

MARSCHALL

ARRÊT DE LA COUR
11 novembre 1997 *

Dans l'affaire C-409/95,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE, par le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Allemagne) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Hellmut Marschall

et

Land Nordrhein-Westfalen,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40),

LA COUR,

composée de MM. G. C. Rodríguez Iglesias, président, C. Gulmann, H. Ragnemalm et M. Wathelet, présidents de chambre, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida,

* Langue de procédure: l'allemand.

P. J. G. Kapteyn (rapporteur), J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann et L. Sevón, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour le Land Nordrhein-Westfalen, représenté par la Bezirksregierung Arnsberg, par M^{me} Juliane Kokott, professeur à la Heinrich Heine Universität Düsseldorf,
- pour le gouvernement espagnol, par M. Alberto José Navarro González, directeur général de la coordination juridique et institutionnelle communautaire, et M^{me} Gloria Calvo Díaz, abogado del Estado, du service juridique de l'État, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement français, par M^{mes} Catherine de Salins, sous-directeur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et Anne de Bourgoing, chargé de mission à la même direction, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement autrichien, par M. Wolf Okresek, Ministerialrat au Bundeskanzleramt, Verfassungsdienst, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement finlandais, par M^{me} Tuula Pynnä, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement suédois, par M^{me} Lotty Nordling, rättschef au département du commerce extérieur du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M^{me} Lindsey Nicoll, du Treasury Solicitor's Department, en qualité d'agent, assistée de M^{me} Eleanor Sharpston, barrister,

- pour le gouvernement norvégien, par M^{me} Beate B. Ekeberg, chef du service faisant fonction au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent,

- pour la Commission des Communautés européennes, par M. Jürgen Grunwald, conseiller juridique, et M^{me} Marie Wolfcarius, membre du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales du Land Nordrhein-Westfalen, représenté par M^{me} Juliane Kokott, du gouvernement néerlandais, représenté par M. Hans van den Oosterkamp, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, du gouvernement finlandais, représenté par M. Holger Rotkirch, chef du service des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, du gouvernement suédois, représenté par M^{me} Lotty Nordling, du gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M^{mes} Lindsey Nicoll, Eleanor Sharpston et M. Michael Beloff, QC, et de la Commission, représentée par M. Jürgen Grunwald et M^{me} Marie Wolfcarius, à l'audience du 11 mars 1997,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 15 mai 1997,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 21 décembre 1995, parvenue à la Cour le 29 décembre suivant, le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen a posé, en application de l'article 177

du traité CE, une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40, ci-après la « directive »).

2 Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige qui oppose M. Marschall au Land Nordrhein-Westfalen (ci-après le « Land ») à propos de sa candidature à un poste de promotion au centre scolaire de Schwerte (Allemagne).

3 L'article 25, paragraphe 5, deuxième phrase, du Beamtengesetz (statut des fonctionnaires du Land), dans sa version publiée le 1^{er} mai 1981 (GVNW, p. 234), modifié en dernier lieu par l'article 1^{er} de la septième loi portant modification de certaines règles de la fonction publique, du 7 février 1995 (GVNW, p. 102, ci-après la « disposition litigieuse »), dispose:

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

4 Selon les observations du Land, la règle de priorité prévue par cette disposition introduit un critère supplémentaire de promotion, à savoir la qualité de femme, qui vise à neutraliser la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent les candidats féminins par rapport à leurs concurrents masculins. A qualifications égales, l'employeur aurait en effet tendance à promouvoir un homme de préférence à une femme du fait de l'application de certains critères traditionnels de promotion qui défavorisent en pratique les femmes, tels que l'âge, l'ancienneté et la considération que le candidat est chef de famille assurant seul le revenu du ménage.

- 5 En prévoyant que les femmes sont à promouvoir par priorité « à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur », le législateur a, selon les observations du Land, sciemment choisi une notion juridique imprécise afin de garantir une souplesse suffisante et, en particulier, de laisser à l'administration une marge d'appréciation permettant de prendre en considération tous les motifs pouvant tenir à la personne des candidats. En conséquence, l'administration pourrait, nonobstant la règle de priorité, toujours préférer le candidat masculin sur la base des critères, traditionnels ou non, de promotion.

- 6 Il ressort de l'ordonnance de renvoi que M. Marschall travaille, en qualité d'enseignant titulaire, dans le service du Land, son traitement correspondant au niveau de base du grade A 12.

- 7 Le 8 février 1994, il a présenté sa candidature à une promotion à un poste de grade A 13 (« enseignant apte à l'enseignement secondaire du premier degré exerçant les tâches ») au centre scolaire de Schwerte. La Bezirksregierung Arnsberg l'a toutefois informé qu'elle envisageait de nommer une concurrente à ce poste.

- 8 M. Marschall a introduit une réclamation que la Bezirksregierung a rejetée par décision du 29 juillet 1994 au motif que la concurrente sélectionnée devait obligatoirement être promue en raison de la disposition litigieuse, dès lors que, sur la base des rapports de notation, cette personne et M. Marschall avaient des qualifications égales et que le nombre de femmes au grade A 13 au moment de l'avis de vacance était inférieur à celui des hommes.

- 9 M. Marschall a alors introduit un recours devant le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen afin qu'il soit ordonné au Land de le promouvoir au poste en cause.

10 Constatant que M. Marschall et la concurrente sélectionnée présentent des qualifications égales pour le poste à pourvoir, la juridiction de renvoi estime que la solution du litige dépend de la compatibilité de la disposition litigieuse avec l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive.

11 A cet égard, le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen relève, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour du 17 octobre 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), que la priorité que la disposition litigieuse accorde par principe aux femmes semble constituer une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive. Cette discrimination ne serait pas supprimée par la possibilité de préférer à titre exceptionnel le candidat de sexe masculin.

12 La juridiction de renvoi doute également que la disposition litigieuse relève du champ d'application de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive et qui concerne les mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes. La base d'appréciation des candidats serait indûment réduite étant donné que seule la proportion numérique d'hommes et de femmes au niveau concerné est retenue. De plus, la disposition litigieuse n'améliorerait pas la capacité des femmes de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes, mais prescrirait un résultat, alors que l'article 2, paragraphe 4, de la directive n'autoriserait que les mesures visant à l'égalité des chances.

13 Dans ces conditions, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

« L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive du Conseil des Communautés européennes, 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'oppose-t-il à ce qu'une réglementation nationale impose de promouvoir prioritairement les femmes dans les secteurs d'activité du service public

dans lesquelles elles sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, lorsque les qualifications (aptitude, compétence et prestations professionnelles) des candidats masculins et féminins sont égales, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur ('sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen')? »

- 14 Le Land, les gouvernements autrichien, espagnol, finlandais, norvégien et suédois ainsi que la Commission considèrent qu'une règle nationale, telle que la disposition litigieuse, constitue une mesure visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes qui relève du champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.
- 15 A cet égard, le Land observe que la priorité accordée aux candidats féminins vise à faire contrepoids aux critères traditionnels de promotion sans toutefois les supplanter. Le gouvernement autrichien considère qu'une règle nationale, telle que celle en cause, est destinée à corriger des processus discriminatoires de sélection du personnel.
- 16 Les gouvernements finlandais, suédois et norvégien ajoutent que la règle nationale en cause favorise l'accès des femmes à des postes de responsabilité et contribue ainsi à rééquilibrer les marchés de travail qui, dans leur état actuel, sont encore largement cloisonnés en fonction du sexe en ce qu'ils concentrent le travail féminin dans les postes inférieurs de la hiérarchie professionnelle. Selon le gouvernement finlandais, l'expérience du passé montre notamment que les actions se bornant à intervenir sur l'orientation et la formation professionnelles des femmes ou sur la répartition des responsabilités professionnelles et familiales ne suffisent pas pour mettre fin à ce cloisonnement des marchés de travail.
- 17 Enfin, le Land et tous ces gouvernements estiment que la disposition litigieuse ne garantit pas la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes. Elle resterait donc dans les limites tracées par la Cour dans l'arrêt Kalanke, précité.

- 18 En revanche, les gouvernements français et du Royaume-Uni considèrent que la disposition litigieuse n'est pas couverte par la dérogation de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.
- 19 A cet égard, ils font valoir que, en accordant la priorité aux candidats féminins, cette disposition va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et vise à établir une égalité de représentation entre hommes et femmes. Par conséquent, le raisonnement suivi dans l'arrêt Kalanke, précité, trouverait application.
- 20 Les gouvernements français et du Royaume-Uni ajoutent que la présence d'une clause de dérogation n'enlève rien au caractère discriminatoire de la disposition litigieuse. Cette clause ne s'appliquerait qu'exceptionnellement et n'aurait donc pas d'incidence dans une affaire « normale » où aucun motif lié spécifiquement à la personne du candidat masculin n'est de nature à l'emporter sur l'obligation générale de promouvoir le candidat féminin. De plus, formulée en des termes à la fois généraux et imprécis, elle se heurterait au principe de la sécurité juridique.
- 21 Il résulte de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive que celle-ci vise la mise en œuvre, dans les États membres, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion. Ce principe de l'égalité de traitement implique, selon l'article 2, paragraphe 1, de la directive, « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement. »
- 22 Aux termes de son article 2, paragraphe 4, la directive « ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1. »

- 23 Dans l'arrêt Kalanke, précité, point 16, la Cour a constaté qu'une règle nationale qui, lors d'une promotion, accorde automatiquement la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins dans les domaines d'activité où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré entraîne une discrimination fondée sur le sexe.
- 24 Toutefois, il y a lieu de constater que, à la différence de la réglementation en cause dans l'arrêt Kalanke, la disposition litigieuse comporte une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur (« Öffnungsklausel », ci-après la « clause d'ouverture »).
- 25 En conséquence, il importe d'examiner si une règle nationale, assortie d'une telle clause, vise à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.
- 26 Cette dernière disposition 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 (arrêts du 25 octobre 1988, Commission/France, 312/86, Rec. p. 6315, point 15, et Kalanke, précité, point 18).
- 27 Ainsi, elle autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes (arrêt Kalanke, précité, point 19).
- 28 Comme le Conseil l'a exposé dans le troisième considérant de sa recommandation 84/635/CEE, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (JO L 331, p. 34), « les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement, qui ont pour objet d'accorder des droits aux individus, sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des

actions ne sont pas entreprises, de la part des gouvernements, des partenaires sociaux et d'autres organismes concernés, en vue de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société » (arrêt Kalanke, point 20).

29 Or, ainsi que le Land et plusieurs gouvernements intervenants l'ont souligné, il apparaît que, même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement.

30 Pour ces raisons, le fait que deux candidats de sexe différent aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales.

31 Il en ressort que peut entrer dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, une règle nationale selon laquelle, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient, sous réserve de la clause d'ouverture, d'un traitement préférentiel dans les secteurs où elles sont sous-représentées, dès lors qu'une telle règle peut contribuer à faire contrepoids aux effets préjudiciables qui résultent pour les candidats féminins des attitudes et comportements décrits ci-dessus et à réduire ainsi les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale.

32 Toutefois, il convient de rappeler que, l'article 2, paragraphe 4, constituant une dérogation à un droit individuel consacré par la directive, cette mesure nationale favorisant spécialement les candidats féminins ne saurait garantir la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une promotion sans dépasser les limites de l'exception prévue à cette disposition (arrêt Kalanke, précité, points 21 et 22).

33 Contrairement à la réglementation en cause dans l'arrêt Kalanke, une réglementation nationale qui, comme en l'espèce au principal, comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas ces limites si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin. Il convient toutefois de rappeler à cet égard que de tels critères ne sauraient être discriminatoires envers les candidats féminins.

34 C'est à la juridiction de renvoi qu'il incombe de déterminer si ces conditions sont remplies sur la base d'un examen de la portée de la disposition litigieuse telle qu'elle a été mise en œuvre par le Land.

35 Il y a donc lieu de répondre à la juridiction de renvoi que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que:

— elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et

— de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins.

Sur les dépens

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

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur la question à elle soumise par le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, par ordonnance du 21 décembre 1995, dit pour droit:

L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que:

— elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et

— de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins.

Rodríguez Iglesias	Gulmann	Ragnemalm	Wathelet	
Mancini	Moitinho de Almeida	Kapteyn	Murray	
Edward	Puissochet	Hirsch	Jann	Sevón

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 11 novembre 1997.

Le greffier

R. Grass

Le président

G. C. Rodríguez Iglesias