CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 26 octobre 1999 *

I — Question préjudicielle

1. La présente procédure concerne l'interdiction, énoncée par la loi nationale d'un État membre, de recruter des femmes dans les forces armées dans des secteurs autres que ceux de la santé et de la musique militaire. La demande préjudicielle formée par le Verwaltungsgericht (tribunal administratif) Hannover (Allemagne) porte sur l'interprétation 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 [1] (ci-après la « directive »). Plus précisément, le juge pose la question suivante à la Cour:

« L'article 1er, paragraphe 2, troisième phrase, du Soldatengesetz (loi portant statut des militaires), dans la version du 15 décembre 1995 (*BGBl.* I, p. 1737) telle que modifiée en dernier lieu par la loi du 14 décembre 1997 (*BGBl.* I, p. 2846), et l'article 3 de la Soldatenlaufbahnverordnung (règlement sur la carrière militaire), dans la version publiée le 28 janvier 1998 (*BGBl.* I, p. 326), en vertu desquels les femmes qui se sont engagées volontairement sous les drapeaux ne peuvent être employées que dans les services de santé et dans les formations de musique militaire et sont en tout cas exclues des emplois qui comportent l'utilisation d'armes, violent-ils la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 — en particulier, l'article 2, paragraphe 2, de ladite directive? »

II — Dispositions communautaires pertinentes

2. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, « La présente directive vise 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.... Ce principe est dénommé ci-après 'principe de l'égalité de traitement' ».

Aux termes de l'article 2 de la directive:

« 1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 39, p. 40.

sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

2. La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.

3. La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

...»

Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, «L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle».

Aux termes de l'article 9, paragraphe 2, de la directive, «Les États membres procèdent périodiquement à un examen des activités professionnelles visées à l'article 2 paragraphe 2 afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. Ils communiquent à la Commission le résultat de cet examen».

III — Cadre normatif national

3. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 2, du Soldatengesetz (ci-après le «SG»), «peut être recruté comme soldat de carrière celui qui s'engage volontairement à accomplir un service militaire à vie. Peut être recruté comme soldat temporaire celui qui s'engage volontairement à accomplir un service militaire pour une période déterminée. Les femmes peuvent être recrutées au titre des phrases 1 et 2 ci-dessus pour être affectées *aux services de santé ou aux formations de musique militaire*» [2].

Aux termes de la Soldatenlaufbahnverordnung (ci-après la «SLV»), «les femmes ne peuvent être recrutées que sur la base d'un engagement volontaire et seulement *dans*

2 — Souligné par nous.

les services de santé ou dans les formations de musique militaire» [3].

4. La République fédérale d'Allemagne et la Commission des Communautés européennes, qui participent à la présente procédure comme M[me] Kreil et les gouvernements du Royaume-Uni et italien, ont fait observer que les dispositions citées, qui font l'objet de la demande préjudicielle, ont pour base juridique l'article 12a du Grundgesetz de la République fédérale allemande (loi fondamentale ou Constitution, ci-après la «Constitution» ou le «GG»), qui est formulé comme suit:

«1. À compter de l'âge de 18 ans révolus, les hommes peuvent être appelés à servir dans les forces armées, dans la police fédérale des frontières ou dans un organisme de protection civile.

...

4. Si, en cas d'«état de défense» [4], les besoins en services civils des établissements sanitaires et des hôpitaux civils et des hôpitaux militaires fixes ne peuvent être satisfaits sur une base volontaire, les femmes âgées de dix-huit à cinquante-cinq ans révolus peuvent êtres affectées à ces services par une loi ou en vertu d'une loi. *Elles ne peuvent en aucun cas être employées à un service armé*» [5].

Le gouvernement allemand a ajouté que l'article 12a, paragraphe 4, dernière phrase, du GG (ci-après l'«article 12a du GG») représente simplement la mise à jour, intervenue en 1968 — avec «une nouvelle formulation d'ordre purement linguistique» — d'une disposition analogue de 1956, à savoir l'article 12, paragraphe 3, du GG.

5. Reprenant une appréciation formulée par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral de dernière instance) et par la doctrine allemande, le gouvernement allemand et la Commission ont aussi précisé que l'article 12a du GG et les dispositions précitées du SG et de la SLV constituent une lex specialis («Spezialvorschrift» ou «Sonderregelung») par rapport au principe général de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, consacré

3 — Souligné par nous.

4 — En vertu de l'article 115a, paragraphe 1, du GG, l'«état de défense» («Verteidigungsfall») est déclaré par le Bundestag (Parlement fédéral), en accord avec le Bundesrat (Conseil fédéral, par l'intermédiaire duquel les Länder participent à l'activité législative et administrative de la République fédérale d'Allemagne), en cas d'attaque armée ou d'imminence d'une telle attaque.

5 — Souligné par nous.

tant par la Constitution [6] que par la législation concernant les militaires [7].

6. C'est encore le gouvernement allemand qui fait observer que, bien que l'interdiction de recruter des femmes dans des unités autres que les services de santé et les formations de musique militaire, énoncée par la législation litigieuse, ne souffre aucune dérogation («en aucun cas», voir article 12 a du GG), en réalité, les nombreux emplois civils (essentiellement de nature administrative ou à caractère auxiliaire) prévus dans la Bundeswehr (les forces armées fédérales) par l'article 87b du GG, sont ouverts dans une égale mesure aux hommes et aux femmes.

IV — Faits et procédure au principal

7. En 1996, M^me^ Kreil, diplômée en électrotechnique, avec une spécialisation en technique des installations, a introduit une demande d'engagement volontaire dans la Bundeswehr, en exprimant le souhait d'être affectée aux services de maintenance électronique des systèmes d'armes. Sa demande a été rejetée tant par le centre local de recrutement que, à la suite d'une réclamation, par l'administration centrale du per-

6 — La Constitution consacre l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en général (article 3, paragraphes 2 et 3, du GG) et aussi en ce qui concerne l'accès à l'activité professionnelle (article 12, paragraphe 1, du GG) — ou mieux le libre choix de cette dernière — ainsi qu'à l'emploi dans l'administration publique (article 33, paragraphe 2, du GG). Dans un arrêt récent, cité dans le cadre de la présente procédure par le juge de renvoi et par le gouvernement allemand, le Bundesverwaltungsgericht a estimé que l'article 12a du GG était conforme aux principes de l'égalité de traitement et du libre choix de l'emploi énoncés par d'autres dispositions de la Constitution citées ci-dessus, dans la mesure où il l'a considéré comme une lex specialis [arrêt du 30 janvier 1996 — 1 WB 89/95 — *BVerwGE*, vol. 103, p. 301, et *NJW*, 1996, p. 2173, ci-après l'«arrêt Sanitätsdienst» («service de santé», c'est-à-dire un des secteurs où, en vertu de l'article 12a du GG, de l'article 1^er^, paragraphe 2, du SG et de l'article 3a de la SLV, les femmes sont également admises)].
Bien que la majorité de la doctrine allemande se rallie à cette décision, il y a lieu de signaler que, à la suite d'un débat actuellement en cours en Allemagne, il n'est pas évident que la règle constitutionnelle en question soit légitime, du moins si on l'interprète comme on l'a fait jusqu'à présent. En effet, des chercheurs faisant autorité estiment qu'il convient de faire une distinction entre le service militaire obligatoire («Pflichtdienst») et le service militaire volontaire («freiwilliger Dienst») et que, en ce qui concerne ce dernier, il convient d'interpréter restrictivement l'article 12a du GG, même s'il a le caractère d'une «Sonderregelung»; il faut avoir particulièrement égard aux principes fondamentaux comme le principe d'égalité et le principe du libre choix de l'emploi, auxquels on ne peut déroger qu'avec prudence et en conformité avec les dispositions constitutionnelles considérées dans leur globalité (voir Jarass, H. D., et Pieroth, B., «Commentaire de l'article 12a du GG», dans *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4^e^ éd., point 3; Kokott, J., «Commentaire de l'article 12a du GG», dans *Grundgesetz, Kommentar*, éd. par M. Sachs, 1999, 2^e^ éd., points 3 et suiv.; Repkewitz, U.: «Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?», dans *NJW*, 1997, p. 506; Sachs, M.: «Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes», dans *ZBR*, 1994, p. 133, en particulier p. 139, et Zuleeg, M.: «Frauen in die Bundeswehr», dans *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, p. 1017).
Ainsi, sur la base d'une interprétation systématique et restrictive de la Constitution (l'exclusion des femmes de la Bundeswehr étant une dérogation aux principes énoncés aux articles 3, 12 et 33 du GG), les auteurs cités estiment que l'interdiction énoncée à l'article 12a du GG vaut seulement pour le service militaire obligatoire: puisque l'article 12a du GG dans sa globalité concerne le seul «Pflichtdienst», l'exclusion des femmes ne peut être étendue au service volontaire (voir, en particulier, M. Zuleeg, ouvr. cité, p. 1018).
On fait aussi observer qu'une interprétation restrictive se justifie en raison du fait que l'article 12a du GG *ne consacre pas un droit fondamental* («Grundrecht»), contrairement aux droits auxquels il apporte des limitations (voir articles 3, paragraphes 2 et 3, 12, paragraphe 1, et 33, paragraphe 2, du GG; voir M. Zuleeg, ouvr. cité, p. 1023). Selon Scholz, du reste, à la différence d'autres dispositions de la Constitution, l'article 12a peut être modifié dans la mesure où il n'entre pas dans le champ d'application des limites strictes imposées par l'article 79 du GG en ce qui concerne la révision des dispositions de la constitution (Scholz, R., «Commentaire de l'article 12a du GG», dans *Grundgesetz, Kommentar*, éd. par T. Maunz, G. Dürig et G. Herzog, 1984, point 208).

7 — Tant le SG que la SLV indiquent que la nomination et l'affectation des soldats doivent être effectuées en fonction de leurs aptitudes, de leurs compétences et de leurs qualifications professionnelles, sans avoir égard, en particulier, au sexe (voir, respectivement, articles 3 et 1^er^).

sonnel de la Bundeswehr, parce que, en vertu de la loi nationale, les femmes sont exclues de toutes les fonctions impliquant l'utilisation d'armes. Estimant qu'elle était victime d'une discrimination illégale fondée sur le sexe, M^me^ Kreil a attaqué la décision de refus devant le juge de renvoi.

V — Analyse juridique

1 — *La discrimination prétendue et son fondement*

8. Le Verwaltungsgericht Hannover vous demande si la directive fait obstacle à une interdiction quasiment absolue concernant le service volontaire des femmes dans les forces armées d'un État membre.

9. Selon la demanderesse au principal, les restrictions imposées au recrutement des femmes dans la Bundeswehr constituent une violation flagrante de l'interdiction, énoncée à l'article 3 de la directive, de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès à l'emploi [8]. M^me^ Kreil souligne que, en l'espèce, ce qui est concerné, ce n'est pas tant le service militaire obligatoire que le choix professionnel des femmes désirant s'engager sur une base volontaire.

10. La République fédérale d'Allemagne considère que les dispositions nationales en question sont justifiées sur la base de l'article 2, paragraphes 2 et 3, de la directive. Ces dispositions permettent des dérogations au droit individuel à l'égalité de traitement. La Commission (sur la position de laquelle se sont, en substance, alignés les gouvernements du Royaume-Uni et italien) estime que, en vertu déjà de l'article 2, paragraphe 2, la législation interne en question peut être, en principe, justifiée, étant bien entendu, naturellement, qu'il est nécessaire d'en vérifier le bien-fondé en considération de l'ensemble des emplois au

8 — Pour la demanderesse au principal, il n'est pas douteux que la législation allemande doit pouvoir être examinée à la lumière de la directive, dans la mesure où la Cour l'a déjà interprétée et donc jugée pertinente, dans un cas qui concernait des dispositions réglementaires semblables à celles du SG et de la SLV (arrêt du 2 octobre 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, où la Cour a jugé qu'entrait dans le champ d'application de la directive une disposition — contenue dans la Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung, c'est-à-dire le règlement relatif à la carrière des fonctionnaires du Land de Bavière — concernant le calcul de l'ancienneté de ces derniers; dans l'arrêt Gerster, la Cour a fait explicitement référence à l'article 3, paragraphe 1, de la directive, qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe «quel [que] soit le secteur ou la branche d'activité», point 28).

sein des forces armées et la proportionnalité [9].

11. Aucune des parties intervenues dans la présente procédure n'a émis des doutes quant au fait que les dispositions en question entraînent l'exclusion des femmes de la majeure partie des emplois dans la Bundeswehr, ce qui a pour résultat de créer une disparité de traitement fondée sur le sexe, telle que visée aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive: une discrimination directe qui en implique d'autres, de type indirect, eu égard au fait que les membres des forces armées sont, pour une large majorité, des hommes [10]. Dans certains cas, les militaires en congé jouissent, en effet, d'une priorité quant à l'accès à l'emploi dans l'adminis-

9 — Pour la *Commission*, il est évident que l'emploi dans les forces armées n'est pas exclu du champ d'application de la directive; elle renvoie à l'arrêt du 21 mai 1985, Commission/Allemagne (248/83, Rec. p. 1459, point 16), où la Cour a jugé que la directive s'applique aux rapports d'emploi dans le service public. En revanche, préalablement à l'examen du fond de la demande préjudicielle, les *gouvernements du Royaume-Uni, italien et allemand* — s'appuyant, en particulier, sur l'article 224 du traité CE (devenu article 297 CE) — soutiennent que la directive ne s'applique pas au cas d'espèce puisque les questions touchant à la défense et à l'organisation des forces armées sont étrangères au champ d'application du traité. Le juge de renvoi n'a pas évoqué cette problématique, ce qui donne à penser, nous semble-t-il, qu'il considère que l'emploi dans la Bundeswehr entre dans le champ d'application de la directive. Quoi qu'il en soit, sur ce point, nous ne pouvons que renvoyer aux conclusions que nous avons présentées le 18 mai 1999 dans l'affaire Sirdar (arrêt du 26 octobre 1999, C-273/97, Rec. p. I-7403), qui concernait une politique excluant les femmes d'un corps d'élite des forces armées britanniques. Dans l'affaire Sirdar, adoptant la position défendue à présent par M^me^ Kreil et par la Commission, nous avons estimé que l'accès à l'emploi dans les forces armées était soumis, d'une manière générale, à la réglementation prévue par la directive (voir points 9 à 29).
Quant à ce que nous avons déjà dit dans l'affaire Sirdar et en faisant spécifiquement référence à la réglementation nationale qui fait l'objet de la présente procédure, nous devons, toutefois, faire une autre remarque. Elle concerne la raison avancée par le gouvernement allemand — à titre subsidiaire, pour le cas où l'on estimerait que la directive est applicable en l'espèce — pour justifier sur le fond la discrimination litigieuse.
Le gouvernement allemand s'est borné à invoquer l'objectif politique consistant à satisfaire à une obligation morale résultant du passé douloureux propre à l'Allemagne, à savoir celle voulant que *les femmes soient protégées* au maximum contre les dangers auxquels sont exposés les soldats en temps de guerre (voir point 12 des présentes conclusions). Dans d'autres procédures devant la Cour, le gouvernement du Royaume-Uni a soutenu la thèse selon laquelle les mesures discriminatoires visées à chaque fois étaient étrangères au champ d'application de la directive, en invoquant des raisons répondant à une tout autre logique. Selon les explications fournies par les autorités britanniques, ces mesures avaient, en effet, été adoptées pour des motifs de *sécurité publique* (éviter une recrudescence des attaques visant la police dans une situation de guerre civile; voir arrêt du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, point 35) et de *défense* ou de *sécurité externe* (assurer l'efficacité au combat d'un corps d'élite des forces armées; voir point 4 de nos conclusions dans l'affaire Sirdar): il s'agit, comme on le voit, de raisons liées à des matières relevant de la compétence exclusive des États membres. Ni dans l'affaire Johnston ni dans l'affaire Sirdar, la directive n'a été jugée inapplicable.
Une mesure qui a pour unique fondement la protection de la femme ne peut, a fortiori, être exclue du champ d'application de la directive ni en application de l'article 224 du traité, relatif aux mesures «tout à fait exceptionnelles» nécessaires pour garantir la *sécurité (interne ou externe)* ou, mieux, la vie même d'un pays (voir point 24 de nos conclusions dans l'affaire Sirdar), ni eu égard à des considérations liées à l'autonomie des États membres en ce qui concerne l'organisation de ses forces armées, afin d'en garantir un fonctionnement optimal.

10 — La directive interdit «toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement» (voir article 2, paragraphe 1), sauf application d'une éventuelle cause de justification entrant dans une des exceptions prévues par la directive elle-même; pour une application concrète de la directive à des hypothèses de discrimination indirecte, voir, par exemple, l'arrêt Gerster et l'arrêt du 2 octobre 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, spécialement points 13 et suiv.).

tration publique [11] et l'on ne peut exclure qu'ils trouvent plus aisément un emploi dans le monde civil grâce à la formation de type technique qu'il est possible d'acquérir en servant dans les forces armées [12]. Pour répondre à la question préjudicielle déférée par le Verwaltungsgericht, qui a pour objet la seule discrimination directe, il y a lieu de vérifier si les mesures adoptées peuvent correspondre à l'une des dérogations permises par l'article 2, paragraphes 2 et 3, de la directive [13]. Toutefois, avant de procéder à cette vérification, il faut rappeler quels sont les motifs sous-jacents à l'exclusion des femmes prévue à l'article 12a du GG, qui constitue la base juridique des dispositions sur lesquelles le juge de renvoi vous interroge.

12. Selon la République fédérale d'Allemagne, les dispositions en question, adoptées pour empêcher les femmes de participer aux actions militaires, s'expliquent par l'intention de veiller à ce que, *en aucun cas*, elles ne soient exposées au feu de l'ennemi en tant que combattants: cela vaut aussi pour les femmes qui souhaitent s'engager volontairement. Sur ce point, on fait référence aux travaux préparatoires du Bundestag relatifs à l'article 12, paragraphe 3, du GG, introduit en 1956 (voir point 4), dont il résulterait que l'exclusion des femmes prévue dans notre cas est le fruit d'une obligation morale découlant du passé douloureux de l'Allemagne. Le gouvernement allemand fait aussi référence au récent arrêt Sanitätsdienst (voir note 6), où le Bundesverwaltungsgericht a affirmé que de cette obligation découlait une protection des femmes qui devait être la plus étendue possible et qui ne pouvait être assurée que par une «harmonisation» poussée des règles sur le recrutement et l'emploi dans la Bundeswehr avec le droit humanitaire international [14]. Ce dernier comprend la troisième convention de Genève, du

11 — Voir Bertelsmann, K., et Rust, U, *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (éd. par la Commission européenne), Dordrecht et Luxembourg, 1995, p. 53, point 4.14.3, où, à titre d'exemple, on rappelle que, en vertu des articles 9 et 10 de la SVG, la préférence est donnée à ceux qui ont servi pendant au moins douze ans dans les forces armées en ce qui concerne les emplois dans l'administration publique, même sans aucune relation avec les forces armées. Il en résulte, selon les auteurs du rapport, qu'une certaine proportion des emplois disponibles dans le secteur public peuvent être réservés à des militaires en congé, même dans l'hypothèse où il y a d'autres candidats possédant des qualifications égales ou même supérieures (ouvr. cité, p. 54).
En outre, on a affirmé que, du fait de l'article 12a du GG, les femmes ne peuvent avoir accès à certaines des plus hautes charges politiques de l'État: Bundeskanzler (Chancelier fédéral), Bundesminister der Verteidigung (ministre fédéral de la Défense) et Staatssekretär (Secrétaire d'État). Selon la reconstruction effectuée par certains auteurs, en effet, ces charges incluent le commandement suprême des forces armées ou un service qui, comme tout rôle de commandement, implique l'emploi des armes («Waffendienst» ou «Dienst mit der Waffe»; voir Poretschkin, A., «Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?», dans *NZWehrr*, 1993, p. 232; U. Repkewitz, ouvr. cité, p. 507, et Walz, D., «Der 'geschlechtsneutrale' Bundesminister der Verteidigung», dans *NZWehrr*, 1996, p. 117). En fait, en vertu de l'article 65a du GG, le ministre fédéral de la Défense (qui peut déléguer le Secrétaire d'État ou se faire représenter par lui) exerce le commandement sur les forces armées; en vertu de l'article 115b du GG, au moment de la proclamation de l'«état de défense» (voir note 4), le commandement des forces armées est transféré au Chancelier fédéral. À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 3, paragraphe 1, de la directive interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès «à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle».

12 — Tel ne paraît pas être le cas de M^me^ Kreil, qui, au moment d'introduire sa demande d'engagement volontaire, était déjà titulaire d'un diplôme. Toutefois, cette discrimination ne nous semble pas négligeable: les forces armées modernes emploient des moyens techniques toujours plus sophistiqués, qui requièrent des connaissances particulières, certainement précieuses une fois que l'on s'adresse au marché civil de l'emploi, plus concurrentiel que jamais (que l'on pense aux pilotes militaires qui, en considération de leur expérience, n'ont aucune difficulté à trouver un emploi auprès des compagnies aériennes civiles une fois qu'ils sont mis en congé).

13 — Celle prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive n'est pas pertinente; cette disposition est, en effet, formulée dans les termes suivants: «La présente 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».

14 — Connu aussi comme étant la «législation relative aux droits de l'homme dans les conflits armés»; voir Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco et Clarendon Press, Paris et Oxford, 1987, p. 3.

12 août 1949, relative au traitement des prisonniers de guerre [15] (ci-après la «convention») et le premier protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [16] (ci-après le «protocole»). Selon le Bundesverwaltungsgericht — et le gouvernement allemand, qui se rallie complètement à la reconstruction effectuée dans l'arrêt Sanitätsdienst — les dispositions discriminatoires en question s'inspirent de l'article 51 du protocole, selon lequel seule la population civile jouit d'une protection générale à caractère humanitaire contre les dangers résultant des opérations militaires. Plus précisément, cela signifie que la population civile ne peut faire l'objet d'attaques [17], contrairement aux «combattants», au sens de l'article 43 du protocole, ou de ceux qui participent aux hostilités en utilisant des armes ou des systèmes d'armes. En outre, seuls les combattants peuvent être faits «prisonniers de guerre» quand ils tombent aux mains de l'ennemi [18]. Au contraire, les membres du personnel sanitaire et religieux des forces armées non seulement ne peuvent être capturés en tant que «prisonniers de guerre», mais doivent être respectés et protégés et ne doivent pas être attaqués [19], d'où l'admission des femmes dans les services de santé. En ce qui concerne les formations de musique militaire, le gouvernement allemand a indiqué que, en cas d'hostilités, elles sont dissoutes et que leurs membres sont affectés à des tâches sanitaires comme infirmiers ou aides-infirmiers (déjà en temps de paix, les musiciens appartenant aux fanfares militaires reçoivent une formation appropriée).

15 — *BGBl.* 1954 II, p. 838. Outre la troisième convention de Genève, existent la première convention de Genève, du 12 août 1949, pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (*BGBl.* 1954 II, p. 783) et la deuxième convention de Genève, du 12 août 1949, pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (*BGBl.* 1954 II, p. 813). Ensemble, les trois conventions sont connues sous le nom de conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux.

16 — *BGBl.* 1990 II, p. 1550.

17 — Voir articles 48 et 51, paragraphe 2, du protocole.

18 — Voir article 4 de la convention et article 44, paragraphe 1, du protocole.

19 — Voir, respectivement, article 33 de la convention et article 12, paragraphe 1, du protocole.

2 — *Dérogations au principe de l'égalité de traitement: article 2, paragraphe 3, de la directive*

13. Le gouvernement allemand soutient que, en raison de l'objectif poursuivi par le législateur, l'exclusion virtuellement totale des femmes de la Bundeswehr relève de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 3, de la directive. Pour notre part, nous partageons plutôt l'avis de la Commission, basé sur l'arrêt rendu dans l'affaire Johnston, concernant l'emploi des femmes dans les unités armées de la police britannique en Irlande du Nord dans les années 80, c'est-à-dire en pleine *guerre* civile. Dans cet arrêt, la Cour a décidé qu'«il résulte de la mention expresse de la grossesse et de la maternité que la directive entend assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant. [L'article 2, paragraphe 3] de la directive ne permet donc pas d'exclure les femmes d'un emploi au motif que l'opinion publique exigerait qu'elles soient *davantage protégées* que les hommes contre des risques qui concernent les hommes et les femmes *de la même manière* et qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme tels que les besoins

expressément mentionnés» [20]. Or, du dossier de la procédure, il ne résulte pas que les dangers auxquels les femmes seraient exposées dans les unités de la Bundeswehr impliquant l'emploi des armes sont différents de ceux que courent les hommes dans l'exercice des mêmes fonctions ou sont plus grands que ceux-ci: le gouvernement allemand n'a fourni aucune preuve dans ce sens. S'il en est ainsi, l'exclusion absolue des femmes de l'emploi dans les unités autres que les services de santé et les formations de musique militaire en raison de risques de caractère général et non spécifiques aux femmes ne peut entrer dans le champ d'application de la différence de traitement permise par l'article 2, paragraphe 3, de la directive [21]: «l'article 2, paragraphe 3, suppose que le traitement différencié réservé à la femme ne soit pas discriminatoire: il en sera ainsi chaque fois que la différence de traitement — protection de la femme — pourra être justifiée par une *différence objective* entre la situation du travailleur masculin et du travailleur féminin. Cette *cause objective* est liée à la 'spécificité biologique' de la femme, comme la mention exemplative de la grossesse, d'une part, et celle de la maternité, d'autre part, l'indiquent sans ambiguïté» [22]. En ce qui concerne le terme «notamment» figurant à l'article 2, paragraphe 3, de la directive — précédant la mention exemplative de la grossesse et de la maternité —, la Cour a toujours rejeté nettement les arguments avancés par les États membres pour étendre la portée de l'expression «protection de la femme» au-delà des cas de la grossesse, de l'allaitement et de la maternité [23].

20 — Déjà cité à la note 9, point 44; souligné par nous. L'arrêt Johnston s'inscrit dans une jurisprudence constante de la Cour où celle-ci a décidé que l'article 2, paragraphe 3, de la directive vise seulement à assurer la *protection de la condition biologique* de la femme pendant et après la grossesse et des rapports particuliers entre la femme et son enfant: voir arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, points 25 et 26); du 25 octobre 1988, Commission/France (312/86, Rec. p. 6315, point 13); du 25 juillet 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047, point 13); du 3 février 1994, Minne (C-13/93, Rec. p. I-371, point 11); du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657, point 21); du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567, point 20); du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 25), et du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Rec. p. I-7327, point 54). L'extrait suivant de l'arrêt Hofmann est particulièrement éclairant pour comprendre l'approche adoptée par la Cour: «[dans l'article 2, paragraphe 3, de la directive], il s'agit d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle» (point 25). Dans l'affaire Johnston, l'avocat général Darmon a affirmé que, «si tant est que ce texte puisse être invoqué pour réduire les droits de la femme, il ne saurait être question, au titre de l'article 2, paragraphe 3, de prendre en considération un besoin de protection, aussi fondé soit-il, dont la nature serait socioculturelle ou même politique» (point 8).

21 — Voir arrêt Johnston (point 45); dans le même sens, voir arrêts Commission/France (point 14) et Stoeckel (point 15).

3 — *Dérogations au principe de l'égalité de traitement: article 2, paragraphe 2, de la directive*

14. Par ailleurs, le gouvernement allemand estime que l'objectif politique poursuivi par le législateur constitutionnel en 1956 et en 1968 ne contredit pas la disposition de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, dont l'interprétation par la Cour intéresse

22 — Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Hofmann (point 10, troisième alinéa; souligné par nous); dans le même sens, voir les conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Habermann-Beltermann (point 11).

23 — Voir la thèse défendue par le Royaume-Uni dans l'affaire Johnston au sujet de la quatrième question préjudicielle (Rec. p. 1672) et par la République française dans l'affaire Commission/France (Rec. p. 6322) au sujet d'une série de droits spéciaux visant à assurer la protection des femmes. Selon l'avocat général Sir Gordon Slynn, «bien que le terme 'notamment' à l'article 2, paragraphe 3, indique que des situations autres que la grossesse et la maternité peuvent relever de cette disposition, ces mots illustrent la portée de ces exceptions» (conclusions dans l'affaire Commission/France, Rec. p. 6327).

davantage le juge de renvoi. En effet, selon les autorités allemandes, l'article 12a du GG et les dispositions citées du SG et de la SLV considèrent le sexe comme une condition déterminante pour l'accomplissement du service militaire armé. La protection des femmes ne pourrait, donc, être garantie que par leur complète exclusion de toutes les activités propres à la condition juridique de «combattant», au sens du droit humanitaire international. À cet égard, la Commission et le gouvernement italien ont formulé une opinion plus floue. Tout en admettant qu'un tel choix de fond opéré par un État membre pour sa politique de défense ne peut être condamné par principe, ils ont distingué les emplois comportant un risque concret [24] des activités à caractère technique pouvant être exercées à l'arrière sans encourir de risques particuliers et sans avoir besoin d'une force physique particulière. De telles activités, ont précisé la Commission et le gouvernement italien, seraient étrangères à celles dont la nature ou les conditions d'exercice, au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, devraient nécessairement être réservées aux hommes plutôt qu'aux femmes. Il appartiendrait au juge national d'apprécier si l'emploi pour lequel M^me^ Kreil a introduit une demande d'engagement volontaire relève de l'une ou de l'autre de ces catégories d'activités. L'ouverture partielle dont ont témoigné la Commission et le gouvernement italien à l'égard des motifs sous-jacents à la discrimination ici examinée n'est pas partagée par le gouvernement allemand, pour lequel l'interdiction énoncée à l'article 12a du GG doit être entendue comme absolue, parce que, en cas d'attaque, tous les membres des forces armées peuvent être appelés à participer activement aux opérations militaires. Même les soldats responsables de la maintenance électronique des systèmes d'armes pourraient devoir être envoyés en première ligne pour assurer l'efficacité au combat de la Bundeswehr. Cela correspond, selon les autorités allemandes, à la réalité actuelle: les troupes dotées d'un équipement technique avancé doivent, affirment-elles, pouvoir être employées, en cas de crise, de manière «interactive», sans qu'une distinction soit faite entre les emplois exercés en première ligne et ceux exercés à l'arrière.

15. L'article 2, paragraphe 2, de la directive reconnaît que le sexe peut constituer un facteur déterminant pour des activités professionnelles spécifiques, à condition que l'on tienne compte de «leur nature» ou des «conditions de leur exercice». Ces conditions suffisent à définir la portée de la réserve formulée à l'article 2, paragraphe 2, ainsi qu'à la différencier conceptuellement de l'exception prévue au paragraphe 3 du même article.

16. En ce qui concerne la portée de la réserve, à notre avis, il faut avoir égard aux qualifications professionnelles en référence auxquelles le sexe constitue une condition déterminante pour une activité professionnelle donnée: on peut citer comme exemples de ce genre les chanteurs et les chanteuses, les acteurs et les actrices, les danseurs et les danseuses, les modèles ou les

24 — La Commission rappelle l'affaire Johnston, relative à un emploi dans les unités armées de la police britannique stationnées en Irlande du Nord dans les années 80, et l'affaire Sirdar, ayant pour objet le recrutement dans le corps d'élite des Royal Marines, fer de lance des troupes d'assaut du Royaume-Uni.

mannequins [25]. Plus généralement, selon une certaine doctrine, l'article 2, paragraphe 2, de la directive envisage une dérogation à interpréter de manière «étroite» ou «stricte»: l'État membre ou l'employeur souhaitant s'en prévaloir devrait donc démontrer que, en ce qui concerne un emploi donné, le sexe est une condition décisive, si bien qu'une politique d'emploi non discriminatoire rendrait extrêmement difficile, ou même impossible, l'accomplissement des activités propres à cet emploi. Autrement dit: il faudrait, de toute façon, démontrer qu'il est nécessaire d'employer une personne d'un sexe à l'exclusion de l'autre [26]. La Cour, elle-même, a, d'autre part, affirmé que, quant à la possibilité de déroger, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, à la reconnaissance d'un droit individuel comme l'égalité de traitement entre hommes et femmes, il fallait prendre en considération exclusivement «les exigences qui sont *déterminantes pour l'exercice* de l'activité spécifique qui est en cause» [27]. Or, au cours de l'audience devant la Cour, l'agent du gouvernement allemand a expressément déclaré qu'il ne contestait absolument pas l'aptitude de M^me^ Kreil, ni celles des femmes en général à servir dans les unités armées de la Bundeswehr. Nous ne sommes donc pas persuadé que les affirmations du gouvernement allemand concernant l'exclusion des femmes prévue à l'article 12a du GG suffisent à démontrer que le cas litigieux est couvert par les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, de la directive. Toujours en ce qui concerne cette dernière disposition, il nous paraît, en fait, que l'on peut difficilement soutenir que la nature ou les conditions du travail fourni par les membres des forces armées sont telles qu'il est absolument impossible ou, du moins, extrêmement difficile d'employer des femmes dans une quelconque unité «combattante», autre, donc, que les services de santé et les formations de musique militaire. Ce n'est pas par hasard — sauf exception, d'ailleurs limitées à des hypothèses bien spécifiques [28] — que les femmes sont régulièrement employées, sans distinctions, dans toutes les armées de la Communauté (et de l'OTAN) [29].

17. Il faut, ensuite, examiner la différence qui existe entre les dispositions contenues

25 — Voir arrêt Commission/Allemagne (précité, point 34), où la Cour fait référence à certaines activités professionnelles qui, plus généralement, font, dans divers États membres, en pratique ou en vertu de la loi, l'objet de dérogations au principe de l'égalité de traitement.

26 — Voir Harvey, T., *Justifications for the Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, Londres, 1993, point 4.2.1.3.

27 — Voir arrêt du 30 juin 1988, Commission/France (318/86, Rec. p. 3559, point 28; souligné par nous). Dans le même sens, voir arrêts du 8 novembre 1983, Commission/Royaume-Uni (165/82, Rec. p. 3431, points 18 et 20), et Johnston, point 38.

28 — Par exemple, les sous-mariniers et les fantassins de marine aux Pays-Bas, les Royal Marines au Royaume-Uni et, jusqu'en 1993, les pilotes de chasse au Danemark.

29 — Le seul pays qui, outre la République fédérale d'Allemagne, n'a pas encore admis les femmes dans ses forces armées est la République italienne. Ici, toutefois, l'absence de service militaire volontaire des femmes n'est pas due à une interdiction (constitutionnelle ou énoncée dans une loi ordinaire), mais à l'inertie du législateur. En effet, contrairement à ce qui s'est passé pour les forces de police au moment de leur démilitarisation en 1981, on n'a pas encore adopté la réglementation spéciale visant à une application concrète du principe constitutionnel de l'égalité de traitement. Un projet de loi visant à instituer un service militaire volontaire féminin a été approuvé par la Chambre des députés le 29 septembre 1999 (*Atto Camera* n° 2970-B). Sauf exceptions, cette mesure conduira à admettre les femmes d'une manière générale dans toutes les unités. D'après ce qu'a indiqué le représentant du gouvernement italien au cours de l'audience devant la Cour, il y aura des exceptions dans des cas particuliers où les conditions ou les caractéristiques des missions confiées aux soldats sont telles que l'emploi de femmes est fortement déconseillé (il nous semble que l'on peut voir là une certaine similitude avec le cas des Royal Marines récemment examiné dans l'affaire Sirdar).

respectivement dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 2 de la directive et qui doit être clarifiée pour préciser encore davantage le champ d'application réel de la réserve formulée à l'article 2, paragraphe 2. Comme la doctrine [30] l'a fait observer, l'article 2, paragraphe 2, vise l'effet que, *dans l'exercice* d'une activité professionnelle déterminée, le sexe a *sur les personnes autres que la travailleuse (ou le travailleur)*, tandis que la disposition de l'article 2, paragraphe 3 — comme nous l'avons vu — a pour objet l'effet qu'un travail particulier a *sur la travailleuse elle-même*. La jurisprudence de la Cour elle-même plaide en faveur de cette distinction.

18. Dans l'affaire Commission/Royaume-Uni, le respect dû à la *sensibilité de la patiente* a amené la Cour à considérer comme légitimes certaines limitations opposées aux seuls hommes en ce qui concerne l'activité de sage-femme [31]. Dans l'affaire Johnston, l'exclusion des femmes des unités armées de la police britannique en garnison en Irlande du Nord a été admise parce que leur présence aurait pu contribuer à augmenter le risque d'attentats, au détriment des exigences de *sécurité publique*, avec le préjudice qui en résulte pour tous ceux qui vivent dans cette zone du pays [32].

30 — Voir Kilpatrick, C., «How long is a piece of string? European regulation of the post-birth period», dans *Sex Equality Law in the European Union*, éd. par T. Hervey et D. O'Keefe, Wiley, 1996, chapitre 6, note 26.

31 — Voir points 18 et 20.

32 — Point 36 de l'arrêt, où la Cour — au terme de l'analyse menée afin de vérifier la pertinence de l'article 2, paragraphe 2, invoqué par l'État membre intéressé — a décidé que l'«on ne saurait exclure la possibilité que, dans une situation de troubles intérieurs graves, le port d'armes à feu par des femmes policiers puisse créer des risques supplémentaires d'attentats sur elles et puisse *dès lors être contraire aux exigences de la sécurité publique*» (souligné par nous). La Cour n'a pas admis l'exclusion des femmes des unités de police équipées d'armes à feu en tant que mesure destinée, *en dernière analyse*, à ne pas les exposer à des attentats (nous ne pouvons donc partager la déception exprimée sur ce point par Fenwick, H., «Special Protections for Women in European Union Law», dans *Sex Equality Law in the European Union*, ouvr. cité, p. 63 à 70, qui craint que la Cour n'ait ainsi justifié la pertinence de la vulnérabilité féminine en relation avec l'article 2, paragraphe 2, de la directive). En revanche, ce qui, à notre avis, a réellement amené la Cour à considérer cette exclusion comme justifiable en principe (sauf respect du critère de la proportionnalité, voir point 38) n'était pas tant la prétendue faiblesse des femmes considérée en elle-même, ni non plus la volonté générale d'éviter (pour leur bien) qu'elles fassent l'objet d'attentats, que la crainte des autorités britanniques que, si l'on dotait les femmes d'armes à feu «dans une situation de troubles intérieurs graves» (point 35), cela aurait augmenté le risque d'attentats et aussi le risque de voir leurs armes tomber aux mains de leurs assaillants (voir, dans le rapport d'audience, ce qu'a soutenu le gouvernement du Royaume-Uni, Rec. p. 1672). C'est ce dernier risque, considéré en lui-même, qui allait à l'encontre des exigences de sécurité publique, à savoir les seules exigences qui, eu égard aux conditions d'exercice de l'activité professionnelle spécifique en question, pouvaient rendre le sexe masculin déterminant: «...le port d'armes à feu par des femmes policiers [peut] créer des risques supplémentaires d'attentats sur elles et *[peut] dès lors être* contraire aux exigences de la sécurité publique» (point 36; souligné par nous).
Ce que nous écrivons paraît encore plus évident à la lumière des éléments désignés par la Cour pour que le juge national vérifie, en les mettant en regard l'un de l'autre, si cette exclusion peut être qualifiée de proportionnelle. Ces éléments sont, d'une part, le principe de l'égalité de traitement énoncé à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive et, d'autre part, les exigences de la sécurité publique: «[en l'espèce, le principe de proportionnalité] exige de concilier, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement avec les exigences de la sécurité publique *qui sont déterminantes* pour les conditions d'exercice de l'activité en question» (point 38; souligné par nous; selon la version anglaise de l'arrêt: «...with the requirements of public safety *which constitute the decisive factor* as regards the context of the activity in question»). L'arrêt de la Cour ne donne nulle part à penser que cette dernière était préoccupée par la protection des femmes.
Nous notons, enfin, que, à la lumière des points 36 et 38 de l'arrêt Johnston que nous venons de citer, la Cour paraît ne pas se rallier à ce qu'a affirmé l'avocat général Darmon, à savoir que, dans certaines circonstances, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, les impératifs de protection de la femme — «de nature sociale (culturels, politiques, etc.)» — autres que ceux relevant de l'article 2, paragraphe 3, pourraient légitimement conduire les autorités d'un État membre à réserver certaines activités de maintien de l'ordre public aux individus d'un seul sexe (voir point 9 des conclusions; à cet égard, voir aussi le point 20 des présentes conclusions).

Dans l'affaire Commission/France (318/86), la Cour a jugé légitime que, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, le personnel masculin soit engagé distinctement du personnel féminin, tant pour l'activité de surveillant affecté à une maison d'arrêt, qui implique des contacts réguliers avec les détenus, que pour celle de surveillant-chef, chargé de la direction d'une maison d'arrêt, en considération de l'expérience professionnelle acquise dans le corps des surveillants, utile pour exercer une activité impliquant la direction de tous les autres surveillants [33]. Dans l'affaire Sirdar, enfin, nous avons conclu que, en principe, une politique prévoyant le recrutement des seuls hommes dans le corps d'élite des Royal Marines paraissait justifiable, du moment que l'on ne pouvait exclure que l'admission des femmes pourrait avoir des effets négatifs sur le moral et sur la cohésion des *soldats au sein des unités commandos*, en compromettant ainsi leur efficacité au combat, au préjudice, en dernière analyse, des exigences de *défense du Royaume-Uni* [34].

19. En conclusion, étant donné la signification qu'il convient d'attribuer à l'article 2, paragraphe 2, il ne nous semble pas que la justification avancée par le gouvernement allemand suffise à légitimer l'interdiction énoncée à l'article 12a du GG. En effet, les autorités allemandes n'ont fourni aucune explication concernant le point de savoir pourquoi, dans le milieu de travail particulier dont il s'agit, le sexe masculin s'avérerait (compte tenu des *conditions d'exercice* de l'activité confiée à la Bundeswehr ou des relations se créant entre soldats) nécessairement déterminant. En substance, le gouvernement allemand n'a fait aucune mention de considérations telles que celles développées par le gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire Sirdar, les seules, si l'on y regarde bien, qui nous aient amené, dans cette affaire, à ne pas exclure — fût-ce en principe, sans préjudice d'un contrôle ponctuel du respect du principe de proportionnalité — que les actuels critères de recrutement des Royal Marines peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 2, de la directive [35].

4 — *Dérogations au principe de l'égalité de traitement: articles 2, paragraphe 2, et 9, paragraphe 2, de la directive, lus en combinaison*

20. Nous avons déjà indiqué que, selon l'avocat général Darmon, « les impératifs de protection de la femme de nature sociale (culturels, politiques, etc.) » pourraient être

33 — Voir points 12 à 17.

34 — Dans l'affaire Sirdar, nous avons, d'une part, fait observer qu'« au coeur de l'argumentation du gouvernement du Royaume-Uni visant à justifier l'exclusion des femmes des Royal Marines en raison d'impératifs d'efficacité au combat se trouve l'appréhension que la participation de celles-ci puisse *se répercuter négativement* 'sur le moral et sur la cohésion' des équipes de commandos (les 'fire teams') » et nous avons estimé que les observations de l'avocat du gouvernement du Royaume-Uni figurant dans un document présenté au juge national dans le cadre du litige au principal avaient un *accent nettement « social »*. D'autre part, nous nous sommes demandé « s'il n'est pas possible de vérifier... si l'efficacité au combat peut être assurée même lorsque les femmes sont admises, en tenant compte surtout de la manière dont des compagnons d'armes de sexe masculin *perçoivent* effectivement leur présence » (point 33; le soulignement ne figure pas dans le texte original).

35 — Voir point 34 de nos conclusions dans l'affaire Sirdar.

pertinents aux fins de l'article 2, paragraphe 2, en vertu de l'article 9, paragraphe 2 [36], de la directive, selon lequel les États membres doivent apprécier périodiquement s'il est justifié de maintenir les discriminations admises au titre de l'article 2, paragraphe 2, «compte tenu de l'évolution sociale». Comme on le voit, les arguments invoqués pour leur défense par les autorités allemandes, tout en n'étant pas fondés expressément sur l'article 9, paragraphe 2, de la directive, paraissent faire écho à la pensée de l'avocat général Darmon. Si l'on adoptait une telle orientation, le champ d'application de l'article 2, paragraphe 2, serait toutefois défini sur la base d'un élément étranger aux deux seuls facteurs que cette disposition désigne comme pertinents s'agissant d'autoriser des dérogations au principe de l'égalité de traitement: la «nature» et les «conditions d'exercice» de certaines activités professionnelles. On en arriverait donc à faire une interprétation large de la réserve dont la Cour, au contraire, tout en la considérant comme une exception, a jugé qu'elle devait faire l'objet d'une interprétation restrictive, au même titre que l'article 2, paragraphe 3, de la directive [37]. En substance, inclure des «impératifs de nature sociale» à caractère général (parmi lesquels celui consistant à protéger la femme dans des cas étrangers à l'article 2, paragraphe 3, de la directive) dans le processus d'interprétation de la disposition en cause ferait, à notre avis, naître un risque concret, celui de voir l'ensemble de la directive privé d'effet utile. En adoptant cette dernière, la Communauté a voulu réaliser l'égalité de traitement entre hommes et femmes — ou mieux «*promouvoir* l'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre» [38] —, un des droits fondamentaux de la personne humaine [39], qui fait maintenant l'objet de dispositions spécifiques, même au niveau du droit primaire [40]. Le critère d'interprétation correct de l'article 2, paragraphe 2, mis en relation avec la disposition de l'article 9, paragraphe 2, n'est donc pas celui que semblait indiquer l'avocat général Darmon.

36 — Voir note 32 in fine, où nous indiquons cependant que la Cour ne paraît pas avoir partagé cette idée.

37 — Voir arrêt Johnston, points 36 et 44.

38 — Voir troisième considérant de la directive (souligné par nous).

39 — Voir, notamment, arrêts du 15 juin 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365, point 27); du 20 mars 1984, Razzouk et Beydoun/Commission (75/82 et 117/82, Rec. p. 1509, point 16); du 26 février 1986, Roberts (151/84, Rec. p. 703, point 35); du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723, point 36); du 26 février 1986, Beets-Proper (262/84, Rec. p. 773, point 38); Johnston, point 38; du 2 août 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287, point 16), et du 30 avril 1996, P/S (C-13/94, Rec. p. I-2143, point 19).

40 — En ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement, le cadre normatif communautaire a vu apparaître des nouveautés importantes, quoique postérieures aux faits de l'affaire au principal. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a inséré un quatrième considérant nouveau dans le traité sur l'Union européenne, indiquant que les États membres confirment «leur attachement aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989». Ces deux chartes consacrent le droit à l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes. Mais, surtout, toujours en vertu des modifications introduites par le traité d'Amsterdam, dans le cadre du traité CE, le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes n'est plus limité aux aspects de la relation de travail touchant à la rémunération (voir article 119 du traité CE; les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE), mais est devenu, grâce à une série de dispositions à caractère «programmatique», un principe inspirant l'action de la Communauté et un objectif de cette dernière. Ainsi, parmi les modifications du traité CE introduites en la matière par le traité d'Amsterdam, figurent encore: le nouveau texte de l'article 2 du traité CE (devenu, après modification, article 2 CE), qui, parmi les diverses missions assignées à la Communauté, mentionne maintenant celle consistant à promouvoir «l'égalité entre les hommes et les femmes»; le nouveau paragraphe 2 de l'article 3 du traité CE (devenu, après modification, article 3 CE, qui énumère les compétences de la Communauté), en vertu duquel «pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes»; pour atteindre les objectifs sociaux énumérés à l'article 117 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) — parmi lesquels figurent la promotion de l'emploi et l'amélioration des conditions de vie et de travail — le nouvel article 118 du traité CE confie à la Communauté la tâche de soutenir et de compléter l'action des États membres relative à divers aspects du travail, notamment «l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail» (voir Mori, P., «La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam», dans *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 571).

21. Nous avons, de toute façon, déjà indiqué aux points 15 à 19 d'où il faut partir pour interpréter les dispositions en cause. Nous reprenons ici notre exposé pour indiquer que la prise en compte de l'«évolution sociale» peut aider l'interprète qui doit déterminer les effets — sur les personnes autres que le travailleur — à prendre en considération quand il faut décider si le sexe est une condition décisive pour l'exercice d'une activité professionnelle déterminée. La Cour paraît déjà s'être prononcée en ce sens. Dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni, elle a examiné, à la lumière des dispositions combinées des articles 2, paragraphe 2, et 9, paragraphe 2, de la directive, une réglementation nationale discriminatoire. L'affaire concernait des disparités de traitement *spécifiques, limitées* entre hommes et femmes en ce qui concerne l'activité de sage-femme [41]. Pour démontrer la légitimité de sa législation, le gouvernement du Royaume-Uni a prouvé à la Cour qu'il l'avait soumise à un réexamen périodique, accompagné la dernière fois d'une large consultation, ayant pour objet deux études sur les sages-femmes de sexe masculin, avec les autorités du domaine de la santé, les groupements professionnels et d'autres organisations [42]. Sur cette base, la Cour a décidé que les dispositions critiquées par la Commission n'excédaient pas les limites définies à l'article 2, paragraphe 2, étant donné que, à la lumière de l'évolution sociale (bien établie) intervenue dans l'État membre intéressé, si l'on permettait à des personnes de sexe masculin d'accéder à la profession de sage-femme et de l'exercer sans réserve, cette mesure aurait des répercussions négatives sur les patientes, alors que «le respect de la sensibilité de la patiente s'impose tout particulièrement» (point 18) [43]. Selon la Cour, «il y a lieu... de reconnaître qu'*à l'heure actuelle* des susceptibilités personnelles peuvent jouer un rôle important dans les *relations entre la sage-femme et sa patiente*. Dans ces conditions, il est permis de constater qu'en omettant de donner pleine application au principe [de l'égalité de traitement] fixé par la directive, le Royaume-Uni n'a pas dépassé les limites de la faculté reconnue aux États membres par les articles 9, paragraphe 2, et 2, paragraphe 2, de la directive» (point 20; souligné par nous). Il nous semble, ainsi, pouvoir constater une certaine affinité entre le cas de la sage-femme et de ses patientes et celui des soldats des unités commandos des Royal Marines [44]: dans les deux hypothèses, il ne paraît pas possible d'exclure l'incidence que — en considération de la sensibilité personnelle des intéressés, certainement destinée à évoluer avec le temps — le sexe peut avoir sur les relations entre des personnes qui, dans l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, sont amenées à se trouver en contact étroit.

41 — Les hommes n'avaient le droit de suivre les cours de formation de sage-femme que dans les centres agréés par le ministère compétent (un à Londres et l'autre dans le centre de l'Écosse) et l'exercice par eux de cette activité n'était possible que dans les lieux désignés par le ministre, c'est-à-dire dans quatre hôpitaux de Londres et d'Édimbourg (voir conclusions de l'avocat général Rozès, Rec. 1983, p. 3458).

42 — Voir les conclusions de l'avocat général Rozès, Rec. p. 3458. Nous faisons observer incidemment que le gouvernement allemand n'a pas fourni la moindre preuve établissant qu'il avait jamais réexaminé, au moins périodiquement, les dispositions discriminatoires en cause, telles que visées à l'article 9, paragraphe 2, de la directive. L'arrêt Sanitätsdienst de 1996, auquel il est fait référence (voir note 6) ne fait que répéter les motifs qui auraient historiquement amené le législateur constitutionnel à introduire, quarante années plus tôt, l'«obligation» de protéger les femmes de la manière la plus étendue possible.

43 — Le gouvernement du Royaume-Uni a insisté sur les caractéristiques spécifiques de l'activité de sage-femme dans la crainte que certaines femmes (ou leur mari) ne refusent l'assistance de sages-femmes de sexe masculin et a souligné le rôle unique que jouent les sages-femmes — «seules, particulièrement la nuit, dans la maternité d'un hôpital et, surtout, au domicile des patientes» — pendant les périodes pré- et surtout post-natales en matière de soins touchant à l'intimité personnelle de la femme (voir conclusions de l'avocat général Rozès, Rec. p. 3458 et 3459).

44 — Nous renvoyons aux extraits de nos conclusions dans l'affaire Sirdar que nous avons cités à la note 34.

22. La réserve formulée à l'article 2, paragraphe 2, de la directive n'autorise aucune disparité de traitement basée sur des considérations générales d'ordre social ou politique. Les discriminations fondées sur le sexe ne sont pas exclues par principe, mais elles ne s'avèrent justifiées que lorsque le législateur national les a prévues en raison d'exigences spécifiques, *intimement liées* à la nature ou aux conditions d'exercice d'un travail, résultant éventuellement du tissu culturel d'un pays à un moment donné de l'histoire. De plus, il doit s'agir, en tout cas, d'exigences décisives pour l'exercice de l'activité professionnelle spécifique en cause.

23. Si nous lisons correctement les dispositions combinées des articles 2, paragraphe 2, et 9, paragraphe 2, de la directive, nous voyons qu'il existe d'autres motifs pour exclure que l'on puisse justifier les inégalités de traitement fondées sur le sexe en faisant purement et simplement référence à des exigences politiques générales de protection de la femme, même, dans notre cas, contre les risques que peuvent courir les «combattants». Nous commençons, pour préciser notre point de vue, par faire observer que, si l'on voulait faire sienne la thèse des autorités allemandes, on finirait par priver la disposition de l'article 2, paragraphe 3, de la directive de tout effet utile, sinon même de sa raison d'être [45]. La raison en est que l'on ne réussirait pas à expliquer que cette règle ne doit être appliquée rigoureusement qu'aux seuls cas de protection biologique de la femme. À cela s'ajoute que l'article 2, paragraphe 3, a, à son tour, une incidence sur la portée de l'article 3, paragraphe 2, sous c), de la directive [46], comme la Cour l'a indiqué, de telle sorte que, si l'on se ralliait à l'avis du gouvernement allemand, cette dernière disposition demeurerait dépourvue de toute pertinence pratique. Ce n'est pas tout. Comme nous l'avons fait observer, la Cour limite l'exception — et il s'agit d'une jurisprudence constante — *exclusivement* aux disparités de traitement motivées par la nécessité d'assurer la «protection biologique de la femme» (voir point 13). Cette exception est ainsi conçue et pas autrement et donc, comme la réserve formulée à l'article 2, paragraphe 2 (que la Cour qualifie aussi, nous le répétons, d'exception), elle ne peut faire l'objet que d'une interprétation restrictive [47]. Du reste, la Cour a déjà clairement écarté la thèse selon laquelle l'article 2, paragraphe 3, pourrait justifier une disparité de traitement de nature «protectrice», qui avait une raison d'être très semblable à l'objectif politique poursuivi en l'espèce par le législateur constitutionnel allemand: l'opinion publique. Dans l'arrêt Johnston, la Cour a jugé que «[l'article 2, paragraphe 3,] de la directive ne permet... pas d'exclure les femmes d'un emploi au motif que *l'opinion publique exigerait* qu'elles soient davantage protégées que les hommes contre des risques qui concernent les hommes et les femmes de la même manière et qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme...» (point 44; souligné par nous). Il nous semble donc que, dans cette logique, la directive s'oppose à *toute* mesure discriminatoire de nature «protec-

45 — Au sujet de la nécessité d'assurer la pleine efficacité pratique de l'article 2, paragraphe 3, de la directive, voir arrêts Habermann-Beltermann, point 24, et du 29 mai 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757, point 22).

46 — Voir arrêt Johnston, point 44. En vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive, «[afin de garantir l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe], les États membres prennent [dans un délai de quatre ans à compter de la notification de la directive; voir article 9, paragraphe 1] les mesures nécessaires afin que:... c) soient révisées celles des dispositions... contraires au principe de l'égalité de traitement pour lesquelles le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé...».

47 — Voir arrêt Johnston, point 44.

trice» étrangère au champ d'application de l'article 2, paragraphe 3 [48].

24. L'adoption de la thèse contraire, conduirait, d'autre part, à maintenir la marginalisation des femmes dans certains secteurs seulement de la Bundeswehr, avec le risque de perpétuer le vieux stéréotype de la distinction entre les sexes [49]. À tout cela s'ajouterait, comme l'a fait observer la doctrine allemande, la négation de l'indépendance morale de la femme, résultant de l'impossibilité de s'engager sur une base volontaire [50].

48 — Dans le même sens, voir, par exemple, H. Fenwick, ouvr. cité, p. 79.

49 — Voir, dans le même sens, les arrêts du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle, Allemagne) du 28 janvier 1992, sur l'interdiction du travail nocturne (Nachtarbeitsverbot) des femmes (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 et 10/91, *BVerfGE*, vol. 85, p. 191 à 207), et du 24 janvier 1995, qui a jugé inconstitutionnelle l'exclusion des femmes du service obligatoire dans le corps des pompiers (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 et 5, 6, 7/94, 1BvR 403, 569/94, *BVerfGE*, vol. 92, p. 91). En effet, le thème de la protection des femmes est un thème très récurrent dans le droit du travail allemand (voir Harvey, R., «Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany», dans *The American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 31). Qu'une telle «protection» risque effectivement de reléguer la femme dans le rôle traditionnel d'épouse et de mère ressort de l'insistance avec laquelle en 1992 encore — c'est-à-dire un an après l'arrêt Stoeckel (voir note 20), où la Cour a jugé, pour la première fois, que l'interdiction du travail nocturne des femmes impliquait une discrimination injustifiable — le Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (ministre fédéral du Travail et des Affaires sociales) a défendu le principe du Nachtarbeitsverbot, remontant à une loi de 1891. De l'arrêt précité du Bundesverfassungsgericht, où le principe de la primauté de la directive sur les dispositions nationales incompatibles avec cette dernière est clairement affirmé, il résulte que l'administration — suscitant les plus vives critiques de la Fédération allemande des femmes juristes (Deutscher Juristinnenbund) et de l'Association des femmes allemandes (Deutscher Frauenring), intervenues à la procédure — a tenté de justifier l'interdiction en question en invoquant le fait que «les femmes ont, beaucoup plus souvent que les hommes, la responsabilité des enfants et des travaux domestiques en plus de leur activité professionnelle» (ouvr. cité, p. 200). Des réflexions similaires figurent dans la communication de la Commission du 20 mars 1987, sur les législations protectrices à l'égard des femmes dans les États membres de la Communauté européenne, COM(87) 105 final, section I-4, p. 5, ci-après la «communication».

50 — Voir Kokott (ouvr. cité, sub article 12a, point 6).

5 — Une dérogation fondée sur l'article 2, paragraphe 2, concerne des activités professionnelles spécifiques

25. En l'espèce, la Commission et le gouvernement italien ont admis que, bien qu'une exclusion des femmes des forces armées motivée par des intentions «protectrices» soit en principe admissible, on ne pourra la considérer comme effectivement légitime que lorsqu'elle vise des activités spécifiques, dont les conditions d'exercice comportent concrètement des risques d'une ampleur particulière, tels que ceux existant dans les unités armées de la police dans une situation de guerre civile ou dans un corps d'élite des troupes d'assaut d'un pays (voir point 14).

26. En effet, selon la Cour, des restrictions au principe de l'égalité de traitement fondées sur l'article 2, paragraphe 2, ne peuvent viser que des activités professionnelles *spécifiques* [51]. En relation avec une dérogation générale au principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les emplois dans les maisons privées, la Cour a exclu complètement, dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni, la pertinence de l'article 2, paragraphe 2, bien qu'il soit «incontestable que, pour certains emplois dans des résidences privées, cette justification [respect de la vie privée] peut jouer un rôle déterminant» (point 14). Dans l'arrêt du 30 juin 1988, Commission/France (318/86), la Cour a jugé que n'était pas suffisamment spécifique une dérogation au principe de l'égalité de traitement visant les femmes qui

51 — Voir arrêts Commission/Royaume-Uni (points 14 à 16); du 30 juin 1988, Commission/France (précité, point 25) et les conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn dans cette affaire (Rec. p. 3570 et 3571), ainsi que nos conclusions dans l'affaire Sirdar (points 35 à 37).

valait non pas pour l'ensemble des forces de police françaises, mais pour cinq corps de police seulement [52]: en substance, selon la Cour, ce n'est que si l'on a repéré *au sein* de ces unités particulières des *activités spécifiques* pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante que des dérogations au titre de l'article 2, paragraphe 2, de la directive sont admissibles (points 25 à 30).

27. En l'espèce, l'exclusion des femmes de la Bundeswehr ne se limite pas à des unités spécifiques, mais vise indistinctement *tous* les secteurs autres que ceux de la santé et de la musique militaire. Le gouvernement allemand a soutenu, pour sa défense, que l'interdiction est nécessairement totale parce que toutes les unités combattantes doivent pouvoir être employées de manière «interactive» (voir point 14), sans possibilité de distinguer entre les tâches accomplies en première ligne (plus risquées) et celles accomplies à l'arrière (moins risquées). En d'autres termes, l'interopérabilité générale de la Bundeswehr suffirait à rendre spécifique la dérogation prévue tant par l'article 12a du GG que par les dispositions adoptées sur la base de cette règle constitutionnelle. Une telle interactivité (ou interopérabilité) rappelle l'interchangeabilité caractérisant les forces de police — en cause dans l'affaire Commission/France (318/86) — qui, selon le gouvernement français, aurait dû justifier le système de recrutement utilisé dans certains corps [53]. Ce système a, toutefois, été jugé incompatible avec la directive, parce qu'il était douteux que le principe de l'interchangeabilité soit nécessaire et concrètement appliqué. L'interopérabilité qui devrait, en l'espèce, caractériser la Bundeswehr dans son ensemble présente aussi, sur le plan conceptuel, quelques similitudes avec l'interopérativité des Royal Marines. Selon le juge de renvoi dans l'affaire Sirdar, le gouvernement du Royaume-Uni avait prouvé de manière incontestable que le principe de l'interopérativité était effectivement appliqué de manière constante à tous les membres des Royal Marines [54]; pour ce motif, nous avons estimé que la mesure discriminatoire faisant l'objet de cette procédure était suffisamment spécifique, mesure qui pourtant concernait *tous* les emplois dans les Royal Marines [55]. Faisant application des principes qui se dégageaient de l'arrêt Commission/France (dont nous nous sommes inspiré dans l'affaire Sirdar), nous estimons donc que l'interopérabilité à laquelle seraient soumis les soldats de la Bundeswehr ne suffit pas à rendre admissible la discrimination en cause, étant donné que les autorités allemandes n'ont pas prouvé qu'elle constituait une règle effectivement appliquée, dans toutes les unités «combattantes», c'est-à-dire les unités autres que les services de santé et les formations de musique militaire.

28. Ce n'est pas tout. Une interopérabilité appliquée à l'ensemble des forces armées se concilierait mal avec la spécialisation croissante des diverses unités, dotées de moyens de combat toujours plus sophistiqués et dont les soldats sont souvent formés à des techniques militaires propres à un corps

52 — Les commissaires de police, les commandants et les officiers de paix, les inspecteurs, les enquêteurs, les gradés et les gardiens de la paix (voir Rec. p. 3561 et 3562).

53 — Sur ce point, voir les réflexions que nous avons formulées dans nos conclusions relatives à l'affaire Sirdar, point 36.

54 — Voir point 7 de nos conclusions.

55 — Voir points 35 et 36 de nos conclusions.

particulier ou à une unité particulière. La prétention de vouloir maintenir la possibilité d'affecter tout «combattant» à des rôles autres que ceux pour lesquels il a été formé, supposant peut-être l'emploi d'armes dont l'usage requiert une familiarité qui ne s'acquiert pas en un bref laps de temps, paraît donc peu convaincante. En revanche, les Royal Marines sont soumis — sans aucune exception — à un même entraînement, long et spécifique (visant à garantir l'interopérativité la plus complète) et sont potentiellement destinés aux mêmes missions. Dans ce cas, on a vu que même les cuisiniers, comme les autres soldats, doivent aussi passer trois fois l'an un examen visant à vérifier en permanence leur forme physique [56].

29. L'absence de spécificité qui caractérise la dérogation au principe de l'égalité de traitement énoncé à l'article 12a du GG et dans les dispositions adoptées sur la base de celui-ci paraît être contraire à la jurisprudence de la Cour sous un autre aspect: les discriminations en faveur desquelles est invoquée la réserve formulée à l'article 2, paragraphe 2, doivent être suffisamment transparentes pour permettre à la Commission d'opérer un contrôle efficace [57]. En l'espèce, vu leur caractère général, les dispositions nationales visées par la demande préjudicielle ne permettent pas de déterminer si toutes les unités dans lesquelles les femmes ne peuvent s'engager «correspondent effectivement aux activités spécifiques pour lesquelles, au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, le sexe constitue une condition déterminante» [58]. Il semble, du reste — que l'on nous permette de le relever — que la Commission elle-même a contribué au maintien de la disparité de traitement en question. Au cours de la présente procédure, la Cour lui a adressé par écrit une question précise, destinée à vérifier dans quelle mesure elle avait procédé à un contrôle, tel que prévu à l'article 9, paragraphe 2, de la directive, portant sur les professions et les activités en relation avec lesquelles les divers États membres (y compris la République fédérale d'Allemagne) excluent l'application du principe de l'égalité de traitement en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive [59]. Comme déjà dans le passé [60], la Commission n'a fourni aucune donnée concrète sur ce point.

30. Les considérations développées jusqu'ici nous conduisent à estimer que l'interdiction qui fait l'objet de la présente demande préjudicielle n'entre dans le champ d'application ni de l'article 2, paragraphe 2, ni dans celui de l'article 2, paragraphe 3, de la directive et est donc incompatible avec celle-ci. Pour le cas où la Cour parviendrait à une conclusion opposée, nous estimons toutefois opportun d'ajouter quelques réflexions sur le bien-fondé de la justification invoquée par les autorités allemandes et sur la proportionnalité du

56 — Voir points 6 et 7 de nos conclusions dans l'affaire Sirdar.

57 — Voir arrêt du 30 juin 1988, Commission/France (points 25 et 26); dans le même sens, en substance, arrêt Commission/Allemagne (points 36 et suiv.).

58 — Arrêt du 30 juin 1988, Commission/France (point 27).

59 — Dans l'arrêt Commission/Allemagne (point 38), la Cour a fait explicitement référence à ce pouvoir (et devoir) précis de contrôle de la Commission, gardienne du traité.

60 — Voir arrêt Commission/Allemagne, point 34.

régime adopté par elles. Si la Cour devait juger que la directive ne s'oppose pas à la réglementation nationale en cause, il appartiendrait, en fait, au juge national — dans le cadre de la répartition des compétences prévue par l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) — de vérifier si le refus opposé à M^me^ Kreil peut effectivement être considéré comme justifié et comme conforme au principe de proportionnalité [61]. Il y a un premier point, de nature préliminaire, sur lequel nous voudrions fixer ici notre attention. Les autorités allemandes estiment pouvoir déterminer de manière discrétionnaire quelles dérogations au principe de l'égalité de traitement consacrées par la directive peuvent être introduites pour des motifs socioculturels. Quel est toutefois le fondement d'une telle prétention?

6 — Rôle du pouvoir discrétionnaire dans la détermination des dérogations au principe de l'égalité de traitement

31. Selon le gouvernement allemand, le pouvoir discrétionnaire d'adopter des dérogations dans les termes que nous venons de préciser serait justifié, en l'espèce, par des raisons d'ordre historique expliquant l'« obligation morale de protection des femmes », prévue à l'article 12a du GG. Les autorités allemandes rapprochent ainsi le présent cas de celui examiné par la Cour en matière de limitations à la libre circulation des travailleurs, imposées par des raisons d'ordre public, au sens de l'article 48, paragraphe 3, du traité CE (devenu, après modification, article 39, paragraphe 3, CE). Dans les arrêts Van Duyn [62] et Bouchereau [63], considérant que « [en ce qui concerne l'adoption de mesures d'expulsion visant des ressortissants étrangers] les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre », la Cour a reconnu qu'« il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation... » [64]. Nous ne dirions, toutefois, pas que le même critère peut et doit valoir pour la présente affaire.

32. Dans l'affaire Sirdar, où le Royaume-Uni avait soutenu une thèse semblable à celle défendue aujourd'hui par le gouvernement allemand, nous avons fait observer que la jurisprudence de la Cour n'impose pas au juge national, lorsqu'il contrôle le bien-fondé et la proportionnalité des motifs invoqués en faveur d'une dérogation fondée sur l'article 2, paragraphe 2, de tenir compte d'une « certaine marge d'apprécia-

61 — Voir arrêt Johnston, points 38 et 39.

62 — Arrêt du 4 décembre 1974 (41/74, Rec. p. 1337, points 18 et 19).

63 — Arrêt du 27 octobre 1977 (30/77, Rec. p. 1999, points 33 à 35).

64 — Arrêt Bouchereau, point 34; voir aussi arrêt Van Duyn, point 18.

tion» dont voudrait disposer l'État membre intéressé [65].

7 — Éléments permettant de juger du bien-fondé et de la proportionnalité de la dérogation en question

33. Le gouvernement allemand fait valoir que, manifestement inspirés par le droit humanitaire international, l'article 12a du GG et la réglementation qui met en œuvre cette disposition sont l'unique moyen permettant d'atteindre l'objectif consistant à garantir que les femmes ne soient «en aucun cas» exposées au feu de l'ennemi en qualité de «combattants» (voir point 12). En réalité, comme nous allons le voir immédiatement, on ne peut rattacher ni à la Constitution allemande ni à la convention et au protocole un résultat protecteur qui garantirait que les femmes de nationalité allemande, bien qu'elles ne soient pas admises (sauf exceptions) dans la Bundeswehr, échappent avec certitude à tout risque lié aux attaques de l'ennemi ou à celui d'être déclarées prisonniers de guerre en cas de capture.

34. Comme les autorités allemandes elles-mêmes l'ont déclaré au cours de l'audience devant la Cour, les forces armées fédérales sont dotées, en vertu de l'article 87b du GG, d'une structure administrative propre, de nature civile, forte d'environ 142 000 personnes (pour environ 330 000 soldats), dont les tâches principales consistent à gérer le personnel et à satisfaire directement aux besoins matériels de la Bundeswehr. Parmi les civils affectés à ces tâches figurent, toujours sur la base des données fournies par les autorités allemandes, environ 49 500 femmes. Or, il ne semblerait pas que l'on puisse considérer que le droit humanitaire international permette à *tous* ceux qui appartiennent à cette administration de bénéficier de la protection assurée à la population civile par l'article 51 du protocole. Ce droit humanitaire paraît admettre, en outre, du moins dans certains cas, que les personnes affectées à l'administration soient considérées comme des «prisonniers de guerre» au même titre que les «combattants». En vertu de l'article 50 du protocole et de l'article 4, A, paragraphe 4, de la convention (auquel la première de ces dispositions renvoie), «[n'appartiennent pas à la population civile, c'est-à-dire sont des combattants,] les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils des équipages des avions militaires, correspon-

65 — Voir les points 40 et 41 de nos conclusions dans l'affaire Sirdar, où nous citons l'arrêt Johnston. En relation plus directe avec les raisons historiques sur lesquelles est fondé l'article 12a du GG, nous rappelons que, dans l'arrêt Vogt/Allemagne (arrêt du 26 septembre 1995, série A, n° 323), la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «CEDH») s'est montrée très réticente à partager la position alors exprimée par le gouvernement allemand, selon lequel l'expérience endurée par l'Allemagne durant la période qui a conduit au régime nazi constituait une justification valable d'une mesure manifestement contraire au droit d'expression. S'agissant du licenciement d'un enseignant d'une école secondaire motivé par son manque de loyauté à l'égard de la Constitution démocratique parce qu'il était membre actif du Parti communiste allemand (Deutsche Kommunistische Partei), la CEDH a décidé que pas même l'expérience endurée par l'Allemagne durant la République de Weimar, qui a abouti au «cauchemar du nazisme», ne suffisait à justifier une mesure aussi radicale, dictée par la défense de valeurs fondamentales comme la sécurité nationale et l'ordre public (voir points 49 et suiv.). Dans une perspective semblable à celle de la présente procédure, le gouvernement allemand avait soutenu que la République fédérale d'Allemagne était investie d'une responsabilité spéciale dans la lutte contre toutes les formes d'extrémisme, de droite ou de gauche, et que, pour cette raison et à la lumière de l'expérience de la République de Weimar, tout fonctionnaire est lié par un devoir spécial de loyauté politique, étant donné que l'administration constitue le pilier d'une «démocratie apte à se défendre» (point 54). Il y a lieu de mentionner l'affirmation de la CEDH selon laquelle «le caractère *absolu* de cette obligation [de loyauté politique des fonctionnaires] telle que les juridictions allemandes l'ont interprétée est frappant» (point 59; souligné par nous).

dants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées...». En outre, ces mêmes personnes, si elles sont capturées par l'ennemi, sont considérées comme des «prisonniers de guerre», en vertu de l'article 4 de la convention. À notre avis, donc, le Verwaltungsgericht Hannover devrait vérifier quelles sont concrètement les fonctions auxquelles les femmes sont affectées au titre de l'article 87b du GG, cela afin de s'assurer que, au regard des dispositions citées du droit humanitaire international, leur affectation à des fonctions auxiliaires dans la Bundeswehr est conforme à la ratio de l'article 12a du GG.

35. Il convient aussi de tenir compte de considérations d'ordre pratique: on ne voit pas, en effet, comment garantir que les femmes affectées, en vertu de l'article 87b du GG, au quartier général ou à d'autres postes de commandement — pour y exercer, par exemple, des fonctions de secrétaire — ou à des fonctions auxiliaires dans une quelconque unité de la Bundeswehr, puissent échapper totalement aux risques «réservés» par le droit humanitaire international aux «combattants». On sait que, à l'heure actuelle, grâce aux systèmes d'armes modernes à longue portée, en cas de conflit, les centres névralgiques de la structure de commandement et de contrôle d'une armée figurent précisément parmi les premiers objectifs. Il y a donc un nombre considérable de femmes, au moins 49 500, qui ont été admises dans l'administration de la Bundeswehr et appelées à y exercer une vaste gamme d'activités «non militaires» au côté de soldats (affectés, eux aussi, selon le gouvernement allemand, à des activités administratives), dont il faut penser qu'elles ne sont pas à l'abri d'éventuelles attaques de l'ennemi. Le juge de renvoi devrait donc apprécier le bien-fondé d'une mesure «protectrice» qui, d'une part, n'élimine pas entièrement les risques qu'elle a pour but d'éviter et qui, d'autre part, a pour effet d'écarter les femmes de plus de 300 000 emplois (qui, comme la Commission l'a rappelé, ne subissent pas l'incidence des évolutions négatives de l'économie et du marché et garantissent une formation technico-professionnelle extrêmement utile une fois que les intéressés se dirigent vers des activités à caractère civil)[66]. De ce point de vue, le juge de renvoi devrait, en particulier, s'assurer que les femmes, tout en exerçant des fonctions «civiles» ne sont pas exposées, en réalité, aux mêmes risques que ceux que courent, peut-être aussi seulement en seconde ligne, les soldats eux-mêmes.

36. L'exclusion pratiquement absolue des femmes de la Bundeswehr, motivée simplement par des intentions «protectrices» semble être aussi en contradiction avec une politique d'emploi des femmes paraissant en revanche beaucoup plus ouverte en ce qui concerne d'autres activités com-

66 — Le mélange des fonctions civiles et militaires et la proximité des unes et des autres dans l'administration de la Bundeswehr sont encore accentués par le fait que, comme le gouvernement allemand l'a souligné, les forces armées des autres pays ignorent cette répartition entre fonctions civiles et militaires, la gestion étant confiée presque exclusivement à des militaires. Cela étant, nous nous demandons une fois encore comment on peut s'assurer que les femmes, employées en grand nombre dans les activités d'appui à la Bundeswehr ne souffrent «en aucun cas» des attaques de l'ennemi visant des objectifs comme les bases militaires, les dépôts de matériel de combat et toute l'infrastructure logistique.

portant pourtant des risques considérables. Nous pensons, en particulier, aux pompiers [67] et à la police [68]. La seconde, surtout, tout en ne se caractérisant pas par des risques équivalents à ceux que courent les soldats en cas de guerre, expose toutefois les membres des forces de police à de graves périls quotidiens, y compris des échanges de coup de feu avec des criminels de droit commun ou des terroristes. Quant aux pompiers, le récent arrêt du Bundesverfassungsgericht (voir note 49) juge discriminatoire même l'exclusion des femmes du service obligatoire. À cet égard, au cours de l'audience devant la Cour, le gouvernement allemand s'est borné à faire observer que la différence de traitement entre les personnes employées dans la police et celles employées dans la Bundeswehr est due au fait que seuls les soldats sont des «combattants» au sens du droit humanitaire international. Comme nous l'avons déjà dit, la possession ou non du statut de combattant est un aspect dont la pertinence aux fins de la présente investigation est déjà, en elle-même, susceptible d'être contrôlée par le juge national (voir points 33 à 35). Ce qui est plus important, cependant, c'est que le juge de renvoi vérifie si le traitement radicalement différent appliqué aux femmes par rapport aux hommes dans le secteur des forces armées peut effectivement se justifier sur la base des dangers *précisément* inhérents à cette activité.

37. Enfin, quant aux risques liés à la captivité, c'est-à-dire au statut de «prisonnier de guerre», à la lumière de l'actuel droit humanitaire international — beaucoup plus développé qu'il ne l'était au cours de la période qui a suivi immédiatement la Seconde Guerre mondiale [69] — ils s'avèrent sans conteste moins graves que ceux que couraient les soldats au cours de la période historique rappelée par le gou-

67 — Dans l'arrêt Feuerwehrdienstpflicht (voir note 49), le Bundesverfassungsgericht a jugé inconstitutionnelle l'exclusion — prévue par la réglementation de plus de la moitié des Länder — des femmes du service *obligatoire* dans les unités de pompiers, *parce qu'elle n'est pas justifiée objectivement par la nécessité de protéger les femmes de risques auxquels les hommes, eux, ne sont pas exposés et qu'elle est susceptible de perpétuer une répartition traditionnelle des rôles* (p. 109 à 113). Cet arrêt est particulièrement significatif parce que, tout au long des années 70 et 80, le Bundesverfassungsgericht avait décidé à diverses reprises que l'exclusion des femmes de cette activité (prévue pour tous les hommes adultes physiquement aptes, mais susceptible d'être remplacée par le paiement d'une taxe municipale spéciale, la Feuerwehrgabe, dans l'hypothèse où il y a un nombre de volontaires suffisant pour accomplir les tâches assignées aux unités de pompiers) était objectivement justifiée eu égard aux risques inhérents à celle-ci, même si, dans de nombreux Länder, jusqu'en 1978, les femmes pouvaient s'engager comme volontaires (pour une meilleure compréhension des problèmes examinés par le Bundesverfassungsgericht, voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Schmidt/Allemagne du 18 juillet 1994, série A n° 291-B).

68 — Déjà Zuleeg (ouvr. cité, p. 1020) avait relevé cette contradiction. Que l'on pense aussi, toujours à titre d'exemple, à l'activité d'assistante sociale dans les établissements pénitentiaires pour hommes: dans l'affaire Von Colson et Kamann (arrêt du 10 avril 1984, 14/83, Rec. p. 1891), lorsqu'il a posé à la Cour une série de questions préjudicielles concernant les sanctions prévues par le droit national à l'encontre de l'employeur qui se rend coupable de discriminations fondées sur le sexe, le juge de renvoi allemand n'avait pas de doute quant à la nature discriminatoire du refus par un établissement pénitentiaire d'engager deux assistantes sociales diplômées pour des motifs liés au sexe, refus que l'établissement avait motivé en alléguant «les problèmes et risques liés à l'engagement de candidats féminins pour des institutions de ce genre» (voir points 2 et 3).

69 — Selon Rodley, avant le second conflit mondial, le droit international pour la protection des droits de l'homme n'existait pas (ouvr. cité, p. 1) et celui-ci n'a commencé à se développer, aussi en relation avec les conflits armés, qu'avec les trois conventions de Genève, auxquelles s'est ajoutée au fil des ans toute une série d'instruments internationaux qui ne se sont plus bornés à définir des règles («standard setting»), mais qui contiennent aussi des mécanismes visant à assurer le respect des engagements internationaux pris par les États (le plus connu concerne la procédure approuvée par le Conseil économique et social des Nations unies, dans la résolution n° 1503, du 27 mai 1970, en vertu de laquelle la Commission des droits de l'homme des Nations unies a été investie du pouvoir d'effectuer des investigations ou des études détaillées portant sur de graves violations présumées des droits humains et des libertés fondamentales; voir N. Rodley, ouvr. cité, p. 6, note 18).

vernement allemand, c'est-à-dire celle correspondant au troisième Reich, dont s'est inspiré le législateur constitutionnel allemand de 1956 (voir point 12). Lorsqu'on vérifie la proportionnalité des mesures nationales en question dans la présente procédure, on ne devrait pas omettre, à notre avis, de conférer une certaine importance à l'évolution dans un sens on ne peut plus «protecteur» qu'a connue le droit humanitaire international au cours des cinquante dernières années.

38. Après avoir formulé la conclusion selon laquelle la directive s'oppose à la discrimination faisant l'objet de la présente question préjudicielle, nous avons attiré l'attention sur une série d'éléments que le juge national pourra apprécier, dans l'exercice du contrôle qu'il lui appartient d'effectuer, afin de décider si l'exclusion quasi intégrale des femmes de la Bundeswehr peut effectivement se justifier sur la base de la motivation avancée par les autorités allemandes et si elle est proportionnelle.

VI — Conclusions

39. En conséquence, il conviendrait, à notre avis, de répondre dans les termes suivants à la question préjudicielle déférée par le Verwaltungsgericht Hannover:

«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 des dispositions nationales telles que l'article 1er, paragraphe 2, troisième phrase, du Soldatengesetz, dans sa version du 15 décembre 1995, modifiée en dernier lieu par la loi du 4 décembre 1997, et l'article 3a de la Soldatenlaufbahnverordnung, dans sa version adoptée le 28 janvier 1998, qui interdisent aux femmes de s'engager dans aucune unité 'combattante' des forces armées.»