de postes aux catégories les plus désavantagées, afin de rééquilibrer leur représentation. Avec le système des *goals*, au contraire, un nombre de points plus élevé est attribué aux membres de la catégorie concernée, mais le droit de chaque candidat à concourir pour tous les postes disponibles n'est pas mis en cause. La jurisprudence de la Cour suprême est demeurée particulièrement hostile au critère des quotas rigides (voir *Regents of the University of California/Bakke*, 438 U. S. 265 1978) et, tout en admettant le système des *goals*, elle en a précisé les formes et les conditions. En résumé, le programme d'actions positives doit, avant tout, être de nature transitoire: il sert, en effet, à corriger les situations de déséquilibre en rétablissant l'égalité au point de départ et non à les reproduire de manière artificielle, même quand les effets de la discrimination antérieure ont été neutralisés (voir *United Steelworkers of America AFL-CIO-CLC/Weber*, 443 U. S. 193 1979). En second lieu, le programme doit être justifié par certaines conditions de fait préalables, objectivement constatables: par exemple, une disparité manifestement anormale entre la composition raciale de la collectivité civile et celle du microcosme universitaire, ou encore entre le nombre de femmes affectées à des fonctions supérieures par rapport à l'ensemble de la population féminine. En Europe, les actions positives ont commencé à s'affirmer ou, tout au moins, à faire l'objet d'une certaine attention au moment où elles entraînaient en crise dans leur pays d'origine. En effet, aux États-Unis on recourt désormais au critère dit de *strict scrutiny*, système en vertu duquel les normes qui ont une incidence sur un droit fondamental ne peuvent se justifier que si elles répondent à un intérêt public impératif (*compelling government interest* — voir, par exemple, *City of Richmond/Crosby*, 488 U. S. 469 1989).

fini par l'emporter ou, tout au moins, par être considéré comme la panacée pour éliminer les inégalités de fait existant dans la réalité sociale. Un statut effectif d'égalité de chances en vient ainsi à être identifié avec l'égalité des résultats. L'imposition de quotas est une mesure très controversée, notamment sur le plan de la constitutionnalité: s'il est vrai, en effet, que cet instrument est certainement de nature à augmenter quantitativement l'emploi féminin, il est également vrai que c'est celui qui a la plus grande incidence sur le principe de l'égalité entre les individus, principe protégé au niveau constitutionnel dans la majorité des ordres juridiques des États membres.

10. Les quotas peuvent être plus ou moins rigides. Dans l'affaire qui nous occupe, comme nous l'avons déjà dit, il ne s'agit pas de quotas rigides (qui fixent un certain pourcentage de postes à atteindre indépendamment du mérite des personnes intéressées par les mesures), ni de quotas fixant des exigences minimales à remplir. Il s'agit, au contraire, de quotas qui n'instaurent un traitement préférentiel en faveur des femmes qu'en présence d'une qualification équivalente à celle des concurrents de sexe masculin.

Cela dit, il n'est que trop évident que ce dernier cas constitue, lui aussi, une discrimination fondée sur le sexe.

11. La vérité est que toute action spécifique en faveur d'une catégorie minoritaire ou, en tout cas, vulnérable, s'oppose au principe de l'égalité au sens formel. Il s'agit donc de déterminer s'il n'en demeure pas moins concevable que, dans certaines hypothèses bien déterminées et pour atteindre un but répondant à un choix social et lui-même destiné à neutraliser les inégalités résultant de préjugés du passé, il soit possible d'adopter des dispositions contraires audit principe, et néanmoins juridiquement permises.

Aux fins qui nous intéressent en l'espèce, il s'agit, plus précisément, de déterminer si l'article 2, paragraphe 4, de la directive constitue un fondement juridique adéquat à cet effet ou, en d'autres termes, si des actions du type de celle en cause entrent dans le champ de la dérogation prévue par cette disposition.

12. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 2, paragraphe 4, permet aux États membres d'adopter et/ou de maintenir en vigueur des « 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 premier, paragraphe 1 ». ¹¹

La lecture de cette disposition met, avant tout, en évidence le fait que, à côté de mesu-

11 — Mis en italique par nous.

res négatives, telle l'interdiction des discriminations directes et des discriminations déguisées, donc indirectes, la directive prévoit aussi, toujours dans le but de garantir une égalité de traitement effective, l'adoption de mesures qui exigent un acte positif pour pouvoir être menées à bien. Cela signifie que l'article 2, paragraphe 4, de la directive autorise bien les États membres à mettre en œuvre des actions positives, mais, comme le précise cette disposition elle-même, uniquement dans la mesure où celles-ci sont destinées à promouvoir et réaliser l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans le domaine de l'emploi.

13. Pour déterminer quelles sont les mesures positives permises par l'article 2, paragraphe 4, il faut ensuite définir le concept d'*égalité de chances* et, plus précisément, élucider le point de savoir si cette expression vise l'égalité des points de départ ou l'égalité des points d'arrivée. Donner une égalité de chances ne peut signifier, selon nous, que mettre en situation d'obtenir une égalité de résultats, donc rétablir les conditions d'une égalité des deux sexes au point de départ. Pour atteindre ce résultat, il est évidemment nécessaire d'éliminer les obstacles de fait qui empêchent la réalisation de l'égalité des chances entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi: il faudra donc identifier les obstacles et procéder ensuite à leur élimination, en utilisant les instruments les plus adéquats à cette fin.

Or, il nous semble par trop évident que la réglementation nationale litigieuse n'est nul-

lement destinée à garantir l'égalité des points de départ. La circonstance même que deux candidats de sexes différents possèdent des qualifications équivalentes implique en effet, et par définition, que tous deux possèdent, et possédaient, des chances égales: ils se trouvent donc dans des conditions égalitaires à la borne de départ. En accordant la préférence aux femmes, la réglementation nationale litigieuse tend donc à atteindre une égalité de résultats, ou mieux une répartition égale des postes de travail, du seul point de vue numérique, entre hommes et femmes. Cela ne nous semble correspondre ni au but ni à la *ratio legis* de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

14. Cela dit, il ne faut pas passer sous silence le fait que l'objectif ultime de l'égalité des chances est indubitablement de favoriser l'emploi des femmes et de parvenir à une égalité substantielle et que la seule égalité des points de départ ne garantit pas, en elle-même, des résultats égaux, lesquels ne dépendent pas seulement des mérites et des efforts individuels des divers intéressés¹², mais peuvent aussi être influencés par une certaine structure sociale qui pénalise la femme, en particulier à cause de son double rôle, ainsi qu'en raison des discriminations subies dans le passé qui rendent encore la présence féminine marginale dans certains secteurs, surtout au niveau des postes de responsabilité.

12 — Il va également de soi que, si la méthode d'établissement des mérites était indirectement discriminatoire au détriment des femmes, les données du problème seraient entièrement différentes: nous serions, en effet, en présence d'une discrimination qui, même indirecte, serait une discrimination actuelle, susceptible d'être attaquée, en tant que telle, sur la base de certaines dispositions précises de la directive.

Dans ces conditions, il reste à se demander si l'article 2, paragraphe 4, de la directive peut être interprété de manière à englober aussi les actions qui comportent une préfixation des « résultats » par l'institution de quotas, que ceux-ci soient rigides ou qu'ils soient subordonnés, comme en l'espèce, à certaines conditions.

15. Dans le seul cas où la Cour s'est prononcée sur l'interprétation de cette disposition, elle a affirmé que l'exception prévue par cette dernière « a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »¹³. Cette conception a conduit la Cour à refuser de faire entrer dans le champ de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, des mesures spéciales en faveur des femmes telles que la réduction de l'horaire de travail, l'abaissement de l'âge de la retraite, l'octroi de congés pour maladie d'un enfant, l'octroi d'un certain nombre de jours de congés annuels supplémentaires par enfant, le versement de subventions aux mères de famille qui doivent supporter des frais de crèche ou les frais de garde et ainsi de suite.

La Cour a donc jugé que l'article 2, paragraphe 4, autorise les traitements qui ne sont qu'apparemment discriminatoires, mais concrètement destinés à éliminer les obstacles de fait qui empêchent la réalisation de

l'égalité des chances pour les femmes¹⁴. Cela confirme que l'objectif est celui de l'égalité substantielle, mais confirme aussi, à notre avis, qu'un tel objectif peut uniquement être poursuivi au moyen de mesures visant à atteindre un statut effectif d'égalité de chances, ce dont il résulte que les seules inégalités permises sont celles qui sont nécessaires pour éliminer les obstacles ou les disparités qui empêchent les femmes de pouvoir atteindre, dans des conditions égalitaires, les mêmes résultats que les hommes. En effet, c'est uniquement dans cette optique que les mesures spécifiquement destinées aux femmes ne sont qu'apparemment discriminatoires et c'est le seul moyen de parvenir à une égalité substantielle, qui soit réelle et effective.

16. Le principe de l'égalité substantielle implique de prendre en considération les disparités de fait qui sont liées à l'appartenance à une catégorie de personnes ou à un groupe social déterminé; il permet et impose d'éliminer, ou au moins de neutraliser, par des mesures spécifiques, les effets inégaux et préjudiciables qui résultent de ces disparités pour les personnes appartenant au groupe en question.

14 — Les disparités de fait dont les femmes font l'objet peuvent aussi résulter, par exemple, de conditions et de modalités d'organisation et de répartition du travail qui provoquent des effets différents pour les salariés selon le sexe et qui portent préjudice aux femmes dans le domaine de la formation professionnelle et de la promotion professionnelle ou de l'avancement. Dans cette perspective, l'action positive doit plutôt, pour être efficace, agir sur l'orientation scolaire et professionnelle de manière à favoriser l'insertion des femmes dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées. En même temps, il convient cependant de relever que certaines des mesures françaises évoquées (en particulier, l'horaire de travail flexible et les aides financières pour les frais de garde d'enfants) sont incontestablement des mesures qui ne sont qu'apparemment discriminatoires, dans la mesure où elles sont précisément destinées à éliminer des obstacles de fait qui empêchent la réalisation de l'égalité des chances.

13 — Arrêt du 25 octobre 1988, Commission/France (312/86, Rec. p. 6315, point 15).

A la différence du principe de l'égalité formelle, qui interdit de fonder les disparités de traitement des individus sur certains facteurs de différenciation, tel le sexe, le principe de l'égalité substantielle renvoie, au contraire, à un concept positif, se fondant précisément sur la pertinence de ces mêmes facteurs de différence pour légitimer un droit inégal, instrument de réalisation de l'égalité entre des personnes qui ne sont pas supposées neutres, mais dont les différences sont prises en compte. En définitive, le principe de l'égalité substantielle complète le principe de l'égalité formelle, auquel il ne permet d'apporter que les dérogations qui sont justifiées par le but auquel elles tendent: assurer une égalité effective. L'objectif final est donc le même: assurer l'égalité entre les personnes.

17. D'autre part, telle est précisément la logique qui inspire les dérogations au principe de l'égalité de traitement. Plutôt que de véritables dérogations au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, il s'agit, en effet, de dispositions qui tendent à assurer l'effectivité du principe d'égalité, en autorisant celles des inégalités qui sont nécessaires pour la réaliser. En définitive, il s'agit d'une discrimination qui n'est qu'apparente, en ce qu'elle permet ou impose un traitement différent, en faveur des femmes et en vue de leur protection, afin d'atteindre une égalité substantielle et non une égalité formelle qui serait, au contraire, la négation de l'égalité.

C'est précisément la perspective dans laquelle il y a lieu de lire la jurisprudence relative à l'exception visée à l'article 2, para-

graphe 3¹⁵, dans laquelle la Cour a affirmé, en particulier, que « la directive réserve aux États membres un pouvoir d'appréciation quant aux mesures sociales qui doivent être prises en vue d'assurer, dans le cadre tracé par la directive, la protection de la femme en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ainsi que la compensation des désavantages de fait, en matière de conservation de l'emploi, que la femme subit à la différence de l'homme »¹⁶.

En substance, les États membres se voient autorisés, par cette dérogation, à adopter des mesures destinées à éliminer les conséquences défavorables qui résultent de la condition biologique de la femme. Le traitement différencié réservé à la femme qui se trouve dans une certaine situation, telle la grossesse, n'est donc qu'apparemment discriminatoire: en réalité, il tend à neutraliser les effets de certaines différences spécifiques entre hommes et femmes et à assurer, par conséquent, l'égalité substantielle. C'est donc la *différence* qui légitime les déviations par rapport à l'égalité formelle, les mesures spécifiques d'inégalité de droit: le droit prend en considération la différence qui existe pour promouvoir l'égalité substantielle entre les personnes.

18. Dans le cas de l'exception visée à l'article 2, paragraphe 4, le traitement différencié

15 — Nous rappelons que cette disposition autorise les États membres à adopter et/ou maintenir en vigueur des « dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

16 — Arrêt du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657, point 22). Voir aussi, déjà dans les mêmes termes, l'arrêt du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, point 27).

n'est pas lié à un état spécifique de la femme, mais concerne toutes les femmes en tant que telles. Le traitement préférentiel en faveur des femmes trouve sa raison d'être dans une situation générale de désavantage, due aux discriminations subies dans le passé et aux difficultés de fait liées à l'accomplissement d'un rôle double.

effet, à produire des effets de marginalisation sur les marchés du travail. Il est incontestable que pareille situation constitue une inégalité de fait, un désavantage qu'il faudrait éliminer.

Il n'est que par trop évident que de telles difficultés ne se résolvent certainement pas au moyen de régimes de quotas et autres systèmes similaires, qui sont même dénués de tout intérêt à cette fin. Au lieu de cela, ce qu'il faut, ce sont des mesures relatives à l'organisation du travail et, en particulier, à l'horaire de travail, des structures destinées à l'enfance et autres mesures permettant de concilier les obligations familiales et professionnelles. Au reste, comme nous l'avons relevé, la Cour a considéré, avec une sévérité excessive, à notre avis, dans l'affaire dont il s'agissait, que même des mesures nationales de cette sorte ne relevaient pas de la dérogation de l'article 2, paragraphe 4, de la directive et qu'elles étaient donc incompatibles avec le principe d'égalité de traitement ¹⁷.

Toutefois, si, pour une situation de ce type, l'article 2, paragraphe 4, de la directive permet bien d'intervenir par des actions positives, il ne le permet, comme nous l'avons déjà dit, que pour relever le seuil de départ de la catégorie désavantagée, afin d'assurer une situation effective d'égalité de chances. L'action positive devra donc tendre à éliminer les obstacles qui s'opposent à l'égalité de chances des femmes, en intervenant, par exemple, sur l'orientation scolaire et sur la formation professionnelle. En revanche, elle ne pourra pas tendre à garantir aux femmes une égalité de résultats sur le plan de l'occupation des postes de travail, donc au point d'arrivée, à titre de compensation des discriminations traditionnellement subies. En somme, l'action positive ne peut pas être considérée, et encore moins être utilisée, comme un moyen de restaurer, par des mesures discriminatoires, une situation d'égalité qui a été mise à mal dans le passé.

19. S'agissant ensuite des discriminations subies par les femmes dans le passé, il est certes indéniable que leurs effets se font encore sentir. L'existence d'une condition sociale et culturelle (traditionnellement) différente (il suffit de penser à l'écart de niveau scolaire et de formation professionnelle) continue, en

20. Une lecture de la disposition litigieuse en fonction de la recommandation, déjà citée, sur les actions positives ne permettrait pas,

17 — Arrêt Commission/France, précité, points 15 et 16.

non plus, de parvenir à une conclusion différente. Même si elle ne constitue pas un instrument juridiquement contraignant, une recommandation peut parfaitement, comme l'a précisé la Cour elle-même, fournir une aide dans l'interprétation d'autres normes de droit communautaire qu'elle a pour objet de compléter¹⁸.

21. En définitive, la recommandation définit, elle aussi, l'action positive comme étant l'instrument d'une politique d'égalité de chances; en revanche, elle ne prévoit nullement la possibilité d'avantager la femme afin de favoriser son emploi, ce qui incite à exclure qu'elle puisse être interprétée en ce sens qu'elle autoriserait les discriminations fondées sur le sexe, mais non destinées à éliminer les obstacles qui affectent les chances des femmes et donc, en dernier ressort, la réalisation de l'égalité substantielle.

Or, la recommandation en question, dont les considérants rappellent expressément l'article 2, paragraphe 4, de la directive, ne contient aucune définition de l'action positive, mais seulement une liste des objectifs auxquels une telle action peut tendre. Les objectifs énumérés montrent cependant à l'évidence que l'action positive s'identifie aux mesures ayant pour objet la suppression des obstacles et/ou des disparités de fait affectant les femmes et, plus généralement, aux mesures destinées à éliminer la situation de désavantage dans laquelle se trouve la femme par rapport au monde du travail. L'action en faveur du *développement* de la présence et de la participation des femmes dans tous les secteurs, dans toutes les professions et à tous les niveaux de responsabilité est, elle-même, formulée en termes d'encouragement, mais certainement pas de préférence mécanique. L'action positive est donc fondée sur deux prémisses: l'existence d'obstacles de fait qui s'interposent contre la réalisation de l'*égalité de chances* entre hommes et femmes et le caractère (implicitement) temporaire de l'action positive, dont la légitimité est donc liée à la persistance des obstacles de fait qui doivent être éliminés.

La présence des notions d'avantages et de compensation des désavantages à l'article 6, paragraphe 3, déjà cité, du protocole social, norme qui affirme l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, ne porte pas non plus à tirer une conclusion différente. En effet, les avantages spécifiques en matière de rétribution, ayant vocation à compenser les désavantages touchant à la carrière professionnelle et/ou faciliter l'exercice d'une activité, pourront tout au plus consister, à notre avis, en aides financières aux mères de famille obligées de supporter des frais de crèche et concerner d'autres hypothèses de ce genre, mais ne pourront certainement pas se traduire par des mesures discriminatoires fondées sur le sexe qui ne soient pas destinées à éliminer un quelconque obstacle. Encore une fois, la perspective est donc celle de l'élimination des conséquences défavorables résultant spécifiquement de la condition féminine; l'objectif est toujours de parvenir à une situation effective d'égalité de chances entre hommes et femmes.

18 — Voir arrêt du 13 décembre 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. p. 4407, points 18 et 19).

22. Les observations qui précèdent confirment bien que l'article 2, paragraphe 4, de la directive permet uniquement d'éliminer les disparités de fait dont souffrent les femmes, mais certainement pas au moyen de discriminations à rebours pures et simples, c'est à dire au moyen de mesures qui ne sont absolument pas destinées à éliminer les obstacles empêchant les femmes d'atteindre les mêmes résultats dans des conditions égales, mais qui visent à leur attribuer directement les résultats eux-mêmes ou, tout au moins, à leur accorder la priorité pour les atteindre *uniquement parce qu'elles sont des femmes*.

En définitive, les mesures fondées sur le sexe qui ne sont pas destinées à éliminer un obstacle, à supprimer une situation de désavantage, sont tout aussi illégales aujourd'hui, dans un but de promotion de l'égalité, qu'elles l'étaient hier, dans une fonction discriminatoire.

23. Pareille conclusion ne peut pas être considérée comme contraire au pouvoir d'appréciation que la directive laisse aux États membres en ce qui concerne les mesures sociales qu'ils adoptent dans le but de garantir l'égalité de chances des femmes, attendu que, comme l'a précisé la Cour au sujet de l'exception visée à l'article 2, paragraphe 3, un tel pouvoir doit malgré tout être exercé dans le respect du cadre tracé par la directive ¹⁹.

19 — Voir, en dernier lieu, arrêt Habermann-Beltermann, précité, point 22.

D'autre part, à propos de l'exception visée à l'article 2, paragraphe 2, la Cour a précisément souligné qu'« il convient d'observer d'abord que, en tant que dérogation à un droit individuel consacré par la directive, cette disposition est d'interprétation stricte » ²⁰. Elle a ensuite ajouté qu'« en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, consacrée par la directive, il faut respecter le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit qui sont à la base de l'ordre juridique communautaire » ²¹. La mesure nationale considérée ne doit donc pas aller au-delà de ce qui est nécessaire et approprié pour réaliser l'objectif poursuivi.

24. Nous rappelons que la mesure nationale litigieuse impose d'accorder la préférence aux femmes dans le recrutement et/ou la promotion, à la seule condition qu'elles possèdent la même qualification que les concurrents de sexe masculin et qu'elles soient sous-représentées dans l'échelle des salaires du secteur concerné, condition qui est réalisée lorsqu'elles représentent moins de la moitié des effectifs. Nous rappelons également qu'une telle mesure s'applique uniquement aux emplois publics, c'est-à-dire au secteur dans lequel, par définition, l'égalité de traitement des deux sexes est effectivement garantie ou, tout au moins, devrait l'être. Or, l'article 2, paragraphe 4, de la directive exige,

20 — Arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651, point 36). On retrouve des considérations analogues, au point 44 du même arrêt, au sujet de la dérogation de l'article 2, paragraphe 3.

21 — Arrêt Johnston, précité, point 38.

au contraire, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'il existe des obstacles à éliminer et que la mesure au moyen de laquelle on intervient soit temporaire, n'étant légitime que tant qu'existent et subsistent les conditions de désavantage.

Dans le cas d'espèce, la réglementation nationale en cause est temporaire, même s'il s'agit d'une longue durée, dans la mesure où elle n'aura plus de raison d'être lorsque le pourcentage de femmes aura atteint 50 % des effectifs de l'échelle des salaires de chacun des services. Toutefois, on ne voit pas clairement si elle sera abrogée le jour où le pourcentage fatidique de 50 % sera atteint ou si son mécanisme continuera à se déclencher chaque fois que le nombre des femmes sera inférieur à celui prescrit: en tout cas, il est permis de supposer que cela prendra longtemps. S'agissant ensuite des obstacles que cette réglementation se fixe pour but d'éliminer, ceux-ci s'identifient, à l'évidence, à la sous-représentation. Partant de la prémisse que la sous-représentation des femmes dans un secteur donné est la conséquence de l'existence d'une disparité de fait, une telle mesure tend à un simple rééquilibrage numérique entre hommes et femmes, sans procéder à la suppression des obstacles qui ont conduit à pareille situation. En d'autres termes, les obstacles ne sont pas éliminés, mais ils constituent la cause qui légitimerait le traitement légal différencié selon le sexe.

A cet égard, on peut d'ailleurs observer que la sous-représentation des femmes dans un

segment donné du marché du travail, même si elle constitue l'indice d'une disparité, n'est pas nécessairement imputable à une volonté consommée de marginaliser les femmes. De là découle l'élément d'arbitraire inhérent à tout traitement préférentiel réservé, de manière mécanique, au groupe sous-représenté et uniquement fondé sur ce motif.

25. Il ressort à l'évidence des observations qui précèdent qu'une mesure telle que celle qui nous occupe est assurément disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, ou, en tout cas, susceptible d'être poursuivi sur la base de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, attendu que cet objectif reste, tout de même, de réaliser l'égalité des chances entre hommes et femmes, et non de garantir le résultat à ces dernières, à égalité de conditions.

En définitive, alors qu'elle est en contradiction manifeste et incontestable avec le principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est défini à l'article 2, paragraphe 1, la mesure nationale litigieuse n'entre pas dans le champ de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive elle-même, en ce que, loin de favoriser une égalité effective de chances au profit des femmes, elle tend à leur accorder directement des résultats.

26. Nous n'ignorons pas que les considérations exposées jusqu'à présent et la conclu-

sion à laquelle nous sommes parvenu ne cadrent pas avec les prises de position de nombreuses instances qui se sont, directement ou indirectement, occupées du problème. Nous nous référons, notamment, à certaines prises de position récentes du Parlement européen ainsi qu'à une partie de la littérature, pas uniquement juridique. Nous n'ignorons pas, non plus, qu'une position différente de celle que nous avons estimée juste trouverait appui, non seulement dans la législation qui fait l'objet de l'affaire au principal, mais aussi dans certaines mesures prises par certains États membres et non membres de la Communauté, non pas, une fois encore, pour garantir une égalité de chances, mais pour garantir une égalité de niveau d'occupation des postes de travail.

27. Nous estimons cependant devoir, et pouvoir, résister à la tentation de suivre le courant dominant, étant convaincu — et fermement — de ne devoir le suivre, et suggérer à la Cour d'en faire autant, que lorsque nous sommes d'accord sur son orientation.

Tel n'est pas le cas, en l'espèce, dans la mesure où nous estimons que l'objectif fon-

damental et intangible de l'égalité — la vraie et non celle qui n'est que proclamée à voix haute — ne peut s'atteindre que dans le respect du droit, en l'espèce dans le respect d'un principe fondamental.

28. D'autre part, en affirmant cela, nous ne nous fondons pas seulement sur les limites du droit. En effet, nous sommes convaincu que la femme ne mérite pas d'atteindre une simple égalité numérique, égalité qui n'est donc que formelle, d'ailleurs au prix d'une violation incontestable d'une valeur fondamentale de toute société civilisée: l'égalité dans les droits, l'égalité de traitement de chacun. L'égalité formelle, numérique, est un objectif qui peut tranquilliser quelques consciences, mais qui reste illusoire et vide de tout contenu s'il ne s'accompagne pas de mesures réellement conçues pour la réalisation de l'égalité, lesquelles n'ont pas été établies en l'espèce ou, du moins, dont l'importance n'a pas été mise en relief. Ce qui est nécessaire, en définitive, c'est surtout une mutation de fond du modèle économique, social et culturel qui est à l'origine de la disparité, mutation qui ne se réalise certainement pas par les chiffres ni par des joutes intellectuelles désormais dépassées.

29. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par le Bundesarbeitsgericht:

« L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, s'oppose à l'application d'une réglementation nationale en vertu de laquelle les

femmes bénéficient d'un droit de préférence dans le recrutement et dans la promotion, à la seule condition de posséder la même qualification que les concurrents de sexe masculin et pour la seule raison qu'elles sont sous-représentées dans l'échelle des salaires du secteur en cause, condition réalisée lorsqu'elles ne représentent pas la moitié au moins des effectifs ».