

KALANKE

ARRÊT DE LA COUR
17 octobre 1995 *

Dans l'affaire C-450/93,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le Bundesarbeitsgericht et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Eckhard Kalanke

et

Freie Hansestadt Bremen,

soutenue par

Heike Glißmann,

partie intervenante,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui

* Langue de procédure: l'allemand.

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

LA COUR,

composée de MM. G. C. Rodríguez Iglesias, président, C. N. Kakouris, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet et G. Hirsch, présidents de chambre, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), C. Gulmann et J. L. Murray, juges,

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

considérant les observations écrites présentées:

— pour M. Eckhard Kalanke, par M^e Rüdiger Haubrock, avocat à Brême,

— pour Freie Hansestadt Bremen, par M^e Hartmuth Sager, avocat à Hambourg,

— pour M^{me} Heike Glißmann, par M^e Klaus Richter, avocat à Brême,

— pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M^{me} S. Lucinda Hudson, Assistant Treasury Solicitor, en qualité d'agent, assistée de M^{me} Eleanor Sharpston, barrister,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M^{mes} Marie Wolfcarius et Angela Bardenhewer, membres du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de M. Eckhard Kalanke, représenté par M^{es} Rüdiger Haubrock et Karsten Kuehne, avocat à Berlin, de la Freie Hansestadt Bremen, représentée par M^e Gerhard Lohfeld, avocat à Brême, de M^{me} Heike Glißmann, du gouvernement du Royaume-Uni, et de la Commission, à l'audience du 13 décembre 1994,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 6 avril 1995,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 22 juin 1993, parvenue à la Cour le 23 novembre suivant, le Bundesarbeitsgericht a posé, en application de l'article 177 du traité CEE, deux questions préjudicielles relatives 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 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige qui oppose M. Kalanke à la Freie Hansestadt Bremen (ci-après la « ville de Brême »).

- 3 L'article 4 du Landesgleichstellungsgesetz du 20 novembre 1990 (loi du Land de Brême relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les services publics, *Bremisches Gesetzblatt*, p. 433, ci-après le « LGG ») dispose:

« 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. 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 Il ressort de l'ordonnance de renvoi que, au dernier stade d'une procédure de recrutement destinée à pourvoir à un poste de chef de département dans le service des espaces verts de la ville de Brême, deux candidats ont été retenus, tous deux classés au grade III BAT:

- M. Kalanke, demandeur au principal, ingénieur diplômé jardinier-paysagiste, travaillant depuis 1973 comme technicien horticulteur dans le service des espaces verts et exerçant les fonctions d'adjoint permanent du chef de département;
- M^{me} Glißmann, ingénieur diplômé paysagiste depuis 1983, employée depuis 1975 dans le même service, également comme technicien horticulteur.

- 5 Le comité du personnel a refusé de donner son accord à la promotion de M. Kalanke proposée par la direction du service des espaces verts. Une tentative d'arbitrage a abouti à une recommandation en faveur de M. Kalanke. Le comité du personnel a alors déclaré que l'arbitrage avait échoué et en a appelé à la commission de conciliation. Celle-ci, dans sa décision liant l'employeur, a estimé que les deux candidats possédaient la même qualification et qu'en vertu du LGG la priorité devait dès lors être donnée au candidat de sexe féminin.

- 6 Devant l'Arbeitsgericht, M. Kalanke a fait valoir qu'il possède une qualification supérieure à celle de M^{me} Glißmann, ce qu'aurait ignoré la commission de

conciliation. Selon lui, le LGG serait contraire, par son régime de quota, à la constitution du Land de Brême, au Grundgesetz (loi fondamentale allemande) et à l'article 611 a du BGB (code civil allemand). Sa demande a toutefois été rejetée par l'Arbeitsgericht ainsi que, en cause d'appel, par le Landesarbeitsgericht.

- 7 La première chambre du Bundesarbeitsgericht, saisie d'un recours en « Revision », estime que la solution du litige dépend essentiellement de l'applicabilité du LGG. Elle souligne que, si la commission de conciliation avait, à tort, fait application de cette loi, sa décision s'avérerait illégale du fait de l'avantage accordé, uniquement en raison de son sexe, à une candidate possédant des qualifications égales. La juridiction de renvoi reprend la constatation du Landesarbeitsgericht selon laquelle les deux candidats étaient également qualifiés pour le poste. S'estimant également liée par la constatation de la juridiction d'appel selon laquelle il existe une sous-représentation des femmes dans le service des espaces verts, elle affirme que la commission de conciliation devait refuser, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, du LGG, de donner son accord à la nomination du demandeur au poste vacant.
- 8 Le Bundesarbeitsgericht précise qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'un régime de quota rigide qui réserverait aux femmes un certain pourcentage des postes vacants indépendamment de leur qualification. Il s'agit en réalité d'un régime de quota dépendant de l'aptitude des candidats. Les femmes ne bénéficient d'une priorité que dans les cas où les candidats et candidates ont des qualifications égales.
- 9 La juridiction de renvoi estime que le régime de quota est compatible avec les dispositions constitutionnelles et législatives allemandes mentionnées ci-dessus au point 6. Elle fait plus particulièrement remarquer que l'article 4 du LGG doit être interprété conformément à la Constitution allemande en ce sens que si, en principe, priorité doit être donnée à la femme en cas de promotion, l'équité doit néanmoins amener à faire, le cas échéant, une exception à ce privilège.

- 10 Elle relève plusieurs éléments susceptibles de faire admettre que ce régime n'est pas contraire à la directive.
- 11 Considérant que des doutes subsistent à cet égard, elle a toutefois sursis à statuer et a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'article 2, paragraphe 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, doit-il être interprété en ce sens qu'il vise aussi des dispositions légales aux termes desquelles, en cas d'affectation à un emploi dans un grade plus élevé, les femmes, à qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, doivent être prises en considération en priorité si les femmes sont sous-représentées, étant entendu qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme?

2) Dans l'hypothèse où la première question appelle une réponse négative:

l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil doit-il être interprété, compte tenu du principe de proportionnalité, en ce sens que sont inapplicables des dispositions légales aux termes desquelles, en cas d'affectation à un emploi dans un grade plus élevé, les femmes, à qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, doivent être prises en considération en priorité si les femmes sont sous-représentées, étant entendu qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme? »

- 12 Dans la mesure où les questions renvoyées à la Cour visent toutes les deux à voir préciser le contenu de la dérogation apportée par l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 au principe de l'égalité de traitement, il y a lieu de les examiner ensemble.
- 13 Par ces questions, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, 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, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme.
- 14 Dans son ordonnance de renvoi, elle observe qu'un régime de quota, tel que celui en cause, peut contribuer à surmonter à l'avenir des désavantages actuellement subis par les femmes et perpétuant les inégalités du passé, dans la mesure où il crée l'habitude de voir les femmes assumer également certaines fonctions plus prestigieuses. L'attribution traditionnelle de certaines activités aux femmes et la concentration du travail féminin dans les postes inférieurs de la hiérarchie professionnelle seraient contraires aux critères de l'égalité des droits aujourd'hui applicables. Sous ce rapport, la juridiction nationale fait mention de chiffres qui montreraient la faible représentation des femmes dans les carrières supérieures des services de la ville de Brême, surtout si l'on fait abstraction des secteurs d'emploi tels que l'éducation, dans lesquels la présence de femmes aux niveaux supérieurs est dorénavant acquise.
- 15 A titre liminaire, il y a lieu de relever qu'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, entre autres 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 ».

- 16 Or, une règle nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées, entraîne une discrimination fondée sur le sexe.
- 17 Toutefois, il y a lieu d'examiner si une telle règle nationale est permise par l'article 2, paragraphe 4, aux termes duquel 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 ».
- 18 Il convient d'observer que cette 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 (voir arrêt du 25 octobre 1988, Commission/France, 312/86, Rec. p. 6315, point 15).
- 19 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.
- 20 Comme le Conseil l'a considéré 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 ».

- 21 Il y a néanmoins lieu de préciser que l'article 2, paragraphe 4, en tant que dérogation à un droit individuel consacré par la directive, est d'interprétation stricte (voir arrêt du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, point 36).
- 22 Or, 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.
- 23 Il convient d'ajouter en outre qu'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.
- 24 Il y a donc lieu de répondre à la juridiction de renvoi que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, 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, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme.

Sur les dépens

- 25 Les frais exposés par le gouvernement du Royaume-Uni et 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 les questions à elle soumises par le Bundesarbeitsgericht, par ordonnance du 22 juin 1993, 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, s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, 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, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Puissochet

Hirsch

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Gulmann

Murray

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 octobre 1995.

Le greffier

R. Grass

Le président

G. C. Rodríguez Iglesias