certaines catégories de l'application de dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'ensemble de la vie professionnelle.

2. L'affirmation explicite, par la Constitution d'un État membre, de l'égalité en droit des hommes et des femmes, de même que l'exclusion expresse de toute discrimination en raison du sexe et l'affirmation de l'égalité d'accès aux emplois dans le service public de tous les ressortissants de cet État membre, en des termes destinés à avoir une application directe, combinées avec l'existence d'un système de recours juridictionnels, y compris des possibilités de recours devant une cour constitutionnelle, constituent une garantie adéquate en vue de la réalisation, dans le domaine de l'administration publique, du principe d'égalité de traitement énoncé par la directive 76/207.

   Il en est de même en ce qui concerne le libre accès aux professions indépendantes, dès lors qu'est réalisée une combinaison analogue de dispositions de la Constitution et de voies de recours permettant d'en assurer le respect.

3. L'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207, en réservant aux États membres la faculté d'exclure certaines activités professionnelles du champ d'application de celle-ci, n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer aux États membres une forme déterminée pour l'exercice de cette faculté de dérogation.

   Par contre, l'article 9, paragraphe 2, leur fait obligation de relever, de manière complète et sous une forme contrôlable, quelle qu'en soit par ailleurs la nature, les professions et activités exceptées de l'application du principe de l'égalité de traitement et d'en communiquer le résultat à la Commission, qui doit vérifier l'application de cette disposition.

4. La disposition du droit d'un État membre selon laquelle un employeur ne doit pas publier des offres d'emploi qui ne soient pas neutres du point de vue du sexe des travailleurs ne constitue pas l'exécution d'une obligation imposée par la directive 76/207, mais une action législative autonome visant à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement. Le fait de ne pas lui conférer un caractère contraignant ne saurait donc constituer un manquement aux obligations imposées aux États membres par la directive.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI présentées le 26 février 1985 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans le recours n° 248/83 déposé au greffe le 9 novembre 1983, la Commission des Communautés européennes poursuit sa bataille pour que les États membres mettent clairement et exactement en œuvre les directives 75/117 et 76/207. Comme on le sait, ces actes prescrivent le rapprochement des

* Traduit de l'italien.

systèmes nationaux quant à l'application de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45 du 19.2.1975, p. 19) et la mise en œuvre 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 du 14.2.1976, p. 40).

Engagée il y a presque trois ans contre la République italienne par un recours que la Cour a rejeté et poursuivie avec un succès partiel à l'égard du Royaume-Uni, l'initiative de la Commission s'adresse aujourd'hui à la République fédérale d'Allemagne. Sur la base de l'article 169 du traité CEE, la Commission reproche à cette dernière les manquements suivants:

1) ne pas avoir assuré une transposition complète en droit interne de la directive 76/207 en ce qui concerne les relations de travail dans le secteur public;

2) ne pas avoir assuré une transposition complète en droit interne de la directive 75/117 en matière d'égalité des rémunérations des travailleurs dans le secteur public;

3) ne pas avoir assuré une transposition complète en droit interne de la directive 76/207 au sujet des travailleurs autonomes;

4) ne pas avoir dûment défini dans l'ordre juridique national le champ d'application des dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207;

5) ne pas avoir conféré un caractère contraignant aux dispositions introduites par l'article 611 ter du code civil relatives à la neutralité des offres de travail [1].

Afin de clarifier le contexte de fait et de droit dans lequel se situe notre litige, il est nécessaire de faire un pas en arrière. Selon les articles 8 de la directive 75/117 et 9 de la directive 76/207, la République fédérale était tenue, comme les autres États membres, de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la réglementation communautaire respectivement avant le mois de février 1976 et le mois d'août 1978. En septembre 1980, le gouvernement allemand a informé la Commission que, le 13 août de cette même année, le Bundestag avait adopté une loi relative à l'égalité de traitement au lieu de travail (loi dite d'adaptation au droit communautaire en matière de droit de travail).

Cette loi comporte en pratique l'insertion de certaines règles nouvelles dans le code civil et la modification d'autres règles déjà existantes. Nous rappelons en particulier que l'article 611 bis du BGB prévoit: « L'employeur ne peut, au moyen d'un accord ou d'une mesure, désavantager un travailleur en raison de son sexe, en particulier lors de la conclusion du contrat de travail ... Toutefois, le traitement différencié, fondé sur le sexe, est admissible, pour autant qu'un accord ou une mesure a pour objet la nature de l'activité à exercer par le travailleur et que le sexe constitue une condition déterminante de cette activité. Si, en cas de litige, le travailleur peut faire admettre des faits de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, l'employeur a la charge de prouver que des motifs objectifs non fondés sur le sexe justifient un traitement différencié ou que le

1 — Dans le recours, la Commission dénonçait également l'incompatibilité, avec la directive 76/207, de la loi allemande relative à la protection de la mère (« Mutterschutzgesetz »), mais elle a abandonné ce grief après votre arrêt du 12 juillet 1984, dans l'affaire 184/83, Hofmann (Rec. 1984, p. 3047).

sexe constitue une condition déterminante de l'activité à exercer. » L'article 611 ter dispose en revanche que « l'employeur ne peut publier aucun avis de vacance d'emploi, ni publiquement ni à l'intérieur de l'entreprise, uniquement pour des travailleurs masculins ou uniquement pour des travailleurs féminins, sauf dans les cas visés à l'article 611 bis, paragraphe 1, deuxième phrase ». Enfin, l'article 612, paragraphe 3, dispose qu'« aucun contrat de travail ne peut prévoir une rémunération inégale en raison du sexe entre personnes de sexe différent pour un travail égal ou similaire. La stipulation d'une rémunération moins élevée n'est pas justifiée par l'existence de mesures de protection spéciales, fondées sur le sexe du travailleur ».

Il s'agit, du moins en apparence, de règles incisives. Toutefois, *tota lege perspecta*, la Commission les a estimées insuffisantes pour réaliser les objectifs communautaires. Ainsi, après un échange de lettres infructueux avec le gouvernement fédéral, elle a émis, le 29 octobre 1982, un avis motivé en reprochant à la République fédérale de ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des deux directives. Mais, par une note du 3 janvier 1983, le gouvernement lui a répondu que, en complétant le BGB dans les termes précités, la République fédérale avait accompli ses obligations de manière exhaustive. En effet, pour l'emploi public et les professions indépendantes, aucune adaptation n'était nécessaire puisque les réglementations qui s'y rapportent sont déjà de nature à satisfaire de manière claire et certaine aux exigences imposées par le Conseil.

2. D'où le présent recours, qui, dans les intentions de la Commission, tend essentiellement à vous faire constater l'exécution partielle et inadéquate donnée par la République fédérale aux deux actes en question. En d'autres termes, selon la requérante, nous nous trouverions devant un exemple classique d'inexécution de la part de l'État en matière de directives. La défense du gouvernement allemand n'est pas d'accord. S'il est vrai — affirme-t-elle — que, dans les secteurs indiqués par la Commission, la réglementation allemande, déjà sur le plan constitutionnel et avec un effet direct, répond de manière adéquate aux objectifs fixés par la Communauté, notre cas est plutôt celui d'une *dispense de la mise en œuvre de la directive*. En substance, de l'avis de Bonn, la présente affaire respecte fidèlement la situation qu'une doctrine autorisée définit comme « harmonie (communautaire) préétablie ».

Cette thèse est-elle fondée? Tout d'abord une prémisse. Nous rappelons que, selon l'article 189 du traité CEE, la directive « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Comme l'enseigne la doctrine à laquelle nous avons fait allusion, cet acte est donc caractérisé par deux éléments que l'interprète doit prendre *simultanément* en considération: le premier, qui consiste dans le « modèle législatif » conçu et proposé aux États par la Communauté, est constant et en même temps obligatoire en ce sens qu'il *lie sans alternative* tous les États de manière uniforme; le second, qui consiste en la mise en œuvre du modèle dans l'ordre juridique national, est pour ainsi dire variable, chaque État membre étant *libre, mais avec des limitations possibles*, d'y pourvoir dans les formes et avec les moyens de son choix.

Votre jurisprudence a plusieurs fois précisé la portée de l'un et de l'autre élément. Ainsi,

à propos du premier, vous avez affirmé: « Il importe ... que chaque État membre donne, aux directives en question, une exécution qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives » (arrêt du 6 mai 1980, Commission/Belgique, affaire 102/79, Rec. 1980, p. 1473). A propos de l'élément variable, vous avez établi que la faculté de choisir les moyens et les modes de mise en œuvre de la directive laisse entière « l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de celle-ci, conformément à l'objectif qu'elle poursuit » (arrêt du 10 avril 1984, affaire 14/83, von Colson et Kamann, attendu 15; voir également les conclusions de l'avocat général Rozès, point I, 1). En outre, elle « ne dispense pas 'les États' de l'obligation de traduire les dispositions de la directive dans des dispositions internes ayant un caractère contraignant » (arrêt du 25 mai 1982, affaire 96/81, Commission/Pays-Bas, Rec. 1982, p. 1791).

Examinons donc, sur la base du critère de l'appréciation simultanée, les buts et la portée de nos directives pour vérifier ensuite si « l'harmonie préétablie » de l'ordre juridique allemand répond vraiment de manière complète et ponctuelle aux exigences communautaires. Comme nous l'avons dit, l'objectif premier de la directive 76/207 est la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. En particulier, lisons-nous dans l'arrêt von Colson, l'acte vise à assurer aux travailleurs de l'un et de l'autre sexe une égalité de chances effective dans l'accès à l'emploi. L'application de ce principe comporte pour les États membres deux obligations complémentaires:

a) éliminer, dans les différents secteurs prévus par la directive, toute discrimination fondée sur le sexe en supprimant toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement (articles 3, paragraphe 2, 4, alinéa 2, et 5, paragraphe 2);

b) adopter les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. Lesdites mesures devront être « suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive » et de nature à ce que les intéressés puissent « effectivement » les invoquer devant les juridictions nationales (affaire von Colson, au sujet de l'article 6).

Or, si telles sont les obligations que la directive 76/207 impose aux États membres et si telles sont les limites auxquelles les États sont soumis dans le choix des moyens pour la mise en œuvre de l'interdiction de discrimination, les articles 3 (« nul ne doit être ni désavantagé ni favorisé en raison du sexe »), 12 [« tous les Allemands ont le droit de choisir librement (leur) profession »] et 33 (« tous les Allemands ont l'égalité d'accès à la fonction publique selon leurs aptitudes, qualifications et capacités professionnelles »), ces règles de la Constitution allemande — nous le répétons — peuvent-elles garantir par elles-mêmes une *égalité effective de traitement* dans l'accès à l'emploi public ou aux professions indépendantes ainsi que *la certitude et l'effectivité* des situations juridiques voulues par l'acte?

Passons à la directive 75/117. Adopté sur la base de l'article 100 du traité, cet acte a pour but le rapprochement des lois par lesquelles les États membres appliquent le principe de l'égalité de rémunération entre

travailleurs de sexe différent. A cette fin, il impose aux États:

a) de supprimer les discriminations entre les travailleurs des deux sexes qui découlent de dispositions législatives contraires au principe de l'égalité des rémunérations (article 3);

b) d'introduire dans leurs ordres juridiques respectifs les mesures nécessaires pour permettre à tous les travailleurs qui s'estiment lésés par une discrimination de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle (article 2).

En outre, pour *garantir* l'application de ce principe, l'article 6 impose aux États membres d'adopter toutes les mesures que leur « situation nationale » et leurs « systèmes juridiques » rendent indispensables. A cet égard, dans l'arrêt du 30 janvier 1985, affaire 143/83, Commission/Danemark, vous avez affirmé « qu'il convient d'admettre qu'il est loisible aux États membres de laisser le soin de réaliser le principe de l'égalité des rémunérations en premier aux partenaires sociaux. Cette faculté ne les dispense toutefois pas de l'obligation d'assurer par des mesures législatives ... que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive dans toute son étendue. *La garantie étatique doit intervenir dans toutes les hypothèses d'absence de protection effective ...* ».

Or, si telles sont les obligations que la directive 75/117 impose aux États membres et si telles sont les limites auxquelles les États sont soumis dans le choix des moyens permettant de mettre en œuvre l'égalité de rémunérations entre les travailleurs des deux sexes, l'article 3 de la Constitution allemande (« nul ne doit être ni désavantagé ni favorisé en raison du sexe ») peut-il vraisemblablement assurer par lui-même une *égalité effective* des rémunérations, ainsi que *la certitude et l'effectivité* des situations juridiques voulues par l'acte?

A notre avis, pour les deux questions que nous avons formulées, la réponse doit être négative.

3. Observons tout d'abord que, contrairement à ce qu'affirme le gouvernement fédéral, la Cour n'a jamais reconnu, même pas implicitement, qu'un principe constitutionnel d'application directe constitue une mesure suffisante pour transposer une directive dans le droit interne. Dans l'arrêt du 26 novembre 1983, affaire 163/82, Commission/Italie (Rec. 1983, p. 3273), elle se limite en effet à reproduire les explications fournies par le gouvernement italien, en relevant que la Commission n'a pas su les réfuter. D'ailleurs, le même gouvernement nous a expliqué à cette occasion comment est appliqué l'article 24 de la Constitution italienne (« toute personne peut agir en justice pour la sauvegarde de ses droits et intérêts légitimes »); « une fois constatée — a-t-il soutenu — l'existence d'une règle de fond protégeant un intérêt individuel, aucun acte législatif spécial ne serait (en principe) nécessaire pour assurer la protection de cet intérêt », celle-ci dérivant, d'une manière générale et absolue, de la règle de rang supérieur. En d'autres termes, l'article 24 a été invoqué comme *règle constitutionnelle de principe en la matière* (en tant que facteur commun aux autres règles spécifiques), dans un système déjà riche de dispositions précises de fond et de procédure (celles, précisément, que ledit gouvernement a eu soin d'indiquer en premier lieu).

La thèse du gouvernement allemand part, en revanche, d'une affirmation diamétralement opposée. Bonn affirme, en effet, que les articles 3, 12 et 33 de la Constitution ne seraient pas seulement et par leur force propre suffisants pour rendre effectif le principe de l'égalité de traitement: ils empêcheraient carrément d'adopter des règles ordinaires qui les appliquent. Autrement dit, ces articles sont *nécessairement* les seules règles susceptibles de mettre en œuvre les

directives en question. Mais — et voici le point — sont-elles également capables d'assurer cette mise en œuvre *in concreto*? Il n'est pas douteux qu'elles *peuvent* l'être. En effet, aucune disposition du traité ou du droit dérivé n'exclut explicitement la possibilité de mettre en œuvre une directive par des règles constitutionnelles. Toutefois, il est évident que ces dernières devront répondre aux obligations et aux conditions imposées par l'acte communautaire avec les effets, la certitude et la clarté caractéristiques des règles ordinaires adoptées *ad hoc*. Or, c'est précisément ici qu'apparaissent les problèmes.

Nous commençons par observer que les articles litigieux — et avant tout l'article 3 — s'imposent au législateur, influencent la fonction juridictionnelle et lient de manière directe l'activité de l'administration publique. En revanche, ils n'attribuent pas aux particuliers, et notamment aux travailleurs et aux citoyens qui aspirent à occuper un poste de travail, des droits subjectifs susceptibles d'être invoqués en justice. Ici — le gouvernement allemand le reconnaît lui-même —, ils « représentent uniquement l'expression de principes de valeur générale » et c'est pour cela que le Bundestag s'est considéré en devoir de mettre en œuvre la directive 76/207 en complétant le code civil par les articles susmentionnés. En revanche, des interventions analogues — affirme le même gouvernement — n'étaient pas nécessaires en ce qui concerne l'accès à la fonction publique. En effet, l'administration étant directement liée par les règles constitutionnelles, le principe d'égalité prévu par l'article 3 suffit pour exclure qu'un candidat fasse l'objet d'une discrimination en raison de son sexe.

Voilà alors un premier motif de perplexité: la même règle produit des effets *horizontalement* différents; elle agit d'une manière ou d'une autre selon la situation dans laquelle on l'invoque. Appliquons à la matière une échelle de zéro à dix: à l'égard de celui qui s'apprête à conclure un contrat de travail, l'effet protecteur de l'article 3 est égal à zéro ou, en tenant compte du fait qu'il exprime un « jugement de valeur générale », tout au plus égal à un; en revanche, pour le candidat à un emploi public, cet effet (mais nous verrons que les choses sont bien différentes) correspond à dix.

Cette réalité est déjà suffisamment inquiétante. Elle le devient davantage si l'on considère que, comme on l'a rappelé au cours de l'audience, seuls quelques fonctionnaires de l'administration publique sont recrutés par un acte constitutif d'un rapport d'emploi régi par le droit public. Pour les autres, on procède par contrat de travail; dès lors, leur protection doit être recherchée dans les nouvelles règles du BGB. « Les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers — avez-vous dit dans l'arrêt cité du 30 janvier 1985 — exigent ... une formulation non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise. » L'échelle de valeurs à laquelle nous avons fait allusion nous impose d'exclure que l'article 3 remplisse ces conditions sévères de certitude par rapport aux deux voies par lesquelles on entre dans l'administration publique. Nous devrions au contraire en parler comme d'une règle inadéquate et ambiguë, au moins en ce qui concerne son aptitude à garantir de manière impartiale l'égalité de traitement dans l'accès à la fonction publique.

Du reste, le fait que l'article 3 soit susceptible, comme le prétend le gouvernement allemand, de constituer une situation réelle « d'harmonie préétablie » *est, par sa nature même* (ou, si l'on préfère, par son rang, par

sa fonction), non pas radicalement exclu, mais certainement hautement improbable. Permettez-nous de développer ce concept qui nous semble être d'un grand intérêt théorique et pratique.

La directive 75/117 s'est limitée à établir le « rapprochement » des droits nationaux en matière d'égalité de rémunération parce que le Conseil a tenu compte du fait que ce principe existait déjà dans l'arsenal législatif des États membres, fût-ce sous des formes et avec des effets différents; il est donc compréhensible que, en considérant leurs législations à la hauteur du modèle communautaire, certains États aient pu s'estimer dispensés de l'obligation de transposer l'acte. Le cas de la directive 76/207 est tout différent. Elle *vise directement* la mise en œuvre du principe d'égalité entre les sexes, tout en faisant abstraction de l'existence éventuelle de règles qui le sanctionnent dans les différents ordres juridiques internes. De plus, elle exige que soient supprimées non seulement les règles contraires à ce principe, mais également celles qui sont ambiguës et obsolètes. En d'autres termes, il n'est pas douteux que, parmi les deux actes, le plus incisif, le plus énergique soit ce dernier: cela explique — croyons — nous — pourquoi les États membres l'ont en grande majorité reçu par des règles *spécifiques*.

Nous ajoutons que de nombreux ordres juridiques étatiques se sont conformés au modèle communautaire en ce qui concerne toutes les formes dans lesquelles s'exprime le travail des hommes, et donc également l'emploi public, bien que, dans quelques-uns d'entre eux, la matière ait déjà été amplement réglementée. La France, par exemple, a adopté deux lois, en 1982 (en ce qui concerne exclusivement le secteur public) et en 1983. Les Pays-Bas, la Belgique, le Danemark et la Grèce ont fait quelque chose de semblable. Mais le cas le plus significatif est celui de l'Italie. Toujours dans le secteur public, cet État pouvait profiter de l'existence de règles constitutionnelles plus précises que les règles allemandes (article 51: « Tous les citoyens de l'un ou de l'autre sexe peuvent accéder aux emplois publics ... dans des conditions d'égalité ») ainsi que de règles spécifiques de mise en œuvre (article 1er, loi du 9 février 1963, n° 66: « La femme peut accéder à toutes les charges, professions et emplois publics ... sans limitations de fonctions et de déroulement de la carrière »); et pourtant, il a tenu compte des exigences de clarté et de certitude que vise la réglementation communautaire et, comme vous avez vous-mêmes pu en juger, il a mis en œuvre le principe d'égalité de traitement de manière à exclure, dans toute la mesure humainement possible, toute discrimination entre ses ressortissants.

Voulons-nous dire par là que la République fédérale était tenue de légiférer uniquement parce que d'autres États l'ont fait? Certainement pas. Le point que nous tenons à mettre en évidence est différent. Le désintérêt de la directive pour les règles étatiques préexistentes et orientées dans le même sens, son contenu rigide, son langage inhabituellement incisif et la manière dont une grande partie des États membres a cru de son devoir de la transposer montrent que l'objectif central de l'acte peut se traduire par les termes suivants: *empêcher toute possibilité discrétionnaire* (vos arrêts diraient: tout défaut de certitude et de clarté) dans l'application du principe qui interdit de traiter différemment les travailleurs masculins et féminins. Or, il n'existe pas de disposition moins appropriée que la règle constitutionnelle pour garantir un résultat de ce genre.

Prenons précisément l'article 3 de la Constitution allemande. Nous savons tous quel effet doit lui être reconnu; mais il est évident qu'il s'adresse principalement au législateur, que son but premier est de prévenir et de supprimer les discriminations introduites par voie législative. Qu'adviendra-t-il alors des inégalités de traitement découlant de circonstances de fait et de toute manière non imputables à une règle ordinaire? Évidemment, la victime de la discrimination, en les attaquant par un grief d'inconstitutionnalité, ne pourra pas obtenir le prononcé d'un arrêt *erga omnes*, susceptible d'être invoqué par toute personne se trouvant dans une situation analogue. Leur élimination pourra, lorsque cela sera possible, être assurée uniquement par tel ou tel juge ordinaire: elle sera donc occasionnelle et aura lieu dans des conditions absolument discrétionnaires.

La thèse de Bonn (« l'harmonie préétablie » peut exister aussi en présence de règles constitutionnelles) est en somme extrêmement fragile. Du reste, notre impression est qu'elle ne répond pas à une conviction théorique authentique, mais qu'elle n'est pas qu'un expédient, une sorte de *deus ex machina*, introduit sur la scène du litige pour constituer un avant-poste défensif contre les accusations de la requérante. Voyons maintenant si les autres arguments par lesquels le gouvernement défendeur repousse ces accusations sont de nature plus solide.

4. Rappelons que le premier manquement reproché à la République fédérale est de n'avoir pas transposé dans son droit interne la directive 76/207 en ce qui concerne les rapports de travail dans le secteur public. La Commission soutient que le nouvel article 611 bis du BGB s'applique uniquement aux rapports de travail privé; il n'existe donc pas de règles spécifiques qui garantissent l'égalité effective d'accès à l'emploi public entre hommes et femmes. Le gouvernement allemand réplique tout d'abord que, étant donné la limite établie par l'article 48, paragraphe 4, du traité, la directive ne s'applique pas à la fonction publique. Mais l'exception, qui, d'ailleurs, n'a été invoquée que de temps en temps au cours de l'affaire, est, de toute évidence, vexatoire. Il n'est donc pas nécessaire de s'y arrêter.

Passons au fond. Après avoir développé la thèse « constitutionnelle » que nous venons de critiquer, le gouvernement défendeur lui soustrait une bonne partie de sa force en affirmant que ce sont *également et surtout* deux règles ordinaires solides qui interdisent les traitements discriminatoires dans l'accès à la fonction publique. Ainsi, l'article 7 de la Beamtenrechtsrahmengesetz du 1er juillet 1957 dispose que « les nominations doivent être effectuées en fonction des aptitudes, de la qualification et de la capacité professionnelle, sans distinction de sexe », tandis que l'article 8 de la Bundesbeamtengesetz du 14 juillet 1953 établit que « les candidats doivent être identifiés par publication de vacances d'emploi. Leur sélection doit être effectuée selon les aptitudes, la qualification et la capacité professionnelle, sans distinction de sexe ». En outre, pour protéger le candidat ou le fonctionnaire victime d'une discrimination, le droit de la procédure prévoit de nombreuses voies de recours qui aboutissent à des sanctions convenables et hautement dissuasives.

La requérante ne conteste pas ces données: pourtant, elle nie que les règles citées possèdent l'effectivité nécessaire. D'où une polémique qui a traîné confusément pendant tout le cours du procès: la Commission, par exemple, a soutenu que le critère des « aptitudes » est efficace en apparence, mais

faible, et même produit, à la lumière des faits, un effet contraire, et le gouvernement allemand lui a répondu que cette accusation ne se fonde sur aucune preuve. Quant à nous, nous n'avons pas d'éléments à jeter sur l'un ou sur l'autre plateau de la balance. Toutefois, nous estimons utile de vous signaler, pour le peu ou le beaucoup que l'on peut en tirer, la réponse que le ministre de l'Intérieur de Bonn a donnée, il y a environ trois mois, à une question de nombreuses parlementaires sur le sujet des femmes dans l'emploi public. « Le gouvernement — a-t-il affirmé — continuera à suivre l'évolution ... de l'accès des femmes à l'emploi public fédéral. A moins que la tendance positive actuelle ne prenne fin, il faudra décider quelles mesures supplémentaires doivent être prises pour que l'égalité juridique déjà réalisée entre hommes et femmes dans l'emploi public *soit également pleinement garantie dans la pratique concrète* » (Deutscher Bundestag, 10e législature, document 10/2461, 26 novembre 1984).

Difficilement attaquable sur le plan de l'effectivité en raison du manque de documents sûrs, la défense allemande présente toutefois un point faible sur le terrain moins glissant de la protection judiciaire, et il est singulier que la Commission ne s'en soit pas aperçue. Nous faisons allusion à l'équivalence que le gouvernement défendeur établit entre les règles que nous venons de citer et le nouvel article 611 bis du BGB. Il était effectivement nécessaire — affirme-t-il — d'accorder aux travailleurs privés une protection particulière, mais non pas aux fonctionnaires, qui, en vertu de la loi fondamentale et des mesures adoptées dans les années 50, bénéficiaient déjà d'une protection tout aussi efficace, si ce n'est davantage.

Mais l'équivalence ainsi affirmée n'existe pas. Comme on s'en souviendra, l'article 611 bis prévoit que « si, en cas de litige, le travailleur peut faire admettre des faits de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination ..., l'employeur a la charge de prouver que des motifs objectifs non fondés sur le sexe justifient un traitement différencié ou que le sexe constitue une condition déterminante de l'activité à exercer ». Or, ce pouvoir d'agir sur la base d'un simple *fumus* et l'inversion de la charge de la preuve qui en découle ne sont pas prévus dans le cas du candidat à une fonction publique. Pour faire constater l'illégalité de la procédure administrative, il dispose, il est vrai, de multiples voies de recours; mais il devra en tout cas prouver au juge la violation concrète de la règle ordinaire et, éventuellement, de la règle constitutionnelle.

Ajoutons qu'en Allemagne le recrutement des fonctionnaires n'a pas lieu sur la base d'un concours, mais généralement au moyen du choix discrétionnaire de l'administration intéressée à pourvoir le poste vacant. Même en admettant que le candidat se rende compte qu'il a été victime d'une discrimination, la preuve que l'on exige de lui est tout autre que facile.

La position procédurale du fonctionnaire est en définitive beaucoup plus faible que ne l'est celle du travailleur salarié d'une entreprise privée ou de l'employé public recruté par contrat de travail. Dans ses mémoires et en répondant aux questions de la Cour, le gouvernement allemand a consacré des dizaines de pages à expliquer les voies de recours ouvertes à ce justiciable et les sanctions dont est passible un acte discriminatoire de l'administration; mais il n'a rien dit

à propos des droits et des devoirs des parties dans les procès qui s'y rapportent. Nous ne croyons pas que ce silence soit fortuit, parce que c'est précisément sur l'obstacle de la protection juridictionnelle que bute la thèse selon laquelle la République fédérale est dispensée de légiférer dans les termes exigés par la directive.

5. Des considérations *in apicibus* analogues peuvent être émises à propos du second grief que la Commission adresse à l'Allemagne: ne pas avoir transposé en droit interne la directive 75/117 en matière d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins du secteur public. En effet, à cet égard également, le principal argument du gouvernement défendeur se fonde sur l'effet direct et obligatoire de l'article 3 de la Constitution. On ajoute à cela un argument subsidiaire: la classification des rémunérations des fonctionnaires selon la fonction et le grade — dit-on — empêche à elle seule toute possibilité de traitement discriminatoire.

En réalité, l'article 3 ne contient rien à propos de « l'égalité des rémunérations pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale » (voir article 1er de la directive et article 612, alinéa 3, du BGB). Disons-en autant à propos de la réglementation des rémunérations, qui établit uniquement les règles pour le calcul de leur montant et ne prévoit aucune interdiction de les différencier en raison du sexe. En somme, il manque, en droit allemand, une règle qui établisse clairement et avec une portée générale l'obligation de ne pas effectuer de discrimination sur le plan de la rémunération entre les travailleurs des deux sexes.

6. Le troisième grief concerne le fait de ne pas avoir transposé en droit interne la directive 76/207 au sujet des travailleurs indépendants. Le gouvernement défendeur le repousse en invoquant l'article 12 de la Constitution, qui garantit à « tous les Allemands le droit de choisir librement leur profession » et qui, combiné avec la disposition de l'article 3, exclut, par conséquent, toute possibilité de discrimination fondée sur le sexe. Ajoutons — continue la défense allemande — que, là où l'accès à une profession indépendante est soumis à autorisation administrative, le juge peut ordonner à l'administration d'admettre le citoyen victime de la discrimination à exercer l'activité qui s'y rapporte (article 42 de la Verwaltungsgerichtsordnung).

Nous observons que l'article 12 ne contient aucune interdiction d'effectuer une discrimination en raison du sexe. Il est donc encore moins que l'article 3 capable d'assurer, par sa force propre et avec une clarté et une certitude suffisantes, l'égalité de traitement que la directive vise à atteindre; comme il est évident, cette capacité ne peut pas non plus découler de la « combinaison » de cet article avec la règle qui sanctionne le principe d'égalité. Quant à la garantie juridictionnelle rappelée, il ne nous semble pas qu'elle ait, ne serait-ce que parce que le juge n'est pas obligé de la faire valoir, une portée telle que la position privilégiée dans laquelle se trouve l'administration puisse être entamée. Par conséquent, dans ce cas également, le droit allemand est dépourvu d'une règle qui réponde de manière adéquate aux objectifs du législateur communautaire.

7. Le quatrième grief se réfère à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207. La règle oblige les États à définir ponctuellement les activités professionnelles qu'ils veulent soustraire au principe de l'égalité de traitement et, selon la Commission, ses destinataires s'y sont en grande partie adaptés en établissant des listes, même si elles ne sont pas toujours impeccables, des activités exclues. Il n'en est pas ainsi de l'Allemagne: dès lors, la Commission ne peut pas exercer le contrôle que lui impose l'article 9, paragraphe 2, sur le respect de la réglementation communautaire par ce pays.

Le gouvernement allemand conteste que la directive prévoit l'obligation d'énoncer une par une les activités professionnelles auxquelles le principe d'égalité ne s'applique pas. Ce qu'elle exige est différent: la garantie que le sexe représente effectivement une condition sine qua non pour l'exercice de ces activités. Et s'il en est ainsi, l'article 611 bis du BGB, qui dispose qu'« un traitement différencié, fondé sur le sexe, est admissible, pour autant qu'un contrat ou une mesure a pour objet la nature de l'activité à exercer par le travailleur et que le sexe constitue une condition déterminante de cette activité », répond pleinement aux exigences du modèle communautaire. Le fait, ensuite, que certains États ont établi des listes ne prouve rien puisque les moyens de mise en œuvre de la directive sont laissés au choix des organes nationaux. Enfin, le contrôle périodique sur les activités exclues ne postule pas nécessairement l'existence d'une liste spécifique. Il peut facilement être exercé en examinant les lois qui, cas par cas, prévoient une dérogation au principe de l'égalité de traitement.

Cette thèse est inadmissible. L'article 2, paragraphe 2, dispose que « la ... *directive ne fait pas obstacle* (en allemand 'steht nicht entgegen') à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles ... pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante ». Lisons cette règle à la lumière de l'article 2, paragraphe 1, selon lequel le principe de l'égalité de traitement implique « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe ». Il apparaîtra clairement que son but ne consiste pas à autoriser les États membres à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que cela est nécessaire, parce qu'un tel pouvoir est déjà *in rerum natura* et la directive ne l'attribue pas, mais le « trouve »; il consiste à éviter que l'interdiction de discrimination *empêche ou rende impossible* l'exercice des activités pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante, *et uniquement de celles-là.* Dans cette optique, une indication ponctuelle des activités exclues est plus qu'utile; elle est nécessaire si l'on veut que « l'absence de toute discrimination » ne soit tournée par une faculté incontrôlable d'y déroger. Du reste, ce n'est qu'ainsi que s'explique la raison pour laquelle, sur la base de l'article 9, paragraphe 2, lesdites activités doivent être vérifiées périodiquement.

Or, en établissant que le traitement différencié est licite lorsque le sexe représente une « condition déterminante » de l'activité à exercer, l'article 611 bis du BGB fait une chose superflue: il confirme presque *verbatim* la faculté de l'État d'établir des limites au domaine d'application de la directive. Au contraire, il ne fait pas ce qu'il aurait dû: il ne précise pas les activités pour lesquelles la République fédérale entend se prévaloir de ce pouvoir. Enfin, il faut dire que, à la différence de ce que soutient le gouvernement allemand, la règle de l'article 2, paragraphe 2, n'entre pas dans l'élément dit « variable » de la directive 76/207 (par rapport auquel les États disposent d'une certaine marge de manœuvre). Il constitue un aspect essentiel de son élément constant qui, comme nous le savons, lie sans alternative le législateur national. C'est d'ailleurs ainsi qu'il a été entendu par les États qui ont formulé les listes dont nous avons parlé.

8. Le cinquième manquement que la Commission reproche à l'Allemagne est d'avoir insuffisamment transposé la directive 76/207 sur le terrain des offres d'emploi. La Commission soutient que, en vertu de l'article 3 (« l'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès ... aux emplois ou postes de travail »), les règles nationales qui régissent les offres de travail et d'emploi entrent dans la notion de « conditions d'accès » et sont, par conséquent, soumises à la réglementation communautaire. Il s'ensuit que les États membres ont l'obligation d'interdire toute discrimination sur ce plan également. Or, en prescrivant que « l'employeur ne peut publier aucun avis de vacance d'emploi ... uniquement pour des travailleurs masculins ou uniquement pour des travailleurs féminins » (article 611 ter du BGB), la République fédérale a adopté une règle non impérative et, par cela même, inadéquate aux exigences de certitude formulées par le législateur communautaire.

Le gouvernement défendeur repousse ce grief. L'offre d'emploi — observe-t-il — précède la procédure de recrutement; elle est, par conséquent, étrangère à la notion de « conditions d'accès » et donc également au champ d'application de la directive. Mais, même en adoptant la thèse contraire, il n'est pas permis d'affirmer que l'article 611 ter est en contradiction avec les objectifs de l'acte communautaire. En effet, bien qu'elle ne soit pas impérative, cette règle impose à l'employeur une « obligation juridique » dont l'inexécution peut être sanctionnée dans le cadre de la procédure prévue par l'article 611 bis.

Encore une fois, nous ne sommes pas d'accord. Soutenir que l'offre de travail ne fait pas partie de la procédure de recrutement nous semble irrationnel: elle constitue même son moment initial ou, si l'on préfère, l'acte qui la déclenche. En tout cas, — l'argument est *ad hominem*, mais a un poids considérable —, c'est le Bundestag lui-même qui, en en faisant l'objet d'une règle spéciale dans le cadre de la loi du 13 août 1980, a montré qu'il la considère pour le moins comme étroitement liée à la réglementation de l'accès au poste de travail dans les conditions d'égalité.

La seconde remarque de la défense allemande est plus sérieuse; plus sérieuse, mais, elle aussi, inacceptable. En effet, le gouvernement défendeur n'a pas prouvé de manière convaincante que les litiges ayant pour objet la neutralité des offres entrent également dans la notion de litige au sens de l'article 611 bis (c'est-à-dire relatif à une discrimination fondée sur le sexe). Personnellement, nous estimons que cette règle ouvre une voie de recours aux victimes d'une offre qui n'est pas neutre; mais l'acharnement avec lequel le même gouvernement a défendu sa première thèse — l'offre est étrangère à la réglementation des conditions d'accès — nous induit à soupçonner que la possibilité d'intenter le recours prévu à l'article 611 bis est à tout le moins controversée en doctrine et en jurisprudence (voir à ce sujet: *Molitor*, « Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit im Recht der Arbeit 1984 », n° 1, p. 16). Nous concédons de toute manière qu'il est possible d'introduire le recours: il reste que, comme les Allemands eux-mêmes l'admettent, l'action ne tendrait pas à faire constater l'inexécution d'une obligation impérative. Or, compte tenu du fait que l'article 611 bis maintient les cas d'exclusion des activités pour l'exercice desquelles le sexe constitue une condi-

tion déterminante et que ces cas ne sont pas identifiés ponctuellement, il sera facile à l'employeur de justifier devant le juge les éventuelles discriminations contenues dans son offre.

Cela dit, nous sommes persuadé, que, à la lumière du critère selon lequel les effets des directives doivent être appréciés simultanément, le problème des offres peut être résolu en se référant à l'objectif fondamental de la réglementation communautaire. Comme nous l'avons vu (voir point 3 ci-dessus), il consiste à empêcher que le principe de l'égalité de traitement soit appliqué de manière discrétionnaire; l'article 611 ter, qui laisse à l'employeur un large pouvoir discrétionnaire dans la formulation des offres, est donc, en raison de ce seul fait, en contradiction avec la directive 76/207.

9. Monsieur le Président, Messieurs les Juges, une dernière considération nous semble utile. Comme nous l'avons dit, le recours soumis à votre examen entend assurer à tous les ayants droit, et surtout aux citoyens qui cherchent un emploi, la clarté et la certitude qui sont indispensables pour un respect effectif des lois communautaires relatives à l'égalité des rémunérations et à l'égalité de traitement dans l'accès au travail. La Commission a cherché à démontrer qu'en République fédérale deux secteurs importants — la fonction publique et les professions indépendantes — échappent à la protection prévue par le Conseil. Le gouvernement allemand l'a nié en se référant essentiellement aux plus hautes règles de l'État, celles qui, par leur rang dans la « Stufenbau » des préceptes, exercent une influence sur le législateur, les juridictions et l'administration. Vous savez désormais ce que nous pensons de cette thèse; permettez-moi alors de vous exposer quelles conséquences pourraient découler de son admission.

Première conséquence. Si vous reconnaissiez que les sources primaires d'un État peuvent par elles seules répondre aux obligations établies par le législateur communautaire, ces sources, qui, dans le système interne, confèrent aux règles inférieures le charisme de la légalité constitutionnelle, posséderont elles-mêmes celui de la « légalité communautaire » et le transmettront nécessairement à toutes les règles nationales qui les mettent en œuvre et qui sont en même temps considérées comme établies en exécution d'une directive.

Seconde conséquence. Le juge allemand, italien et, demain, espagnol ou portugais auquel, dans le cadre d'un litige de travail, on demande de ne pas appliquer une règle nationale parce qu'elle est incompatible avec une directive n'aura plus de motif de s'adresser à vous pour obtenir une interprétation préjudicielle. Il lui suffira d'avoir recours aux critères internes qui régissent l'application des règles primaires ou, en leur absence, de saisir la cour constitutionnelle de ce problème. Est-ce là un résultat conforme aux principes que votre jurisprudence énonce depuis des années sur le thème des rapports entre droit communautaire et droit interne? C'est à vous d'y répondre.

10. Pour toutes les considérations développées jusqu'ici, nous vous proposons de déclarer qu'en omettant d'adopter toutes les mesures nécessaires pour se conformer à la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité

de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, et à la directive 75/117 sur le rapprochement des systèmes nationaux en ce qui concerne l'application du principe de l'égalité des rémunérations, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations que lui impose l'article 189 du traité.

Sur la base du critère applicable en cas de perte du procès, les dépens doivent être mis à la charge du gouvernement défendeur.