NATIONS
UNIES

CCPR

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Distr.
RESTREINTE*

CCPR/C/87/D/1403/2005
10 août 2006

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME
Quatre-vingt-septième session
10-28 juillet 2006

DÉCISION

Communication n° 1403/2005

Présentée par:	M. Erich Gilberg (non représenté par un conseil)
Au nom de:	L'auteur
État partie:	Allemagne
Date de la communication:	11 février 2005 (date de la lettre initiale)
Références:	Décision du Rapporteur spécial prise en application de l'article 97 du Règlement intérieur, communiquée à l'État partie le 6 juin 2005 (non publiée sous forme de document)
Date d'adoption de la décision:	25 juillet 2006

* Décision rendue publique sur décision du Comité des droits de l'homme.

GE.06-43699 (F) 210806 301106

Objet: Refus d'engagement comme fonctionnaire en raison de l'âge

Questions de fond: Égalité devant la loi et protection égale de la loi − Longueur de la procédure judiciaire − Égalité d'accès à la fonction publique

Questions de procédure: Réserve *ratione temporis* formulée par l'État partie − Justification des allégations − Épuisement des recours internes

Articles du Pacte: 2 (par. 1), 14, 25 c) et 26

Articles du Protocole facultatif: 2 et 5 (par. 2 b))

[ANNEXE]

ANNEXE

DÉCISION DU COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME EN VERTU DU PROTOCOLE FACULTATIF SE RAPPORTANT AU PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES

Quatre-vingt-septième session

concernant la

Communication n° 1403/2005*

Présentée par: M. Erich Gilberg (non représenté par un conseil)

Au nom de: L'auteur

État partie: Allemagne

Date de la communication: 11 février 2005 (date de la lettre initiale)

Le Comité des droits de l'homme, institué en vertu de l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

Réuni le 25 juillet 2006,

Adopte ce qui suit:

Décision concernant la recevabilité

1. L'auteur de la communication est M. Erich Gilberg, de nationalité allemande, né le 28 juin 1937. Il se déclare victime de violations par l'Allemagne[1] des articles 2, 14, 25 c) et 26 du Pacte. Il n'est pas représenté par un conseil. Le Pacte et le Protocole facultatif sont entrés en vigueur pour l'Allemagne le 23 mars 1976 et le 25 novembre 1993 respectivement.

---

* Les membres du Comité dont le nom suit ont participé à l'examen de la communication: M. Abdelfattah Amor, M. Nisuke Ando, M. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, M. Maurice Glèlè Ahanhanzo, M. Edwin Johnson, M. Walter Kälin, M. Ahmed Tawfik Khalil, M. Rajsoomer Lallah, Mme Elisabeth Palm, M. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, M. Ivan Shearer et M. Hipólito Solari-Yrigoyen.

[1] En ratifiant le Protocole facultatif, l'État partie a émis la réserve suivante: «La République fédérale d'Allemagne formule, à l'égard du paragraphe 2 a) de l'article 5, une réserve aux termes de laquelle le Comité n'aura pas compétence pour les communications

a) qui ont déjà été examinées par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement,

b) dénonçant une violation des droits qui a son origine dans des événements antérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour la République fédérale d'Allemagne,

c) dénonçant une violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans la mesure où la violation dénoncée se réfère à des droits autres que ceux garantis dans le Pacte susmentionné.».

Exposé des faits

2.1 Le 25 juillet 1963, l'auteur a obtenu un diplôme universitaire en physique. Du 1er octobre 1963 au 30 juin 1969, il a été employé comme assistant de recherche à l'Université de Munich en qualité d'employé public. Le 23 avril 1969, il a obtenu un doctorat en sciences naturelles. Du 1er juillet 1969 au 31 août 1981, il a occupé un poste d'assistant de recherche avec un statut temporaire de fonctionnaire (*Beamter auf Zeit*).

2.2 Pendant ces périodes, l'auteur était uniquement affilié au régime de retraite obligatoire. En raison du caractère temporaire de son emploi, il n'était couvert ni par le régime complémentaire de retraite des employés publics, ni par le régime de retraite des fonctionnaires.

2.3 Du 1er avril 1982 au 31 octobre 1985, l'auteur a travaillé au Laboratoire européen de biologie moléculaire de Heidelberg. Entre le 1er novembre 1985 et le 30 septembre 1990, il a travaillé pour un fabricant privé d'appareils d'optique. Le 8 juin 1988, il a reçu le titre de *doctor habilitatus* de l'Université de Munich. Entre le 1er novembre 1990 et le 28 février 1991, il a travaillé dans une société d'optique à Cervino (Italie).

2.4 Le 2 mai 1990, l'auteur a présenté sa candidature à un poste de professeur d'optique technique à l'Université des sciences appliquées (*Fachhochschule*) de Francfort-sur-le-Main. Le 7 septembre 1990, le Ministère des sciences et des arts de Hesse (ci-après «le Ministère») a offert de le nommer à ce poste en tant qu'employé public, affirmant qu'aucune nomination en tant que fonctionnaire n'était possible après son cinquantième anniversaire. L'auteur a accepté cette offre le 13 septembre 1990 et le 1er mars 1991, il a pris ses fonctions en tant que professeur. Son contrat prévoyait qu'il était couvert par le régime de retraite complémentaire, même si les employés publics engagés comme professeurs étaient normalement exclus de ce régime. Le 27 novembre 1991, il a demandé le statut de fonctionnaire, faisant valoir que son traitement net était très inférieur à celui d'un fonctionnaire et que la limite d'âge de 50 ans invoquée par le Ministère n'était pas prévue par la loi. Il a ensuite réitéré sa demande en invoquant un cas comparable, celui de M. L., appartenant au même groupe d'âge que l'auteur et ne détenant, à la différence de celui-ci, qu'un diplôme universitaire, qui avait été nommé professeur à l'Université des sciences appliquées de Francfort avec le statut de fonctionnaire. Le Ministère a rejeté ces demandes par décision administrative le 11 mai 1993 et, après réexamen, le 6 septembre 1993.

2.5 Le 11 octobre 1993, l'auteur a saisi le tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main, qui a déféré sa plainte au tribunal administratif de Wiesbaden. L'auteur a fait valoir que les décisions contestées manquaient de base légale et n'indiquaient pas si le Ministère avait dûment examiné son admissibilité à un poste de fonctionnaire. Dans l'offre d'emploi qu'il lui avait présentée le 7 septembre 1990, le Ministère l'avait induit en erreur en lui disant qu'il ne pouvait être nommé fonctionnaire après l'âge de 50 ans, ce qui l'avait privé de la possibilité de conditionner son acceptation à ce type d'engagement.

2.6 Le 11 avril 1994, dans son mémoire en défense, le Ministère a plaidé que l'article 48 du règlement budgétaire de l'État de Hesse autorisait le Ministère des finances de Hesse à fixer des limites d'âge pour les nominations à des postes de fonctionnaire. En vertu de l'article 48, les conditions d'accès de différents groupes d'âge à de tels postes avaient été définies dans une circulaire administrative de la manière suivante: la nomination de candidats de 50 à 54 ans exigeait l'existence d'un besoin spécial du service public, alors que celle des candidats âgés de

55 à 59 ans et, dans des cas exceptionnels, de professeurs d'université de 60 ans et plus, exigeait l'existence d'un besoin urgent du service public. Les candidats de 60 ans et plus autres que les professeurs d'université n'étaient pas admissibles à des postes de fonctionnaire. Il existe un besoin spécial du service public si la nomination à un poste de fonctionnaire est «indiquée d'urgence»; il existe un besoin urgent du service public si aucun candidat de compétence égale n'est disponible et si le recrutement ou le maintien dans l'emploi du candidat ne peut être garanti que s'il est nommé à un poste de fonctionnaire. Dans le cas des candidats qui sont déjà employés par l'État de Hesse en tant qu'employés publics, il doit être établi qu'ils quitteraient la fonction publique s'ils n'étaient pas nommés fonctionnaires. Le Ministère a fait valoir qu'au moment de sa nomination, l'auteur avait déjà dépassé l'âge limite de 50 ans et qu'il n'existait pas de besoin spécial du service public qui justifiait de le nommer fonctionnaire, et encore moins de besoin urgent du service public après son cinquantième anniversaire, le 28 juin 1992. La situation de l'auteur devait être distinguée de celle de M. L., qui, après avoir accepté de façon générale une offre semblable de nomination en tant qu'employé public, et ce, bien avant la date de sa nomination effective, avait demandé que sa candidature au statut de fonctionnaire soit examinée. Le Ministère avait accédé à sa demande parce que M. L. était le seul candidat qui avait été recommandé par le Conseil de faculté et afin d'assurer la continuité de l'enseignement pendant l'hiver 1992/93.

2.7 Le 20 mars 1995, le tribunal administratif de Wiesbaden a infirmé les décisions contestées, les jugeant insuffisamment motivées, et a renvoyé l'affaire au Ministère des sciences et des arts de Hesse, à qui il a enjoint de faire plein usage de son pouvoir discrétionnaire en appliquant les critères de la circulaire administrative concernant la nomination des candidats de 50 à 54 ans à des postes de fonctionnaire.

2.8 Le 14 août 1995, le Ministère a fait appel du jugement devant le tribunal administratif supérieur de Kassel, arguant qu'il n'existait pas de besoin spécial du service public justifiant la nomination de l'auteur à un poste de fonctionnaire, et que ce critère devait être appliqué avec rigueur afin d'atténuer l'augmentation massive des dépenses de l'État de Hesse au titre des retraites.

2.9 Le 13 juillet 1999, le tribunal administratif supérieur a annulé la décision du tribunal administratif. Invoquant la jurisprudence du tribunal administratif fédéral, le tribunal supérieur a jugé que même en l'absence de prescription législative, l'État avait compétence pour fixer des limites d'âge pour la nomination de fonctionnaires afin de veiller à ce qu'un équilibre adéquat soit établi entre le nombre d'années d'emploi et la charge financière du régime de retraite. Le Ministère des sciences et des arts avait suffisamment justifié sa décision du 6 septembre 1993 en précisant que le Ministère des finances avait refusé d'approuver la nomination de l'auteur à un poste de fonctionnaire. Le refus était conforme aux directives administratives, puisque l'auteur n'avait jamais déclaré, au cours de la procédure administrative ou judiciaire, son intention de quitter la fonction publique si sa demande de nomination à un poste de fonctionnaire était rejetée. Le fait qu'il ait accepté une nomination en tant qu'employé public rendait son cas distinct de celui des autres professeurs qui avaient été nommés fonctionnaires même s'ils avaient dépassé la limite d'âge. Le tribunal n'a pas autorisé d'appel. L'auteur n'a pas présenté de plainte constitutionnelle devant la Cour constitutionnelle fédérale.

2.10 Le 24 août 2001, l'auteur a de nouveau demandé au Ministère d'être nommé fonctionnaire, de même qu'à être exempté de façon rétroactive de toute contribution à un régime obligatoire dont étaient exemptés les fonctionnaires ou, à titre subsidiaire, que son contrat soit modifié

afin de lui accorder, pendant toutes ses années d'enseignement et de retraite, tous les privilèges accordés aux fonctionnaires, et de lui rembourser tous les impôts et contributions versés par lui au régime d'assurance obligatoire dont sont exemptés les fonctionnaires. Il a fait valoir que le traitement défavorable qui lui avait été accordé par comparaison avec d'autres professeurs de son groupe d'âge, nommés fonctionnaires au motif qu'il n'était pas certain qu'ils auraient accepté une nomination en tant qu'employés publics, violait la clause constitutionnelle de non-discrimination (art. 3 de la Loi fondamentale), ainsi que la disposition de la Constitution relative à l'égalité d'accès à la fonction publique (art. 33, par. 2, de la Loi fondamentale). Alors qu'il était présumé que les candidats extérieurs à la fonction publique de l'État de Hesse, comme ses collègues MM. L. et E., n'accepteraient aucun autre statut que celui de fonctionnaire, les candidats déjà à l'emploi du service public de Hesse, comme l'auteur, devaient prouver qu'ils quitteraient leur emploi en cas de rejet de leur demande de statut de fonctionnaire. De plus, le tribunal administratif supérieur de Kassel n'avait pas tenu compte du fait que le Ministère l'avait intentionnellement mal informé en lui disant qu'il n'était pas possible d'être nommé fonctionnaire après l'âge de 50 ans.

2.11 Le 4 octobre 2001 et, après réexamen, le 13 décembre 2001, le Ministère des sciences et des arts de Hesse a rejeté la demande de réouverture de la procédure présentée par l'auteur, au motif qu'elle avait été présentée hors délai.

2.12 Le 9 janvier 2002, l'auteur a présenté un recours devant le tribunal administratif de Francfort, en faisant à nouveau valoir que le rejet de sa demande du 24 août 2004 violait la Loi constitutionnelle allemande, les traités internationaux, notamment l'article 26 du Pacte et les articles 7 a) i) et 9, lus conjointement avec l'article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que le droit européen. Le 28 mai 2002, le tribunal administratif de Francfort a rejeté ce recours, aucun changement de fait ni de droit n'étant intervenu qui aurait justifié la réouverture de l'affaire après la décision finale d'un tribunal et après l'expiration du délai de trois mois prévu pour une telle réouverture. L'auteur aurait dû alléguer les violations du droit international des droits de l'homme au cours de la procédure judiciaire entre 1993 et 1999, puisque tous les instruments invoqués par lui étaient en vigueur pour l'Allemagne pendant cette période.

2.13 Les 1er et 24 juin 2002, l'auteur a «élargi sa demande», en invoquant l'article premier, paragraphe 2, et l'article 12, paragraphe 4, de la Charte sociale européenne et en soulignant qu'il incombait aux tribunaux, et non au demandeur, de veiller à l'application des lois de mise en œuvre par l'Allemagne de ses obligations au titre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Le 15 juillet 2002, le tribunal administratif de Francfort a déclaré irrecevable la demande d'élargissement de sa demande présentée par l'auteur, au motif que l'affaire n'était pas en instance.

2.14 Le 17 septembre 2002, l'auteur a demandé à être autorisé à engager une procédure de recours contre le jugement du tribunal administratif, qui n'avait pas tenu compte de l'incompatibilité du traitement qu'il avait subi avec les normes internationales en matière de droits de l'homme, en particulier l'article 26 du Pacte. Cette raison était suffisante pour annuler les décisions du Ministère des sciences et des arts de Hesse, malgré leur caractère final, ou pour rouvrir son dossier. Par arrêt du 24 septembre 2002, le tribunal administratif supérieur de Kassel a refusé d'autoriser le recours, étant donné que l'auteur ne pouvait plus être nommé à un poste de fonctionnaire après avoir atteint l'âge limite de 65 ans en vertu de la loi sur la fonction publique

de Hesse. Il serait dès lors vain d'annuler les décisions contestées du Ministère ou de rouvrir le dossier de l'auteur.

2.15 Le 28 octobre 2002, l'auteur a fait valoir devant la Cour constitutionnelle fédérale des griefs de violation de la clause relative à l'égalité de traitement (art. 3 de la Loi fondamentale) et de ses droits à l'égalité d'accès à la fonction publique (art. 33, par. 2) et à un examen judiciaire (art. 101, par. 1) garantis par cette loi. Il invoquait les normes internationales des droits de l'homme, notamment les articles 25 c) et 26 du Pacte. Se référant à la jurisprudence du Comité, il affirmait qu'une distinction liée à l'âge ne reposant pas sur des critères raisonnables et objectifs pouvait équivaloir à une discrimination fondée sur une distinction liée à «toute autre situation» ou à une privation de la protection égale de la loi au sens de l'article 26, car la réduction des dépenses publiques ne constituait pas, dans le cas le concernant, un but légitime. Le 2 août 2004, la Cour constitutionnelle fédérale a rejeté la plainte de l'auteur.

2.16 Le 15 avril 2002, l'auteur a saisi le tribunal du travail de Francfort pour demander 1) une indemnisation d'un montant de 162 068,93 euros au titre de la différence entre son traitement et celui d'un professeur ayant le statut de fonctionnaire pendant la période comprise entre le 1er mars 1991 et la date de sa retraite, le 31 août 2002, majoré de 18 359,92 euros d'intérêts; 2) le versement, à compter du 1er septembre 2002, d'une pension de fonctionnaire égale à celle à laquelle il aurait eu droit s'il avait été nommé fonctionnaire à vie le 1er mars 1991; et 3) une indemnisation (majorée de 4 % d'intérêts) pour les contributions aux régimes d'assurance maladie et invalidité qu'il devait verser à compter du 1er septembre 2002 et dont les fonctionnaires étaient exemptés, jusqu'à ce que son droit aux prestations des fonctionnaires ait été confirmé par une décision finale. Le 19 février 2003, le tribunal du travail a déclaré les deuxième et troisième demandes de l'auteur inadmissibles pour manque de spécificité et a rejeté sa première demande sur le fond, au motif qu'il avait été rémunéré sur la base d'un contrat d'emploi valide et qu'aucune responsabilité civile délictuelle n'était opposable à l'État de Hesse, qui n'avait en rien manqué à la diligence voulue en refusant de nommer l'auteur à un poste de fonctionnaire, ainsi que l'avait confirmé le tribunal administratif supérieur de Kassel dans son arrêt final du 13 juillet 1999. L'auteur n'a pas contesté cette décision.

Teneur de la plainte

3.1 L'auteur affirme que le refus de lui accorder le statut de fonctionnaire et le traitement moins favorable qui lui était réservé en matière de rémunération, de cotisations aux caisses d'assurance chômage, d'assurance maladie et de retraite, ainsi que de droit à pension, sont autant de mesures discriminatoires à son encontre, en violation des articles 25, alinéa *c*, et 26 du Pacte, au regard de la situation de fonctionnaires exerçant des tâches identiques, comme M. E. et M. L. La lenteur de la procédure de recours devant le tribunal administratif supérieur de Kassel a violé son droit à un procès équitable, qui lui est reconnu au paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte.

3.2 L'auteur soutient avoir touché le même traitement brut et exercé les mêmes tâches que ses collègues fonctionnaires, comme en témoigne le fait que de nombreux avis de vacance de poste de la fonction publique ne précisent pas le statut professionnel dont bénéficiera la personne qui sera nommée. En qualité d'employé public, il devait verser des cotisations aux caisses d'assurance chômage et de pension ordinaires et à la caisse de retraite complémentaire, ce qui avait amputé son traitement net d'un montant non négligeable entre 1991 et 2002 par rapport au traitement net qu'il aurait touché en tant que fonctionnaire.

3.3 L'auteur fait valoir que, alors qu'il toucherait 3 922,84 euros de retraite par mois (l'équivalent de 75 % de son dernier traitement de 2002, soit 5 230,46 euros) en tant que fonctionnaire, dont une somme de 103,09 euros seulement serait déduite au titre de sa cotisation à l'assurance maladie et invalidité, en 2002, sa retraite ne s'élevait qu'à 1 966,18 euros par mois (1 703,82 euros du régime de retraite obligatoire plus 262,36 euros du régime de retraite complémentaire), somme sur laquelle il devait prélever une cotisation mensuelle d'assurance maladie et invalidité de 305,61 euros. Selon lui, contrairement aux fonctionnaires qui avaient droit à des allocations de l'assurance maladie et invalidité, il ne pouvait prétendre qu'à une indemnité mensuelle de 133,75 euros au titre du régime de retraite obligatoire. Qui plus est, en tant que fonctionnaire à la retraite, il aurait droit à un treizième mois chaque année en décembre.

3.4 Pour l'auteur, sur les 29 ans et 5 mois pendant lesquels il a travaillé dans la fonction publique, six mois seulement ont été pris en compte en tant que période de cotisation effective au régime de retraite complémentaire. En conséquence, la pension de 262,36 euros qui lui était servie chaque mois par la caisse était le fruit de ses années d'études, universitaires notamment, plutôt que d'années passées dans la fonction publique. Si toutes les années pendant lesquelles il avait travaillé dans la fonction publique avaient été prises en compte comme périodes de cotisation au régime de retraite complémentaire, sa pension atteindrait 3 066,75 euros par mois, montant malgré tout bien inférieur à la pension qu'il aurait touchée en tant que fonctionnaire. Cet écart s'expliquait par le fait que les cotisations d'assurance maladie, de chômage et de retraite avaient été régulièrement revues à la hausse depuis les années 50 en l'absence d'augmentations parallèles des traitements bruts des employés publics, sans parler des professeurs ayant le statut d'employés publics, lesquels touchaient exactement les mêmes traitements bruts que leurs collègues fonctionnaires, moins les 7 % supplémentaires normalement versés aux employés publics pour «aligner» leur traitement sur celui des fonctionnaires.

3.5 Pour l'auteur, aucun critère raisonnable et objectif ne justifiait qu'il soit traité comme un «fonctionnaire de deuxième classe». Il qualifie de purement fictives et rejette les différences invoquées régulièrement par les tribunaux allemands pour justifier le traitement moins favorable réservé aux employés publics, à savoir le fait que la nomination des fonctionnaires relevait du droit public contrairement à celle des employés publics, régie par le droit privé, l'obligation des fonctionnaires de défendre activement l'ordre constitutionnel et le devoir passif des employés publics de ne pas violer l'ordre constitutionnel et l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires, contrairement aux employés publics. Or, le fait que les fonctionnaires ne jouissaient pas du droit de grève était sans objet car toute augmentation des traitements bruts des employés publics négociée par leurs syndicats se répercutait sur les traitements bruts des premiers.

3.6 De même, l'auteur considère que le refus de le nommer professeur avec le statut de fonctionnaire n'était pas motivé par des critères raisonnables et objectifs, comme le voulaient les articles 25, alinéa *c*[2], et 26 du Pacte. Il faisait valoir que le fait qu'un État ne respectait pas l'obligation qui lui était faite par le paragraphe 2 de l'article 2 de prendre immédiatement des

---

[2] L'auteur renvoie à l'Observation générale n° 25 [57]: Le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques (art. 25), 1996, par. 23.

mesures pour éliminer toute discrimination ne saurait être justifié par des arguments d'ordre économique, tels que la réduction des dépenses de la caisse des pensions. Le refus de lui accorder le statut de fonctionnaire ne saurait non plus s'expliquer par son âge, attendu que ses collègues, M. E et M. L., avaient été nommés fonctionnaires, alors qu'ils appartenaient au même groupe d'âge et étaient moins qualifiés. S'il était vrai que M. L. était le seul candidat recommandé par le Conseil de faculté, M. E. en revanche avait été recommandé au côté de deux autres candidats.

3.7 L'auteur affirme que la lenteur de la procédure de recours devant le tribunal administratif supérieur de Kassel, qui s'est déroulée du 14 août 1995 au 13 juillet 1999, a violé son droit à un procès équitable (art. 14, par. 1), étant donné que le tribunal n'avait pas tenu d'audiences publiques et qu'en une semaine seulement, en septembre 2002, il s'était prononcé sur son recours, l'auteur ayant entre-temps atteint l'âge de partir à la retraite.

3.8 L'auteur précise que la même question n'a été soumise à aucune autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Il n'était pas tenu d'épuiser les voies de recours internes lors de la première série de procédures car il aurait été vain de contester la décision du tribunal administratif supérieur de ne pas lui permettre de faire appel de son arrêt du 13 juillet 1999 à la lumière de la jurisprudence du tribunal administratif fédéral. Dans deux cas comparables, celui-ci avait en effet reconnu que l'exécutif était habilité à fixer un âge limite pour la nomination à des postes de fonctionnaires et à refuser de telles nominations pour motifs économiques. Quant à déposer une plainte constitutionnelle, son avocat le lui avait déconseillé car une telle plainte aurait très peu de chances d'aboutir, la Cour constitutionnelle fédérale laissant traditionnellement au législateur une large marge de manœuvre en matière de distinctions fondées sur l'âge. La portée des articles 3, paragraphe 1 (non-discrimination), et 33, paragraphe 2 (égalité d'accès à la fonction publique), de la Loi fondamentale était plus étroite que celle des dispositions parallèles des articles 26 et 25, alinéa *c*, du Pacte. Le rejet de sa plainte constitutionnelle lors de la deuxième série de procédures illustrait aussi l'absence de perspective de succès de ce recours. Il aurait été vain de faire recours contre la décision rendue par le tribunal du travail de Francfort vu la jurisprudence du tribunal du travail fédéral selon laquelle les professeurs ayant le statut d'employé public n'avaient pas d'autres droits que ceux énoncés dans le contrat de l'auteur et que leur exclusion du régime de retraite complémentaire était légale.

Observations de l'État partie sur la recevabilité

4.1 Dans une lettre du 1er août 2005, l'État partie a contesté la recevabilité de la communication en faisant valoir que les griefs avaient leur origine dans des événements antérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'Allemagne et que l'auteur n'avait pas épuisé les recours internes.

4.2 L'État partie invoque sa réserve concernant la compétence *ratione temporis* du Comité qui, contrairement à des réserves similaires formulées par la France, Malte et la Slovénie, renvoie explicitement aux événements à l'origine de la violation présumée, plutôt qu'à la violation elle-même. Il affirme que les violations dont l'auteur fait état ont leur origine dans la décision datée du 11 mai 1993 du Ministère des sciences et des arts de Hesse qui rejetait sa demande d'accéder au statut de fonctionnaire, plutôt que dans la décision du 13 juillet 1999 du tribunal administratif supérieur de Kassel. Comme la décision prise par le Ministère le 11 mai 1993 était antérieure à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'Allemagne le 25 novembre 1993,

l'État partie conclut que, eu égard à sa réserve, la communication est irrecevable *ratione temporis*.

4.3 Pour l'État partie, l'auteur n'a pas épuisé les recours internes puisqu'il n'a pas contesté le refus du tribunal administratif supérieur de Kassel de l'autoriser à contester sa décision du 13 juillet 1999 auprès du tribunal administratif fédéral ni déposé de plainte constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle fédérale. De telles plaintes n'auraient pas été d'emblée inutiles; la jurisprudence du tribunal administratif fédéral citée par l'auteur concernait différentes affaires dans lesquelles il était question de la non-nomination au statut de fonctionnaire d'un groupe plus nombreux d'employés et, dans le second cas, d'une personne beaucoup plus jeune. De même, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale invoquée par l'auteur concernait un domaine du droit tout à fait différent, en l'occurrence le droit social. Revenir sur des décisions ayant force de chose jugée ne peut pas compenser le fait que l'auteur ne s'était pas prévalu de tous les recours disponibles lors de la première série de procédures.

Commentaires de l'auteur

5.1 Le 30 octobre 2005, l'auteur a soumis ses commentaires faisant valoir que la réserve de l'État partie *ratione temporis* était inapplicable et qu'il avait épuisé les recours internes. Selon lui, la réserve de l'Allemagne ne s'applique pas en l'espèce car elle vise expressément le paragraphe 2 a) de l'article 5 du Protocole facultatif. Comme l'affaire qui le concerne n'a pas été et n'est pas examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, la réserve ne lui est pas applicable.

5.2 L'auteur ajoute que le libellé de l'alinéa *b* de la réserve («qui a son origine dans des événements antérieurs à l'entrée en vigueur») n'était pas suffisamment «spécifique et transparent» comme le voulait l'Observation générale n° 24[3]. La réserve ne portait pas sur le fait que les violations des droits de l'homme pouvaient provenir d'une succession d'événements et avoir des causes directes et indirectes, dont certaines pouvaient avoir eu lieu antérieurement et d'autres postérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour un État partie. Dans son cas, la discrimination dont il était victime pouvait être liée à des événements postérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'Allemagne le 25 novembre 1993, comme la décision du 13 juillet 1999 du tribunal administratif supérieur de Kassel, et à des événements antérieurs, comme l'adoption du règlement budgétaire ou de la circulaire administrative de l'État de Hesse ou encore des mesures administratives du 11 mai et du 6 septembre 1993 par le Ministère des sciences et des arts de Hesse, rejetant sa demande de nomination à un poste de fonctionnaire.

5.3 De l'avis de l'auteur, l'interprétation faite par l'État partie de sa réserve, qui empêcherait le Comité de connaître d'une communication chaque fois que l'un des événements à l'origine d'une plainte s'est produit avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, est incompatible avec l'objet et le but du Protocole. La réserve de l'Allemagne était donc irrecevable car elle

---

[3] Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 24 [52]: Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (1994), par. 19.

cherchait effectivement à empêcher que le Comité ne soit saisi de la violation de droits que l'État partie était tenu de respecter conformément au Pacte.

5.4 L'auteur conclut que la compétence du Comité *ratione temporis* d'examiner une communication devait être déterminée en se demandant si la violation alléguée se poursuivait ou continuait de produire des effets après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif. Tel était le cas en ce qui concerne la discrimination salariale qu'il avait subie entre 1991 et 2002 et les maigres prestations qu'il touchait depuis son départ à la retraite.

5.5 En ce qui concerne l'épuisement des recours internes, l'auteur fait valoir qu'il aurait été vain de faire recours contre la décision du 13 juillet 1999 du tribunal administratif supérieur de Kassel auprès du tribunal administratif fédéral, attendu que la décision reposait sur la jurisprudence même du tribunal administratif fédéral dans des affaires similaires, confirmant le refus d'accorder le statut de fonctionnaire à des candidats individuels. L'État partie faisait certes valoir que l'une de ces affaires concernait un candidat beaucoup plus jeune que l'auteur, mais cela ne faisait que souligner que le tribunal administratif fédéral l'aurait débouté.

5.6 L'auteur soutient que le rejet pour des raisons de fond de sa plainte constitutionnelle lors de la deuxième série de procédures montrait qu'il aurait été tout aussi vain pour lui de déposer une plainte constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle fédérale lors de la première série de procédures. Qui plus est, le fait qu'il n'ait pas été au courant de la possibilité de soumettre une communication en vertu du Protocole facultatif suite à l'épuisement des recours internes ne saurait lui être reproché puisque aucun des avocats et des juges impliqués dans la première série de procédures entre 1993 et 1999 ne l'en avait jamais informé.

5.7 L'auteur soutient qu'il cherchait, dans la deuxième série de procédures qu'il a engagées, non pas à revenir sur des décisions ayant force de chose jugée, mais à obtenir l'annulation de ce qu'il considérait comme une mesure administrative illégale quoique définitive, refusant de le nommer à un poste de fonctionnaire.

5.8 Le 27 janvier 2006, l'auteur a fait des observations supplémentaires, réitérant que le Ministère des sciences et des arts de Hesse l'avait délibérément induit en erreur en violation de l'alinéa *c* de l'article 25, lu en parallèle avec l'article 2 du Pacte, en l'informant que sa nomination à un poste de fonctionnaire n'était pas envisageable puisqu'il avait plus de 50 ans.

5.9 L'auteur affirme que le refus du Ministère de lui conférer le statut de fonctionnaire et les décisions judiciaires confirmant ce refus revenaient à violer les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement consacrés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et la législation de l'UE qui interdisaient la discrimination fondée sur l'âge. Plutôt que de refuser sa demande d'autorisation de faire appel de l'arrêt du tribunal administratif de Francfort parce qu'il avait entre-temps atteint l'âge de 65 ans, le tribunal administratif supérieur de Kassel, dans sa décision du 24 septembre 2002, aurait dû interpréter sa demande comme une requête aux fins d'obtenir un jugement déclaratif (*Fortsetzungsfestellungsklage*) reconnaissant l'illégalité du comportement du Ministère. Pour l'auteur, le fait que le tribunal n'ait pas fait droit à sa requête constituait un déni de justice.

Délibérations du Comité

6.1 Avant d'examiner une plainte soumise dans une communication, le Comité des droits de l'homme doit, conformément à l'article 87 de son Règlement intérieur, déterminer si cette plainte est recevable en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

6.2 Le Comité relève que l'État partie invoque sa réserve *ratione temporis* et prend note des arguments de l'auteur au sujet de l'applicabilité de cette réserve. Tout en reconnaissant la force de l'argument de l'auteur qui affirme que la référence faite dans la réserve à «une violation … qui a son origine dans des événements antérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif» puisse susciter des interprétations différentes quant aux causes et à la chronologie des faits qui ont donné lieu à la violation présumée, le Comité constate qu'il n'a pas, en l'espèce, à se prononcer sur la question de l'applicabilité de la réserve si la communication de l'auteur est irrecevable pour d'autres motifs.

6.3 À ce sujet, le Comité a relevé l'argument de l'État partie selon lequel l'auteur n'a fait recours ni contre la décision du 13 juillet 1999 du tribunal administratif supérieur de Kassel auprès du tribunal administratif fédéral, ni déposé de plainte constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle fédérale et n'a donc pas épuisé les voies de recours internes. Il a aussi relevé l'argument de l'auteur que ces recours auraient été vains eu égard à d'autres décisions prises par ces instances.

6.4 En ce qui concerne l'utilité d'un recours contre la décision rendue par le tribunal administratif supérieur de Kassel dans la première série de procédures, le Comité rappelle que le tribunal, dans sa décision du 13 juillet 1999, a refusé à l'auteur l'autorisation de faire appel, l'informant que ce refus ne pouvait être contesté que s'il pouvait invoquer, à l'appui de ses prétentions, la jurisprudence d'instances supérieures ou des vices de procédure, ou apporter la preuve de l'intérêt général que revêtait son affaire. Le Comité rappelle par ailleurs que le tribunal a confirmé le refus du Ministère de nommer l'auteur à un poste de fonctionnaire, notamment en faisant référence à deux affaires sur lesquelles le tribunal administratif fédéral s'était prononcé. Il estime que l'auteur a suffisamment étayé la similarité entre ces affaires et la sienne. L'auteur avait donc toute raison de s'attendre, après avoir été débouté pour des motifs similaires, à ce qu'un recours contre la décision du tribunal administratif supérieur de Kassel n'aboutisse pas. Il n'était donc pas tenu de contester le refus du tribunal de lui accorder l'autorisation de faire appel aux fins de former un recours devant le tribunal administratif fédéral.

6.5 Il reste à savoir si l'auteur était tenu de contester le refus par le tribunal administratif supérieur de Kassel de l'autoriser à faire recours en vue de former une plainte constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle fédérale. Le Comité rappelle que, outre les recours judiciaires et administratifs ordinaires, les auteurs doivent aussi faire usage de toutes les autres voies de recours judiciaires, y compris les plaintes constitutionnelles, pour satisfaire à la prescription de l'épuisement de tous les recours internes disponibles, dans la mesure où de tels recours semblent être utiles en l'espèce et sont de facto ouverts à l'auteur[4]. Le Comité estime que l'auteur n'a pas

---

[4] Communication n° 1003/2001, *P. L.* c. *Allemagne*, décision sur la recevabilité adoptée le 22 octobre 2003, par. 6.5; communication n° 1188/2003, *Riedl-Riedenstein et consorts* c. *Allemagne*, décision sur la recevabilité adoptée le 2 novembre 2004, par. 7.2.

apporté la preuve que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale qu'il a invoquée aurait d'emblée voué toute plainte constitutionnelle à l'échec. De même, il ne peut pas invoquer le fait que la Cour constitutionnelle fédérale ait rejeté sa plainte constitutionnelle dans la deuxième série de procédures pour démontrer l'inutilité d'une telle plainte dans la première série de procédures. Aux fins du paragraphe 2 b) de l'article 5 du Protocole facultatif, la perspective de succès d'un recours interne doit être appréciée a priori pour expliquer que les recours internes n'ont pas été épuisés. Enfin, ce n'est pas tant à l'État partie qu'à l'auteur lui-même qu'il faut imputer le fait que l'avocat dont il s'est attaché les services ne l'ait pas informé de l'obligation prévue au paragraphe 2 b) de l'article 5 d'épuiser les recours internes[5]. Le Comité conclut par conséquent que les prétentions de l'auteur liées à la première série de procédures sont irrecevables au titre du paragraphe 2 b) de l'article 5 du Protocole facultatif.

6.6 En ce qui concerne les griefs de l'auteur touchant à la deuxième série de procédures, le Comité rappelle que le Ministère des sciences et des arts de Hesse a rejeté sa demande de réouverture du dossier, présentée hors délais, décision confirmée par le tribunal administratif de Francfort, en l'absence de changement de circonstances ou du droit qui aurait justifié une telle mesure. Il note également que, au moment où l'auteur a soumis sa nouvelle demande de nomination à un poste de fonctionnaire le 24 août 2001, il avait pratiquement atteint l'âge du départ à la retraite, fixé à 65 ans, au-delà duquel l'accès au statut de fonctionnaire n'est plus possible (voir la décision du 24 septembre 2002 du tribunal administratif supérieur de Kassel, refusant l'autorisation de faire appel de l'arrêt rendu par le tribunal administratif de Francfort à ce sujet). Le Comité rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle il appartient généralement aux juridictions des États parties au Pacte d'apprécier les faits et les éléments de preuve ou l'application de la législation interne, dans un cas particulier, à moins que l'on puisse montrer qu'un tel examen ou qu'une telle demande était manifestement arbitraire ou représentait un déni de justice, ou que le tribunal a, d'une manière ou d'une autre, manqué à l'indépendance et à l'impartialité auxquelles il est tenu[6]. Le Comité estime que l'auteur n'a pas établi, aux fins de la recevabilité, que la décision du tribunal administratif de Francfort de ne pas revenir sur une décision ayant force de chose jugée ou le refus du tribunal administratif supérieur de Kassel de l'autoriser à faire recours contre cette décision étaient arbitraires ou constituaient un déni de justice. De l'avis du Comité, l'auteur n'a pas montré, aux fins de la recevabilité, que le fait que le tribunal administratif supérieur n'ait pas interprété sa demande d'autorisation de faire appel comme une requête aux fins d'obtenir un jugement déclaratif ne représente pas un déni de justice, en l'absence de toute procédure en instance en vertu de laquelle une telle requête aurait pu être présentée. Il s'ensuit que cette partie de la communication est irrecevable au titre de l'article 2 du Protocole facultatif.

---

[5] Communication n° 867/1999, *Smartt* c. *Guyana*, Constatations adoptées le 6 juillet 2004, par. 5.4.

[6] Communication n° 1138/2002, *Arenz et consorts* c. *Allemagne*, décision sur la recevabilité adoptée le 24 mars 2004, par. 8.6; communication n° 1188/2003, *Riedl-Riedenstein et consorts* c. *Allemagne*, décision sur la recevabilité adoptée le 2 novembre 2004, par. 7.3.

7. En conséquence, le Comité décide:

a) Que la communication est irrecevable en vertu de l'article 2 et du paragraphe 2 b) de l'article 5 du Protocole facultatif;

b) Que la présente décision sera communiquée à l'État partie et à l'auteur.

[Adopté en anglais (version originale), en espagnol et en français. Paraîtra ultérieurement en arabe, en chinois et en russe dans le rapport annuel du Comité à l'Assemblée générale.]