CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 6 juillet 2000 *

1. La législation communautaire sur l'égalité de traitement s'oppose-t-elle à une réglementation nationale en vertu de laquelle, lorsque le nombre de candidats qualifiés à l'admission au stage pratique destiné aux juristes en formation dépasse le nombre des places disponibles pour un stage donné, la priorité doit être accordée, dans certaines limites temporelles, à ceux qui remplissent les critères, définis en termes généraux, des «cas de rigueur», alors que l'un des exemples donnés — celui de l'accomplissement du service militaire obligatoire — ne peut, en réalité, s'appliquer qu'aux hommes? Telle est, en substance, la question posée dans la présente demande de décision préjudicielle du Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main (Allemagne).

La directive sur l'égalité de traitement

2. La directive 76/207/CEE du Conseil [1] a été adoptée en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne, entre autres, l'accès à la formation professionnelle (article 1er). Selon l'article 2, paragraphe 1, le principe de l'égalité de traitement «implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement soit indirectement». Toutefois, l'article 2, paragraphe 4, prévoit, entre autres exceptions, que la directive «ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes» dans les domaines auxquels elle s'applique.

3. Aux termes de l'article 4 de la directive:

« L'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation, de perfectionnement et de recyclage professionnels, implique que les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement;

* Langue originale: l'anglais.

1 — Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

...

c) l'orientation, la formation, le perfectionnement et le recyclage professionnels... soient accessibles selon les mêmes critères et aux mêmes niveaux sans discrimination fondée sur le sexe.»

4. L'article 6 de la directive dispose:

«Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes.»

Dispositions nationales et leur contexte

5. En Allemagne, la formation aux professions juridiques est approfondie et prolongée. Quoique les modalités puissent varier d'un Land à l'autre, l'organisation générale est la suivante.

6. À l'issue de l'enseignement secondaire, quatre années d'études universitaires de droit sont requises et s'achèvent par le premier examen d'État en droit, qui prend en général un semestre supplémentaire. Si certaines possibilités de carrière, dans des fonctions subordonnées, peuvent s'ouvrir à ce stade, la plupart des futurs juristes doivent alors enchaîner, durant généralement deux ans, une série de stages/d'expériences professionnelles dans diverses fonctions, sous le contrôle du pouvoir judiciaire. Durant cette période, les stagiaires sont rémunérés et acquièrent des droits à pension en qualité de fonctionnaires à titre temporaire. À la fin de cette période, ils passent le deuxième examen d'État en droit qui leur permet, en cas de succès, d'avoir plein accès à l'ensemble des professions juridiques.

7. La présente affaire concerne l'admission au stage juridique préparatoire dans le Land de Hesse. Celle-ci était régie, au moment des faits (mars 1998), par les articles 23 et 24 du Hessisches Juristenausbildungsgesetz (loi du Land Hessen sur la formation des juristes, ci-après «JAG») et par l'article 14a de la Juristenausbildungsanordnung (ci-après "JAO"), un règlement d'application.

8. L'article 23, paragraphe 1, du JAG garantit l'admission au stage juridique préparatoire à toute personne ayant réussi le premier examen d'État. L'article 24, paragraphe 1, prévoit que les stages débutent tous les deux mois à compter du premier jour ouvrable des mois de janvier,

mars, mai, juillet, septembre et novembre d'une année. Le nombre de places disponibles pour chaque stage est limité à 140 en vertu de dispositions distinctes d'ordre budgétaire. L'article 24, paragraphe 2, du JAG, réglemente les situations dans lesquelles le nombre de demandes d'admission dépasse celui des places disponibles; il était ainsi rédigé au moment des faits:

« Si le nombre de demandes d'admission au stage préparatoire parvenues dans les délais concernant une date donnée de recrutement excède le nombre disponible des places réservées à la formation, le recrutement peut être différé d'une période pouvant atteindre 12 mois, sauf si des circonstances exceptionnelles constitutives d'un cas de rigueur militent à l'encontre du report. La sélection des personnes dont le recrutement doit être reporté est opérée par tirage au sort. »

9. Les circonstances constitutives d'un cas de rigueur étaient définies à l'article 14a de la JAO:

« 1) Des circonstances exceptionnelles constitutives d'un cas de rigueur, au sens de l'article 24, paragraphe 2, du JAG, existent dès lors que le report présenterait pour la candidate ou le candidat des inconvénients qui, appréciés au regard d'un critère strict, seraient nettement plus sérieux que ceux habituellement liés à un tel report.

2) Sont notamment considérés comme cas de rigueur:

1. le handicap grave dont la preuve est apportée;

2. des circonstances sociales et familiales particulières, qui doivent être prouvées par des attestations administratives;

3. le temps perdu au début et au cours des études, dont la postulante ou le postulant ne sont pas responsables, occasionné notamment par le commencement d'une formation dite de deuxième chance ou à cause de la participation à des organisations universitaires ou étudiantes de gestion autonome;

4. l'accomplissement d'un service obligatoire au sens de l'article 12a, paragraphe 1 ou 2, du Grundgesetz (Loi fondamentale) ou l'exercice d'une activité d'une durée minimale de deux ans en tant que coopérante ou coopérant au sens du Entwicklungshelfergesetz (loi sur les coopérants)... ou l'exercice d'une activité bénévole dans le domaine social pendant un an au sens du Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres (loi

visant à promouvoir le bénévolat dans le domaine social pendant un an[4]».

10. La mention du service obligatoire vise le service militaire obligatoire (article 12a, paragraphe 1, du Grundgesetz), d'une durée de dix mois, et le service civil obligatoire (article 12a, paragraphe 2, du Grundgesetz), d'une durée de treize mois. Ces deux formes ne s'appliquent qu'aux hommes. Nous y ferons conjointement référence sous le terme de «service national obligatoire».

11. La législation du Land Hessen a, depuis, fait l'objet de modifications, en mai 1998. Depuis lors, en substance, 50 % des places à chaque recrutement sont attribuées en fonction des qualifications et des résultats des demandeurs, 15 % en fonction des cas de rigueur et 35 % en fonction de la période écoulée depuis la première demande. La définition des cas de rigueur est demeurée pratiquement inchangée, bien que l'ordre des exemples aux points 3 et 4 ait été inversé, et qu'il ait été précisé que, si le nombre de personnes invoquant un cas de rigueur dépassait 15 % des places disponibles, les situations relevant de l'exemple visé au point 1 bénéficieraient de la priorité, suivies de celles relevant de l'exemple visé au point 2, et les places éventuellement restantes seraient attribuées par tirage au sort.

Procédure au principal et ordonnance de renvoi

12. M^me^ Schnorbus a réussi le premier examen d'État en droit en octobre 1997, et a demandé son admission au stage juridique préparatoire qui débutait au mois de janvier 1998. Elle faisait partie des 360 candidats à cette date, si bien que l'article 24, paragraphe 2, du JAG, a dû s'appliquer en vue de décider de l'attribution des 140 places disponibles. Après application de la règle des cas de rigueur, les places restantes ont été attribuées par tirage au sort, sans que M^me^ Schnorbus en obtienne une. Elle a de nouveau introduit une demande pour le recrutement de mars 1998, mais de nouveau sans succès, se trouvant en 250^ème^ position après tirage au sort. Elle a finalement obtenu une place pour le stage débutant en mai 1998, à la suite d'un nouveau tirage au sort.

13. Toutefois, dans le même temps, M^me^ Schnorbus avait formé un recours aussi bien administratif que contentieux contre la décision du 11 février 1998 refusant de lui attribuer une place pour le stage débutant au mois de mars.

14. Elle a introduit, d'une part, une procédure de référé devant le Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main tendant à ce qu'elle soit nommée stagiaire à compter du premier jour ouvrable du mois de mars 1998. Cette juridiction a fait droit à sa demande par ordonnance du 23 février 1998, mais celle-ci a été annulée quatre

jours plus tard par le Hessische Verwaltungsgerichtshof (cour administrative du Land de Hesse).

15. Elle a, d'autre part, formé un recours administratif préalable contre la décision de refus, qui a été rejeté le 2 avril 1998 par une lettre indiquant que la procédure en cause ne constituait pas une discrimination directe illégale à l'égard des femmes, et que la règle faisant référence aux personnes ayant accompli un service national obligatoire était fondée sur un critère objectif de différenciation.

16. Elle a alors formé un nouveau recours devant le Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main, tendant à faire constater que le rejet de son recours administratif était illégal et violait ses droits. (Elle s'est désistée d'une demande tendant à l'obtention d'une place de stagiaire lors du recrutement de mai 1998 après qu'une place lui eut été attribuée.) C'est dans le cadre de cette procédure que le Verwaltungsgericht a déféré à la Cour une demande de décision préjudicielle comprenant huit questions qui peuvent être résumées comme suit:

«La préférence donnée aux hommes ayant accomplis un service national obligatoire (condition que les femmes ne peuvent pas remplir) relève-t-elle du champ d'application de la directive 76/207/CEE? (question 1) Dans l'affirmative, engendre-t-elle, directement ou indirectement, une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de cette directive? (questions 2 et 3)

Toute justification au regard de l'article 2, paragraphe 4, de la directive est-elle exclue, soit parce que la préférence est accordée automatiquement aux hommes, sans référence aux circonstances particulières ou à d'autres considérations, allant ainsi au-delà d'une mesure visant à promouvoir l'égalité des chances, (question 4), soit parce que cet article n'autorise que les seules mesures visant à promouvoir l'égalité des chances au profit des femmes? (question 5)

Si tel n'est pas le cas, le fait que le service national obligatoire n'incombe qu'aux hommes doit-il être considéré comme étant constitutif à lui seul d'une inégalité de fait — au détriment des hommes — au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive, ou bien faut-il également prendre en compte les inconvénients susceptibles d'être subis par les femmes en raison de leur sexe dans le monde du travail? (question 6) Ou bien, à titre subsidiaire, la préférence peut-elle être justifiée au regard de l'article 2, paragraphe 4, de la directive au seul motif qu'elle compense des inconvénients auxquels les femmes ne sont pas exposées faute d'effectuer un service national obligatoire? (question 7)

Enfin, l'article 6 de la directive confère-t-il un droit d'accès à la formation lorsque le refus d'autoriser cet accès est fondé sur une

discrimination et qu'il n'existe aucun droit d'indemnisation? (Question 8)»

17. Le Land Hessen (partie défenderesse au principal) a présenté des observations écrites, ainsi que la Commission. M^me^ Schnorbus n'a pas présenté d'observations, mais ses arguments ont été amplement exposés dans l'ordonnance de renvoi rendue par le Verwaltungsgericht, qui semble prêt à les examiner favorablement. Une procédure orale n'a pas eu lieu.

Analyse

Recevabilité

18. Le Land Hessen exprime des doutes quant à la recevabilité de la demande de décision préjudicielle. Il fait valoir que, la législation ayant depuis lors fait l'objet de modifications, toute décision quant à sa compatibilité avec le droit communautaire serait sans incidence sur des cas futurs. Une telle décision serait également sans incidence sur l'issue de la procédure au principal: puisque M^me^ Schnorbus a obtenu le 250^e^ rang au tirage au sort, elle n'aurait pas pu être admise même en l'absence de candidat prioritaire; de surcroît, son action en constatation est irrecevable pour défaut d'intérêt.

19. Il est vrai que rien de très substantiel ne semble dépendre de l'interprétation du droit communautaire dans la présente affaire. Il est également vrai que le Verwaltungsgericht précise expressément dans son ordonnance de renvoi qu'un des motifs l'ayant conduit à déférer une demande préjudicielle réside dans le fait que les questions à résoudre présentent aussi une importance pour de futures affaires relatives à d'autres dispositions légales, indépendamment du litige à trancher dans l'affaire au principal, ce qui implique que son intérêt est, dans une certaine mesure, hypothétique.

20. Toutefois, nous ne sommes pas d'avis qu'il existe de raison sérieuse s'opposant à la recevabilité de la demande.

21. À cet égard, la modification de la législation est dépourvue de pertinence. Dans son arrêt Pierrel e.a. [2], la Cour a jugé que l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) «donne compétence à la Cour pour interpréter le droit communautaire et que, dès lors, les changements intervenus dans la législation nationale postérieurement au renvoi ne sauraient influencer cette interprétation». La présente situation n'est pas différente en substance (bien que la modification législative soit intervenue *antérieurement* à l'ordonnance de renvoi), dans la mesure où le juge national est tenu d'appliquer le droit interne dans son état antérieur à la modification, et qu'il a demandé une interprétation du droit communautaire dans ce

2 — Arrêt du 7 décembre 1993 (C-83/92, Rec. p. I-6419, point 32).

contexte-là. De fait, puisque les questions portent précisément sur le critère de l'accomplissement du service national obligatoire, et que ce critère demeure dans la législation modifiée, quoique avec des conséquences plus limitées, la modification ne remet pas en cause l'incidence initiale.

22. Au reste, le Verwaltungsgericht a clairement exposé que la seule demande de M^me^ Schnorbus encore en instance était celle tendant à faire constater que la décision statuant sur son recours administratif était illégale et constituait une violation de ses droits. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la recevabilité de cette demande — qu'elle doit être en mesure de présenter en vertu de l'article 6 de la directive [3] — et la plupart des questions posées n'apparaissent pas comme étant dépourvues d'incidence à l'égard de la décision devant être rendue sur cette demande. Même la huitième question de la juridiction de renvoi, quoique ne semblant peut-être pas d'emblée pertinente au regard de la question à trancher, pourrait s'avérer nécessaire pour des raisons d'ordre procédural liées à une action ultérieure en indemnisation devant les juridictions civiles.

L'arrêt Kreil

23. Le 11 janvier 2000, soit après la clôture de la procédure écrite dans la présente affaire, la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire Kreil [4], qui pourrait apparaître comme revêtant une certaine importance ici. Toutefois, un examen plus approfondi révèle rapidement qu'il ne s'agit là que d'une apparence.

24. La question qui se posait dans l'affaire Kreil était celle de savoir si la directive 76/207 s'opposait à l'application de dispositions nationales, telles celles du droit allemand, qui excluent les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire; la réponse de la Cour à cette question a été affirmative.

25. Toutefois, l'arrêt concernait non pas l'obligation faite aux seuls hommes d'accomplir un service militaire ou civil, qui revêt une importance dans la présente affaire, mais plutôt le refus général de permettre aux femmes d'occuper volontairement des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes. Ainsi, la discrimination jugée existante se distinguait donc radicalement d'une éventuelle discrimination susceptible d'exister dans la présente affaire.

3 — Dont la Cour a souligné l'importance dans une série d'affaires débutant avec l'arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann/Land Nordrhein-Westfalen (14/83, Rec. p. 1891) et s'étendant jusqu'à l'arrêt du 22 septembre 1998, Coote (C-185/97, Rec. p. I-5199).

4 — C-285/98.

Les questions soulevées par la présente affaire

— Les dispositions attaquées relèvent-elles du champ d'application de la directive 76/207?

26. La juridiction de renvoi considère que la directive 76/207 est applicable au système de priorités prévu dans la législation attaquée, puisqu'elles affectent le moment de l'admission au stage juridique préparatoire sans pour autant affecter le droit à l'accès au stage lui-même. Le Land Hessen considère, au contraire, qu'elle n'est pas applicable: les règles en cause n'affectent pas le droit de quiconque à l'accès au stage juridique préparatoire, mais se bornent à réglementer la durée de la période éventuelle d'attente. Toutefois, la Commission estime que l'«égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi» ne soulève pas seulement la question du «si», mais aussi celle du «quand»; toute attente imposée à une personne pour l'accès à une formation professionnelle — et donc à l'activité professionnelle consécutive — est susceptible de constituer un inconvénient discriminatoire par rapport à ceux qui n'ont pas à attendre et, lorsque sa durée est excessive, elle peut même équivaloir à un refus d'accès. Il est important de garantir que les dispositions de la directive ne soient pas contournées.

27. Nous partageons l'opinion de la juridiction de renvoi et de la Commission. Il est évident qu'un candidat admis immédiatement à un stage professionnel rémunéré est traité plus favorablement que celui qui doit attendre, même si cette attente ne dépasse pas douze mois. La différence de traitement à ce niveau entraîne non seulement certaines difficultés financières passagères, mais aura également des répercussions sur le déroulement de la carrière pendant un certain temps. De plus, tout retard à ce niveau des études de droit peut s'avérer sensiblement perturbateur, en portant atteinte à l'acquisition continue et à l'entretien actif des connaissances, en particulier s'il se prolonge durant une pleine période de douze mois. Lorsqu'une insuffisance de ressources rend nécessaire l'adoption de règles destinées à déterminer quels candidats sont admis immédiatement et lesquels sont tenus d'attendre, la directive 76/207 — en particulier son article 4 — s'applique sans autre restriction à ces règles, qui doivent donc éviter toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe.

— La règle en question

28. Certaines des observations soumises à la Cour par le Land Hessen ainsi que par la Commission insistent sur le fait que les dispositions contestées du JAG et de la JAO octroient la priorité dans les cas de rigueur en général, et que l'accomplissement d'un service national obligatoire ne constitue qu'un exemple parmi d'autres cités dans une liste non exhaustive de tels cas. Ils relèvent que d'autres cas, qu'ils soient ou non mentionnés dans le texte, sont susceptibles de s'appliquer indifféremment aux femmes et tirent de ce fait des conclusions quant à la nature discriminatoire ou non de ces dispositions.

29. Nous considérons que cette approche est erronée. Les questions posées par la juridiction de renvoi concernent précisément et expressément la légalité, au regard de la directive, de la priorité accordée à ceux ayant accomplis un service national obligatoire. Dès lors, il convient de rechercher si une inégalité de traitement résultant éventuellement de la priorité accordée dans ces circonstances constitue une discrimination illégale, ou si elle est peut être justifiée [5]. Le fait que la priorité peut être accordée dans d'autres circonstances, sans donner lieu à une discrimination prohibée, est sans incidence à cet égard. Par contre, si, par exemple, une obligation de nature comparable était imposée aux femmes sans que cette même priorité leur soit accordée, cela aurait une incidence. Toutefois, ce n'est pas ce que fait valoir M^me^ Schnorbus au soutien de sa demande et l'ordonnance de renvoi rendue par la juridiction allemande ne comprend aucune indication en ce sens non plus. Nous limiterons donc notre analyse à la règle particulière en question accordant la priorité à ceux qui ont accompli un service national obligatoire.

— Discrimination directe et indirecte fondée sur le sexe: considérations d'ordre général et justifications possibles

30. Il n'est pas toujours nécessaire de distinguer entre la discrimination directe et la discrimination indirecte fondée sur le sexe. L'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE), par exemple, n'opère aucune distinction, pas plus que la directive sur l'égalité des rémunérations [6]. De fait, la combinaison des termes utilisés par la directive 76/207 («absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement») semble plus destinée à couvrir tous les cas de figure qu'à poser deux catégories distinctes de discrimination.

31. Cependant, comme nous le verrons, la distinction peut avoir une incidence sur la question des justifications possibles.

32. Une définition légale de la discrimination indirecte, qui tient compte de la majeure partie des développements jurisprudentiels depuis que la Cour a posé le principe de la distinction, est fournie à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE [7]: «une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse

5 — Il faut surmonter à cet égard une difficulté terminologique: la «discrimination» n'implique, dans un certain sens, rien de plus que la reconnaissance de différences. Toutefois, elle a été définie en droit communautaire comme consistant «dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes» (voir, par exemple, arrêt de la Cour du 27 octobre 1998, Boyle e.a., C-411/96, Rec. p. I-6401, point 39). Le point de savoir si une discrimination, au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, peut être «justifiée», ce que nous examinerons ci-après, peut prêter à nouveau à confusion.

6 — Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45, p. 19).

7 — Directive du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO L 14, p. 6). Voir également son 19^e^ considérant. Cette directive s'applique aux situations relevant, entre autres, de la directive 76/207, mais le délai fixé pour sa transposition n'expirera que le 1^er^ janvier 2001.

être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés».

33. La situation peut être exprimée simplement en disant qu'il y a discrimination fondée sur le sexe, lorsque les personnes d'un sexe sont traitées plus favorablement que celles de l'autre. La discrimination est directe, lorsque l'inégalité de traitement est fondée sur un critère qui est soit explicitement celui du sexe soit nécessairement lié à une caractéristique indissociable du sexe. Elle est indirecte, lorsqu'un autre critère s'applique, mais que celui-ci affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, plutôt que de l'autre.

34. Une inégalité de traitement peut être «justifiée» de deux manières. D'une part, selon la jurisprudence de la Cour, une inégalité de traitement «justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe» [8] ne constitue pas une discrimination illégale. D'autre part, certaines dispositions visant à interdire toute discrimination précisent qu'elles ne font pas obstacle à des mesures jugées nécessaires ou d'intérêt général [9]. Il existe, en particulier, la clause d'exception de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207, sur laquelle portent les quatrième à septième questions de la juridiction de renvoi, et qui exempte les «mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes» — en d'autres termes, toute «action affirmative» ou «positive».

35. Les deux types de justifications sont de nature différente. La première porte sur la définition même de la discrimination illégale; si elle est acquise, il n'y a pas discrimination et aucune vérification supplémentaire ne s'impose. La dernière constitue un «moyen en défense» éventuel à examiner après avoir établi l'existence d'une telle discrimination. De surcroît, la première ne semble s'appliquer qu'à la seule discrimination indirecte, puisque, lorsqu'il y a discrimination directe, le critère est, par définition, nécessairement lié au sexe, tandis que la dernière paraît pouvoir s'appliquer à chacune des deux catégories.

— La règle en question engendre-t-elle une discrimination directe fondée sur le sexe?

36. Le Verwaltungsgericht est d'avis qu'il y a une discrimination directe fondée sur le sexe, parce que la règle en question favorise une catégorie qui ne peut comprendre que des hommes. Le Land Hessen ainsi que la Commission estiment, quant à eux, que ce n'est pas le cas, en insistant, en substance, sur les différentes catégories mentionnées à

8 — Voir, par exemple, arrêt de la Cour du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez (C-167/97, Rec. p. I-623, points 60 et 65).

9 — Voir, par exemple, articles 4, paragraphe 2, et 7 de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO L 6, p. 24) ou (désormais) article 141, paragraphe 4, CE; voir aussi directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (JO L 348, p. 1).

l'article 14a, point 2, de la JAO, qui sont susceptibles de comprendre des femmes.

37. Pour notre part, nous considérons qu'il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe — quoique, comme exposé ci-dessus, pour des raisons différentes de celles avancées par le Land Hessen et la Commission, puisque seule la priorité accordée à ceux ayant accomplis un service national obligatoire est ici en question.

38. Il est vrai que, en l'état actuel du droit allemand, les femmes ne peuvent pas bénéficier d'une priorité en vertu de la règle contestée, tandis que la majorité écrasante des hommes le peut, du fait même que le critère utilisé — l'accomplissement du service national obligatoire — a trait à une obligation imposée par la loi à tous les hommes, et aux seuls hommes.

39. Cela pourrait être comparé à la situation concernant la grossesse. En effet, la Cour a jugé dans une série d'affaires débutant par l'affaire Dekker [10], que, puisqu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être oppposé qu'aux femmes, un tel refus constituait une discrimination directe fondée sur le sexe.

40. Toutefois, il faut opérer une distinction entre un critère fondé sur une obligation imposée par la loi à un seul sexe et un critère fondé sur une caractéristique physique inhérente à un seul sexe. Aucune loi n'est capable de permettre aux hommes de donner naissance à des enfants, tandis que le législateur peut aisément mettre un terme à toute discrimination entre hommes et femmes au sujet du service national obligatoire.

41. Dans la présente affaire, il s'ensuit qu'il n'y a pas de discrimination directe parce que la règle en question distingue entre ceux ayant et ceux n'ayant pas accompli un service national obligatoire en vertu d'une obligation légale, et non entre hommes et femmes en tant que tels.

— La règle en question engendre-t-elle à une discrimination indirecte fondée sur le sexe?

42. La juridiction de renvoi considère qu'il y a, en tout état de cause, une discrimination indirecte, en se fondant sur des chiffres fournis par le Land Hessen: sur les 394 candidats à l'admission au stage débutant

10 — Arrêt du 8 novembre 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 12); voir aussi arrêts de la Cour du 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979, point 13); du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657, point 15); du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567, point 19) et du 3 février 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549, point 20).

en mars 1998, 157 étaient des hommes et 237 des femmes; sur les 140 candidats admis, 94 étaient des hommes et 46 des femmes; 107 de ces 140 candidats ont été admis au bénéfice d'un cas de rigueur — 84 hommes (dont 67 avaient accomplis le service national obligatoire) et 23 femmes. Ainsi, une proportion considérablement plus élevée de femmes que d'hommes a été défavorisée, sans que cette inégalité résulte d'un critère objectif étranger à celui du sexe. Le Land Hessen lui-même ne s'explique pas précisément à ce sujet dans ses observations à la Cour, mais il conteste la pertinence d'une seule série de chiffres; à la différence de la situation du mois de mars 1998, par exemple, le pourcentage des femmes admises était de 51,2 % pour le stage débutant en juillet 1997, et de 50,9 % lors de celui de septembre 1997. La Commission partage l'opinion du Verwaltungsgericht sur ce point en se fondant sur les chiffres figurant dans l'ordonnance de renvoi, mais souligne que la juridiction de renvoi doit procéder aux constatations nécessaires de fait. Elle fait référence à la jurisprudence de la Cour suivant laquelle il y a discrimination indirecte lorsqu'une règle affecte «un pourcentage considérablement plus faible», «un nombre beaucoup plus élevé» ou «un pourcentage considérablement plus élevé» de personnes d'un sexe plutôt que de l'autre [11].

43. Ici aussi, nous estimons que la bonne approche n'est pas d'examiner les chiffres globaux. Le chiffre à examiner est celui du nombre de demandeurs ayant obtenu une place de stage par application de la règle en question — c'est-à-dire motif pris de l'accomplissement du service national obligatoire.

44. À cet égard, la jurisprudence de la Cour insiste sur le fait qu'il doit y avoir une différence «considérable» en pourcentage pour pouvoir établir l'existence d'une discrimination indirecte [12]. Concernant le critère de l'accomplissement du service national obligatoire, la différence est à l'évidence «considérable»; 100 % de ceux qui le remplissent sont nécessairement des hommes, 0 % des femmes.

45. Sous cet angle, nous n'éprouvons aucune difficulté à conclure que la règle en question engendre, à première vue, une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

46. Si l'on décidait toutefois d'examiner les statistiques globales — ce qui impliquerait d'évaluer le régime des cas de rigueur dans son ensemble, au lieu d'évaluer la seule règle en question —, il serait déraisonnable de ne fonder une conclusion que sur les données brutes du mois de mars 1998. Comme le suggère la Commission, la juridiction de renvoi devrait procéder à d'autres recherches avant de pouvoir tirer

11 — Voir arrêts de la Cour du 31 mars 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911, point 13); du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607, point 29); du 6 février 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243, point 28), et du 7 mars 1996, Freers et Speckmann (C-278/93, Rec. p. I-1165, point 22).

12 — Voir, par exemple, dans l'arrêt Seymour-Smith et Perez, précité (note 8), aux points 63 et 64, la Cour ne juge pas «considérable» la différence existant entre 77,4 % des hommes et 68,9 % des femmes.

de justes conclusions; d'autres recrutements devraient alors être examinés. Toutefois, nous ne considérons pas que les autres chiffres communiqués par le Land Hessen établissent quoi que ce soit. Si, comme cela semble être le cas, les sessions principales du premier examen d'État se tiennent une à deux fois par an, mais que des admissions au stage préparatoire ont lieu tous les deux mois, et si la discrimination existe de la façon alléguée, on s'attendrait à trouver un pourcentage plus élevé d'hommes lors des admissions suivant immédiatement chaque session, et un pourcentage plus élevé de femmes lors des admissions précédant la session suivante. Or, si nous écartons le nombre d'hommes ayant bénéficié d'une priorité en vertu du seul critère de l'accomplissement du service national obligatoire, il apparaît que 27 hommes se sont vu attribuer une place en mars 1998 (dont 17 en application du régime des cas de rigueur), contre 46 femmes (dont 23 au titre du régime des cas de rigueur). Ainsi, ces chiffres ne semblent pas faire apparaître une quelconque discrimination autre que celle liée à la règle en question, pour laquelle la conclusion est inévitable.

— La règle en question est-elle «justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe»?

47. La formule habituelle de la Cour peut paraître un truisme. Affirmer qu'il n'y a pas de discrimination fondée sur le sexe dès lors qu'une inégalité de traitement est justifiée par des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe paraît une évidence. Cependant, conformément à la définition donnée par la directive 97/80 [13], nous la comprenons comme signifiant qu'une discrimination (indirecte) n'est pas illégale, lorsque l'inégalité de traitement est justifiée par des facteurs objectifs qui ne sont pas eux-mêmes (c'est-à-dire, directement) liés au sexe.

48. Il est peut-être utile de souligner ici que le régime des cas de rigueur en général n'a pas pour effet d'infliger une inégalité de traitement à un ensemble de personnes qui bénéficieraient sinon de conditions identiques. L'inégalité de traitement résulte de la nécessité de limiter le nombre des candidats obtenant une place à chaque stage. Lorsque le nombre de candidats qualifiés ne dépasse pas le nombre des places disponibles, tous les candidats sont traités de la même manière. Lorsque le nombre des places disponibles est insuffisant par rapport au nombre des candidats qualifiés, certains d'entre eux doivent être traités moins favorablement que d'autres. Le régime des cas de rigueur prévoit certaines priorités fondées sur le principe clair d'une répartition aussi équitable que possible des inévitables inconvénients, en traitant plus favorablement — à ce stade précis — ceux qui ont déjà subi un certain inconvénient, et moins favorablement ceux qui ne l'ont pas. Il est également utile de rappeler que la priorité accordée n'a d'effet que sur le moment de l'attribution d'une place, et cela uniquement dans des limites temporelles définies.

13 — Voir ci-dessus, point 32.

49. Concernant le critère de l'accomplissement du service national obligatoire, il existe une justification fondée sur des facteurs objectifs qui — comme le critère lui-même — ne sont pas directement liés au sexe. La règle en question est destinée à compenser (ou, peut-être, plutôt à éviter d'aggraver) un retard d'un an environ pris avant le début des études de droit. Cet inconvénient est défini objectivement et ne concerne que les personnes d'un seul sexe parce que la loi (pour le moment) ne l'impose qu'aux personnes d'un seul sexe. Ainsi, les mesures visant à atténuer ses effets ne répondent pas à la définition de la discrimination illégale — à moins que les personnes de l'autre sexe ne subissent un autre inconvénient comparable à l'égard duquel aucune mesure équivalente n'a été prise (et, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, une telle question ne se pose pas dans la présente affaire) ou que de telles mesures n'aillent au-delà de ce qui est nécessaire pour compenser cet inconvénient (or, la règle en question n'est pas susceptible d'octroyer un avantage supérieur à douze mois, ce qui correspond au retard subi du fait de l'accomplissement du service national obligatoire).

— La règle en question peut-elle être justifiée au regard de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 (action positive)?

50. Nous n'ignorons pas que le souci de ne pas compenser au détriment des femmes le retard pris par la carrière des hommes du fait de l'accomplissement du service national obligatoire, dans la mesure où les femmes subissent ultérieurement des retards plus longs encore du fait de la maternité, sous-tend les sixième et septième questions de la juridiction de renvoi. Toutefois, la règle en question se rapporte à des inconvénients déjà subis et objectivement déterminables, et non sur des inconvénients futurs, statistiquement probables, quoique incertains.

51. Cela ne revient pas à dire que des mesures appropriées prises en vue de compenser les retards subis du fait de la maternité seraient constitutives d'une discrimination illégale. Ce ne serait évidemment pas le cas — elles seraient autorisées par l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 et, désormais, par l'article 141, paragraphe 4, CE. Cependant, le fait que ces mesures seraient légales — et indiquées — si elles étaient prises, n'implique pas que leur absence puisse rendre illégales d'autres mesures prises en vue de compenser les effets d'autres retards, définis objectivement.

52. Nous estimons que la règle en question ne conduit à aucune discrimination illégale parce que l'inégalité de traitement est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers qui ne sont pas directement liés au sexe. Nous considérons en conséquence qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'article 2, paragraphe 4. Toutefois, tout examen

d'éventuelles justifications au regard de cette disposition [14] aurait à tenir compte, dans une large mesure, de considérations identiques à celles exposées ci-dessus au sujet d'une justification objective.

53. En tout état de cause, il semble être clair que la juridiction de renvoi fait erreur, lorsqu'elle suggère que l'article 2, paragraphe 4, ne s'applique qu'aux seules mesures prises au profit des femmes. C'est à juste titre que la Commission souligne que la directive est applicable à l'égalité de traitement au bénéfice des hommes comme à celui des femmes, et que la référence aux «inégalités de fait qui affectent les chances des femmes» ne constitue qu'un simple exemple. Le fait que seules les femmes sont citées dans cet exemple est sans aucun doute à imputer à la circonstance que la plupart des discriminations existantes fondées sur le sexe, qu'elles soient directes ou indirectes, sont, de notoriété publique, à leur détriment.

— L'article 6 de la directive 76/207 peut-il conférer un droit d'accès à la formation en l'absence de droit d'indemnisation?

54. À la lumière de notre conclusion au sujet de la question de la discrimination, nous considérons que la dernière question posée par la juridiction de renvoi ne nécessite aucune réponse.

55. Si, toutefois, la Cour devait apporter une réponse, il semblerait juste d'insister sur la jurisprudence clairement exprimée suivant laquelle toute personne a droit à un recours effectif contre les actes portant atteinte au principe d'égalité de traitement [15]. Conformément aux explications données par la Cour dans son arrêt Marshall II [16] au sujet du sens et de la portée de l'article 6 de la directive, des mesures doivent exister en vue de rétablir l'égalité, lorsque celle-ci n'a pas été respectée; dans la présente affaire, de telles mesures impliqueraient soit de garantir un accès non-discriminatoire au stage soit, si cela n'est pas possible, d'octroyer une réparation pécuniaire adéquate, en ce sens qu'elle permette de compenser intégralement les préjudices effectivement subis du fait de la discrimination illégale, selon les règles nationales applicables.

14 — Ou, s'il avait été applicable ratione temporis, de l'article 141, paragraphe 4, CE.

15 — Voir, par exemple, l'arrêt Coote, précité à la note 3, point 22.

16 — Arrêt du 2 août 1993 (C-271/91, Rec. p. I-4367, points 17 à 26, et plus particulièrement points 24 à 26).

Conclusion

56. En conclusion, nous suggérons à la Cour de répondre aux questions déférées par le Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main dans les termes suivants:

«Les lois, règlements et dispositions administratives d'un État membre réglementant l'ordre de priorité d'admission à une formation professionnelle relèvent du champ d'application 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, et doivent être conformes au principe d'égalité de traitement édicté par cette directive.

Une réglementation accordant la priorité d'accès à une formation professionnelle à toutes les personnes ayant satisfait à une obligation légale imposée aux personnes d'un seul sexe n'engendre pas de discrimination directement fondée sur le sexe, mais peut engendrer une discrimination indirectement fondée sur le sexe.

Une telle réglementation est néanmoins justifiée par des facteurs objectifs et qui ne sont pas directement liés au sexe, lorsqu'elle se borne à compenser un retard déjà subi du fait du respect de l'obligation légale en question, et lorsque les personnes de l'autre sexe ne sont pas sujettes à un quelconque retard de nature comparable ne donnant lieu à aucune compensation équivalente; dans ces conditions, l'inégalité de traitement n'engendre pas de discrimination illégale.»