

L'ÉGALITÉ EN DROIT SOCIAL

AU PRISME DE LA DIVERSITÉ ET DU DIALOGUE DES JUGES

Thèse de doctorat Mention Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Morgan Sweeney

Le

Directeur de recherches : **Monsieur Antoine Lyon-Caen,**

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Membres du jury : **Monsieur**,

Professeur

Monsieur,

Professeur

Monsieur.....,

Professeur

Monsieur,

Professeur

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Corinne Charlotte

SOMMAIRE

SOMMAIRE	6
INTRODUCTION	8
1. <u>L'objet d'étude : l'exigence d'égalité en droit social</u>	10
2. <u>Le cadre d'analyse : le « dialogue des juges »</u>	25
PARTIE 1 : L'EXIGENCE D'EGALITE FACE A LA DIVERSITE DES JURIDICTIONS	56
<u>TITRE 1 : L'EXIGENCE D'EGALITE DANS LES JURISPRUDENCES INTERNES</u>	57
<u>Chapitre 1 : L'enracinement du principe d'égalité en droit public</u>	59
Section 1 : <u>L'admissibilité des différences</u>	66
Section 2 : <u>La prépondérance de l'objet de la norme</u>	114
<u>Conclusion du chapitre</u>	134
<u>Chapitre 2 : La Cour de cassation et la découverte de l'exigence d'égalité en droit du travail</u> ...	136
Section 1 : <u>Des règles de non-discrimination à l'égalité des salariés</u>	138
Section 2 : <u>L'employeur et les interlocuteurs sociaux face à l'exigence égalitaire</u>	180
<u>Conclusion de chapitre</u>	207
<u>CONCLUSION DE TITRE</u>	209
<u>TITRE 2 : L'EXIGENCE D'EGALITE DANS LES JURISPRUDENCES EUROPEENNES</u>	211
<u>Chapitre 1 : La Cour européenne des droits de l'homme et l'article 14 de la Convention</u>	213
Section 1 : <u>L'article 14 et l'affirmation de l'exigence d'égalité dans le système conventionnel</u>	219
Section 2 : <u>L'affirmation de règles conventionnelles de non-discrimination</u>	239
<u>Conclusion du Chapitre</u>	263
<u>Chapitre 2 : La jurisprudence communautaires relatives ax dispositions antidiscriminatoires</u> ...	264
Section 1 : <u>De la liberté de circulation à la citoyenneté européenne</u>	267
Section 2 : <u>L'exigence d'égalité au sein du droit social communautaire</u>	313
<u>Conclusion de chapitre</u>	357
<u>CONCLUSION DE TITRE</u>	359
CONCLUSION DE PARTIE	360
PARTIE 2 : L'EXIGENCE D'EGALITE A L'EPREUVE DU DIALOGUE DES JUGES	361
<u>TITRE 1 : LA COMPARAISON</u>	364
<u>CHAPITRE 1 : LE ROLE DE LA COMPARAISON</u>	369
Section 1 : <u>La comparaison, essence des principes d'égalité</u>	369
Section 2 : <u>La révélation de la discrimination</u>	395
<u>Conclusion de chapitre</u>	422
<u>Chapitre 2 : La méthode de comparaison</u>	423

<u>Section 1 : La comparaison appliquée à l'exigence d'égalité</u>	427
<u>Section 2 : Le contrôle juridictionnel de la comparaison</u>	465
<u>Conclusion de chapitre</u>	506
<u>Conclusion de titre</u>	508
<u>TITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS</u>	509
<u>Chapitre 1 : Les discriminations : les raisons illicites</u>	511
<u>Section 1 : Les raisons illicites</u>	515
<u>Section 2 : Les « aménagements » possibles</u>	560
<u>Conclusion de Chapitre</u>	582
<u>CHAPITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS : LES RAISONS ADMISSIBLES</u>	584
<u>Section 1 : La justification de la distinction</u>	585
<u>Section 2 : Vers un nouvel ordre de justification : la diversité ?</u>	616
<u>Conclusion de Chapitre</u>	660
<u>CONCLUSION DE TITRE</u>	662
<u>CONCLUSION DE PARTIE</u>	663
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	665

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
A.J.	Actualité jurisprudentielle (du recueil Dalloz)
A.J.D.A	Actualité juridique de droit administratif
A.J.F.P.	Actualité juridique Fonctions Publiques
Al.	Alinéa
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Art. <i>cit.</i>	Article déjà cité
A.P.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. Crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.A.	Arrêt d'une cour d'appel
C.E.	Arrêt du Conseil d'État
Cf.	Voir
Ch. Réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
C.J.C.E.	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
C.J.U.E.	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C.const.	Décision du Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D.A.</i>	Droit Administratif
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Dir.</i>	Sous la direction de
<i>D.O.</i>	Le droit ouvrier
<i>Dr. Soc.</i>	Droit social
<i>Dr. Sociétés</i>	Droit des sociétés
<i>Ed.</i>	Editeur/ Edition
<i>F.U.E.</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>G.P.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	Ibidem, référence précédente
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.C.P.</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
<i>J.C.P.A.</i>	Juris-classeur périodique, édition Administrations et collectivités territoriales
<i>J.C.P.E.</i>	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
<i>J.C.P.S.</i>	Juris-classeur périodique, édition Sociale
<i>J.O.</i>	Journal Officiel
<i>L.G.D.J.</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>L.S.</i>	Liaisons Sociales
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit</i>	Ouvrage, thèse, précité
<i>p.</i>	Page
<i>Pan.</i>	Panorama
<i>préc.</i>	Article précité

préf.	Préface de
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
<i>R.A.</i>	Revue administrative
<i>R.D.C.</i>	Revue des contrats
<i>R.D.T.</i>	Revue du droit du travail
<i>R.D.P.</i>	Revue du droit public
<i>R.D.S.S.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rec.</i>	Recueil de la juridiction concernée : Recueil Lebon, Recueil des arrêts et des décisions de la Cour Européenne des droits de l'homme, Recueil de la jurisprudence communautaire
<i>Rép. Civ.</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép.Défrénois</i>	Répertoire Défrénois (revue)
<i>Rép. Trav.</i>	Répertoire de droit du travail
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>R.F.A.P.</i>	Revue française d'administration publique
<i>R.F.D.A.</i>	Revue française de droit administratif
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.I.D.E.</i>	Revue internationale de droit économique
<i>R.I.E.J.</i>	Revue internationale d'études juridiques
<i>R.J.S.</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>R.R.J.</i>	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
<i>R.T.D. Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>R.T.D. Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>R.T.D.Eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen

<i>R.T.D.H.</i>	Revue trimestrielle des Droits de l'Homme
<i>R.U.D.H.</i>	Revue universelle des Droits de l'Homme
<i>S.</i>	Sirey
<i>S.S.L.</i>	Semaine sociale Lamy
<i>Soc.</i>	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Som. com.</i>	Sommaires
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>Trad.</i>	Traduit par
<i>T.P.S.</i>	Travail et protection sociale
<i>V.</i>	Voir

INTRODUCTION

« Dans une démocratie, tout petit bourgeois peut et veut s'élever (...) Cette ascension générale, ce phénomène de capillarité, n'est possible que dans un pays d'égalité politique et d'inégalité économique... »

E. Zola, *Fécondité*, rééd. L'Harmattan, 1993, p. 30.

1. L'idée d'égalité est traditionnellement attachée à celle de justice¹. En droit, « l'égalité » s'est tout d'abord matérialisée sous la forme d'un principe de justice formelle, au terme duquel « *les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »². Une telle conception supposait du système juridique l'énonciation de normes, qui établissent les distinctions autorisées et celles qui sont interdites. Le principe d'égalité a longtemps été tributaire d'une acception formelle, au point d'être dénoncé comme un instrument en faveur du fort par rapport au faible³. Certains proposaient même de lui substituer le principe d'équité⁴. Toutefois, il faut admettre que, même sous son expression la plus formaliste, « l'égalité » en droit, contrairement aux mathématiques, s'applique à des situations qui ne sont jamais identiques. Dès lors, la distinction⁵ entre plusieurs ensembles

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Pocket, coll. Agora, Paris, 2007. Ce lien entre l'idée d'égalité et la justice est aujourd'hui encore par certains philosophes mis en exergue. Voir la place accordée à l'idée d'égalité dans les écrits de J. Rawls, *Théorie de la justice* (1971), trad. par C. Audard, Paris, Seuil, 1987, et A. Sen, *Repenser l'inégalité*, trad. P. Chemla, Seuil, Paris, 2000 et plus récemment du même auteur, *L'idée de justice*, trad. P. Chemla et E. Laurent, Flammarion, Paris, 2010.

² C. Perelman, « Égalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319.

³ Voir en particulier les critiques de Karl Marx. Celui-ci met en évidence la contradiction entre l'inégalité des conditions sociales et la représentation du monde selon laquelle l'inégalité de moyens relève de la nature et ne peut être saisie par la loi. Il critique alors l'unité parfaite de traitement par la règle juridique : le droit égal « *ne reconnaît aucune distinction de classe, puisque tout homme n'est qu'un travailleur comme les autres, mais il reconnaît tacitement comme un privilège de nature le talent inégal des travailleurs, et, par suite, l'inégalité de leur capacité productive. C'est donc, dans sa teneur, un droit de l'inégalité, comme tout droit* » cf. K.Marx, *La question juive*, trad. M. Simon, Aubier, Connaissance Marx, 1971, p.105.

⁴ Voir en particulier A.Minc, *La France de l'an 2000*, rapport au Premier ministre de la commission du Commissariat général du Plan, Odile Jacob, La Documentation française, Paris, 1994, qui oppose le principe d'équité au principe d'égalité. Voir également Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, La Documentation française, Paris, 1998.

⁵ Tout au long de nos travaux, nous tiendrons « différence » et « distinction » pour synonyme.

suppose le recours à des valeurs¹, afin de déterminer les différences qui seront tenues pour négligeables et celles qui devront être prises en considération². Depuis la Seconde Guerre mondiale³, s'est développée une conception de l'égalité qui ne vise plus seulement la définition des catégories essentielles du droit⁴, mais qui vise directement les motifs, les raisons d'une décision. Ce sont les règles de non-discrimination qui incarnent le mieux cette vision. Celles-ci interdisent le recours à certains critères, qui ne peuvent fonder juridiquement une décision⁵. La non-discrimination a souvent été présentée comme « l'envers » ou le revers « négatif » de l'égalité⁶. Si les dispositifs antidiscriminatoires puisent indéniablement leurs racines dans l'idée d'égalité⁷, ils présentent la nouveauté de s'attacher aux motifs⁸ du détenteur du pouvoir dans l'exercice de ses fonctions. En outre, la non-discrimination n'intéresse que quelques critères en particulier et non l'ensemble des critères de distinction, à l'instar d'un « principe d'égalité ».

2. Ces différentes expressions de l'idée d'égalité en droit n'ont cessé de s'enrichir au cours des deux dernières décennies en droit social⁹, discipline qui lui offre l'un de ses terrains les plus fertiles. En effet, les politiques sociales constituent une part essentielle du travail législatif, tant national que de l'Union européenne. Les règles de non-discrimination du droit de l'Union européenne, en dehors de la non-discrimination en raison de la nationalité, sont ainsi principalement affirmées dans les relations de travail. Dans ces conditions, les différentes juridictions tant nationales qu'européennes, font face à un contentieux¹⁰ toujours

¹ L'égalité constitue également une valeur, cf. C. Perelman, « Egalité et valeurs », *op. cit.* et plus récemment, E. Dockès, *Valeurs de la démocratie - huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthode du droit, Paris, 2004.

² C. Perelman, « Cinq leçons sur la justice », in *Droit, morale et philosophie*, Paris, L.G.D.J., 1968, p.14.

³ À propos de l'importance du principe d'égalité dans l'oeuvre du constituant de 1946, voir, P. Borgetto, « Egalité, solidarité... équité ? », in G. Kouby (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 - antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., Paris, 1946.

⁴ Sur cette acception, voir C. Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.* 1982, n° 2, p. 295.

⁵ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.

⁶ Voir par exemple M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p.37.

⁷ Au point que le principe d'égalité et la non-discrimination trouvent un fondement dans le même texte, voir par exemple l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

⁸ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », précité.

⁹ Pour une définition, voir *infra*.

¹⁰ Sur la distinction entre contentieux et jurisprudence, voir E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, Presse universitaire de Lyon, 1985.

croissant relatif à « l'égalité » en matière sociale. La nécessité pour les juges d'élaborer et de coordonner leur différente jurisprudence¹ constitue aujourd'hui le cadre (II) de l'étude de l'exigence d'égalité en droit social (I).

1. L'OBJET D'ÉTUDE : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ EN DROIT SOCIAL

3. Le droit social est défini, selon une acception courante, comme l'ensemble des dispositifs qui recouvrent les droits du travail et de la Sécurité sociale². Ces études se concentrent alors sur le droit applicable aux travailleurs salariés, au sens du Code du travail. Une telle définition apparaît comme trop restrictive. En effet, les droits sociaux fondamentaux³, qui pourraient bien constituer le socle du droit social, sont reconnus aux salariés comme aux agents publics⁴, titulaires ou non. Sans vouloir nier la spécificité du travail au nom du service public⁵, ni la diversité des régimes, tant du point de vue de la relation d'emploi⁶ que de la couverture des risques⁷, les agents publics et les salariés ont en commun de fournir leur activité au profit d'une autre personne, l'employeur (qu'il soit public ou privé). L'ensemble de ces considérations nous incite à envisager le droit social comme

¹ C'est-à-dire des règles jurisprudentielles, élaborées par les juges au travers de leurs décisions.

² Voir par exemple J. Pélessier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24 éd., Dalloz, 2008, n°6, p.5.

³ C.- M. Herrera, *Les droits sociaux*, PUF, Que-sais-je ?, n° 3847.

⁴ Ces agents peuvent voir l'exercice de leurs droits sociaux fondamentaux plus souvent limité par des raisons d'intérêt général, intérêt que représente leur employeur. Par exemple, l'exercice du droit de grève des fonctionnaires trouve une limite dans le principe de continuité du service public, cf. notamment P. Waquet, « La grève dans les services publics », *R.J.S.* 4/03, chron. p.275. Cette limite s'impose également au salarié au sens du Code du travail, cf. la loi du 21 août 2007, n° 2007-1124 « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres et réguliers de voyageurs », voir E. Peskine, O. Leclerc, G. Borenfreund, « Le droit de grève dans les services publics de transports de personne : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p.664.

⁵ J.-L. Bodiguel, C.-A. Garbar, A. Supiot, *Servir l'intérêt général, Droit du travail et fonction publique*, PUF, Paris, 2000.

⁶ Le droit du travail se fonde sur une relation contractuelle, alors que les fonctions publiques sont régies par un statut. Toutefois, est attachée au contrat de travail un statut du travailleur qui s'applique dès la conclusion du contrat et dont certains éléments ne peuvent être écartés par le contrat. Le contrat de travail apparaît alors comme un acte-condition, cf. G. Scelle, *Le Droit ouvrier*, 2^{ème} éd., Paris, A. Colin, 1929.

⁷ Pour les agents publics, c'est bien souvent l'État lui-même qui gère et finance directement les régimes, civils et militaires, de Sécurité sociale de ces travailleurs. Toutefois, récemment l'assurance chômage a été ouverte aux agents publics statutaires, dans les mêmes conditions d'indemnisation que les salariés.

incluant les droits applicables aux salariés et aux agents publics, en particulier aux fonctionnaires¹.

4. Au-delà de la distinction droit public/ droit privé qui traverse l'ensemble du droit français², la multiplication et la variété des statuts³ pourrait décourager toute recherche d'application d'une idée d'égalité entre travailleurs. Ceci est d'autant plus vrai aujourd'hui que la gestion des ressources humaines, tant dans les secteurs privé que public, privilégie aujourd'hui l'individualisation⁴ des travailleurs. Une telle démarche qui tend à vouloir considérer le salarié isolément rend plus difficile toute comparaison, nécessaire pour l'application du principe d'égalité. En effet, l'égalité s'entend toujours en référence à un autre. De même, l'affirmation de l'État providence nécessite une certaine liberté au profit du détenteur du pouvoir de distinguer entre les personnes afin de pouvoir mener des politiques ciblées⁵.

Pour autant, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel n'ont pas hésité, au prix de quelques adaptations⁶, à appliquer le principe d'égalité aux régimes juridiques des fonctionnaires⁷ ou à l'ensemble des politiques sociales⁸. Les juridictions européennes, quant à

¹ Auparavant des études menaient de front l'analyse du droit du travail *stricto sensu* et celle du droit applicable aux agents publics, statutaires ou non, cf. Y. Saint-Jours, *Les relations du travail dans le secteur public*, LG.D.J. 1977.

² Voir notamment J.-B. Auby, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques - the public law/private law divide : une entente assez cordiale ?*, éd. Pantheon-Assas, Paris, 2004 et les travaux du Collectif l'Unité du droit, cf. <http://www.unitedudroit.org/>

³ Au point que certains, en droit du travail, ont émis l'idée d'instaurer un contrat de travail unique, thème qui fut repris lors de la dernière élection présidentielle, afin d'éviter la parcellisation ou le morcellement du droit du travail.

⁴ Pour une étude juridique de cette notion, voir P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, éd. L.G.D.J., 2005 et E. Aubin et F. Fabbri, *L'individualisation des modes de recrutement, facteur de performance ?*, ENACT Angers, mars 2006 ; *Emploi public et performance : d'une gestion individuelle à une performance collective*, ENACT Angers, Pôle de compétences ressources humaines, mars 2006.

⁵ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2

⁶ Il semblerait que le principe d'égalité soit entendu de manière plus souple par les deux juridictions dans les domaines économiques et sociaux et serait entendu plus strictement lorsqu'il est associé aux droits civiques et politiques, cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

⁷ Cette application s'explique aisément, dans la mesure où la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose en son article 6 : «... Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁸ Voir en dernier lieu L. Cytermann, T. Wanecq, *Les politiques sociales : droit du travail, politiques de l'emploi et de la cohésion sociale*, PUF, Paris, 2010.

elles, ont rapidement fait application du « *principe d'égalité de traitement* »¹ et des règles de non-discrimination en matière sociale. Les jurisprudences européennes y sont aujourd'hui abondantes. Plus récemment encore, la chambre sociale, à côté de règles spécifiques d'égalité² et de non-discrimination énoncées dans le Code du travail, a dégagé un principe, plus général, d'égalité de traitement. Chaque juridiction semble connaître alors une expression spécifique de « l'égalité ». Il est donc nécessaire dans un premier temps d'exposer la diversité des expressions de l'égalité en droit social (A) avant de l'étudier dans sa globalité (B).

A. LA DIVERSITÉ DE « L'ÉGALITÉ » EN DROIT SOCIAL

5. « L'égalité », sous ses différentes acceptions, est affirmée par les différentes juridictions comme un droit fondamental. Elle est alors placée au sommet de chacun des ordres juridiques, nationaux comme européens³. Ce caractère fondamental⁴ lui a permis d'irradier l'ensemble du droit, en l'autorisant à sortir du « berceau » de l'égalité civile et politique, dans lequel elle a longtemps été cantonnée suite à la Révolution française pour investir la sphère des droits sociaux⁵. Si les différentes juridictions affirment toutes en chœur son caractère fondamental, cela n'empêche pas nécessairement un accord de leur part sur le contenu des « règles d'égalité ». Les expressions variées, « principe d'égalité » et « principe d'égalité de traitement » par exemple, invitent à user de la plus grande précaution dans la qualification de principe attribuée à « l'égalité ». Dans la littérature juridique, « l'égalité » est souvent énoncée sous la forme principielle, qu'il s'agisse du principe d'égalité proprement dit ou de celui de la non-discrimination. Néanmoins, si la qualification de principe ne fait pas de

¹ Voir le chapitre relatif au droit de l'Union européenne, *infra*.

² Voir notamment en faveur des salariés en contrat de travail temporaire, cf. L. 1251-18 du Code du travail.

³ Nous visons aussi bien le droit de l'Union européenne que le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. A propos de l'ordre juridique de l'Union européenne, voir C.J.C.E. 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, Aff. 26/62, Rec. p.3 : « *que la communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les états ont limite, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les états membres mais également leurs ressortissants* ; ».

⁴ Sur l'usage de l'expression droit fondamental voir V.Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lockiec et A. Lyon-Caen (sous la dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p11.

⁵ Voir Conseil d'Etat, Rapport public de 1996 sur *Le principe d'égalité*, Etudes et Documents n°48, La documentation française, 1997. Le Conseil d'État y souligne que le principe d'égalité a accompagné l'apparition de l'État providence.

doute quant au premier (1), une telle qualification est sujette à caution en ce qui concerne la seconde (2).

I. LES PRINCIPES « D'ÉGALITÉ »

6. En matière « d'égalité », les juridictions usent de différentes expressions pour viser « un » principe d'égalité. Deux ensembles juridictionnels peuvent être identifiés. Un premier groupe est constitué du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, qui visent tous deux le « principe d'égalité ». La juridiction constitutionnelle s'est en réalité directement inspirée de la jurisprudence administrative¹. Certaines décisions des deux juridictions fondent ainsi le principe d'égalité sur le même texte : l'article 6 ou l'article 13 de la D.D.H.C. Mais, si ces jurisprudences ont parfois le même fondement², cela n'est pas nécessairement le gage d'une uniformité conceptuelle. En effet, la juridiction constitutionnelle contrôle le pouvoir législatif et la haute juridiction administrative le pouvoir exécutif. La nature du contrôle n'étant pas la même, ceci affecte directement la teneur du principe d'égalité³. En outre, les deux juridictions consacrent plusieurs expressions du principe d'égalité selon le domaine dans lequel il est appliqué. Elles distinguent alors le principe d'égalité devant les charges publiques⁴, de celui devant le service public⁵, du principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics⁶, etc. Cette variation tant terminologique que substantielle a inspiré cette comparaison célèbre de Jean Rivero entre les arcanes d'une cathédrale et le principe d'égalité qui « *s'épanouit et se diversifie... en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte* »⁷. Ainsi,

¹ Voir F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997 p.37.

² Le principe d'égalité étant reconnu comme un principe général du droit par le Conseil d'Etat et principe constitutionnel par le Conseil constitutionnel, il peut être affirmé et opposé au pouvoir contrôlé même sans texte.

³ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁴ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Thèse, L.G.D.J, 1969.

⁵ Voir en dernier lieu : C. const. D.C. n°2009-584, 16 juillet 2009, Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *J.O.* du 22 juillet 2009, p. 12244.

⁶ Voir en dernier lieu : C. const.2010/20-21, 6 août 2010, M. Jean C. et autres, *J.O.* 7 août 2010, p.14615 ; pour une critique voir M. Touzeil-Divina, « La constitutionnalité de la LRU n'implique pas nécessairement le respect de l'indépendance des universitaires », *G.P.* 2010, n°252, p.14.

⁷ cf. J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966 p. 349, L'égalité a également été décrite comme un « principe-gigogne », cf. F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.* 1982, p.115.

l'énoncé général sous forme principielle cache mal la diversité des expressions et d'application du principe d'égalité.

Le second groupe fait référence au « principe d'égalité de traitement ». Ce sont la C.J.U.E.¹ et la chambre sociale de la Cour de cassation qui usent de cette expression. Il n'est pas certain que le principe qu'elles visent ait la même teneur². La formulation du principe peut étonner. Il apparaît que l'adjonction du substantif « traitement » vise à le distinguer du principe d'égalité « tout court », tel que reconnu par les juridictions administratives et constitutionnelles françaises³. Ce terme semble signifier qu'il s'applique en premier lieu à tout processus dont une personne juridique⁴ est l'objet. Un traitement peut être défini comme « manière d'agir avec « quelqu'un » »⁵. Le terme volontairement large ou souple quant à sa signification présente l'avantage de recouvrir un spectre fort étendu d'actions qui peut concerner tant les actes juridiques que les décisions⁶ voire même un comportement⁷.

¹ Voir par exemple C.J.C.E, 14 décembre 2007, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, aff. 481/2006, Rec. 2007 page I-00193, point 13 : « *il ressort du silence de la République hellénique qu'elle ne conteste pas que la réglementation nationale litigieuse n'est pas conforme aux obligations découlant des règles fondamentales et des principes généraux du traité, en particulier l'égalité de traitement et l'obligation de transparence* » (c'est nous qui soulignons). Par convention nous désignerons la Cour de justice sous sa nouvelle appellation dans le corps du texte. En revanche dans les références en note de bas de page nous prendrons soin de garder l'appellation de la Cour au moment de la décision.

² Notamment du fait que le principe d'égalité de traitement affirmé par la C.J.U.E. embrasse l'ensemble du droit communautaire et dépasse donc les frontières du droit social, alors que la chambre sociale le cantonne, du fait de son domaine de compétence limité, au droit du travail.

³ Néanmoins, la chambre sociale dans un arrêt Cégélec du 29 mai 2001, a appliqué le principe d'égalité de traitement entre organisations syndicales, arrêt rendu au visa des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration de 1789, autrement dit du principe d'égalité constitutionnel. Si une différence conceptuelle peut exister entre les deux principes, l'un trouve son fondement dans l'autre. (Soc. 29 mai 2001, *Bull.V* 2001, n° 185 p. 146 ; G. Borenfreund, « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. Soc.* 2001, p.821).

⁴ Si le principe d'égalité de traitement en droit social est appliqué dans la très grande majorité des arrêts aux travailleurs, la chambre sociale l'applique également aux organisations syndicales, cf. Soc. 29 mai 2001, *Bull.V* 2001, n° 185 p. 146, préc. La C.J.U.E. applique le principe également aux personnes morales, notamment en matière de politique agricole et de droit de la concurrence cf. C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Aff. jointes 117-76 et 16-77, *Rec.* 1977 p. 1753 ; C.J.C.E. 23 février 1983. Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Aff. 8/82, *Rec.* 1983 p. 371.

⁵ Voir le Trésor de la Langue Française informatisé, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

⁶ La décision peut être définie comme un « acte de volonté, juridique ou matériel, qui procède d'une opération de jugement logique et psychologique et peut en ce sens être rapportée à l'application d'une règle », cf. E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Ed. L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, n°249, p.170.

⁷ Le comportement peut être défini comme la manière d'être ou d'agir d'une personne, considérée dans son ensemble (Trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>). La référence au comportement

L'adjonction de ce terme semble donc marquer la volonté des juges de porter leur contrôle sur l'application concrète, sur des éléments matériellement vérifiables de l'espèce. Le principe d'égalité de traitement se distinguerait alors du principe d'égalité tout court par la nature de son contrôle, qui serait effectué alors *in concreto* et non *in abstracto*. Le principe d'égalité tout court, tel que conçu par les juridictions administratives et constitutionnelles françaises, suppose en effet une conception *in abstracto*, car intimement liée avec la conception de la norme légale, impersonnelle et générale.

La jurisprudence de la C.E.D.H. occupe une place à part, car cette Cour ne reconnaît officiellement pas de « principe » d'égalité. En effet, l'économie particulière de l'article 14 de la Convention, qui n'a pas d'existence indépendante vis-à-vis des autres articles, lui interdit la reconnaissance d'un tel principe, à vocation générale¹. Toutefois, la Cour a su assouplir les conditions d'applications de l'article 14 C.E.S.D.H.L.F., qui fait l'objet d'une jurisprudence abondante et a pu prospérer notamment en droit social².

7. Les différentes formulations des principes d'égalité attestent donc de sa vigueur, au prix d'une certaine malléabilité³, qui aboutit à ce que chaque domaine, chaque juridiction ait « son propre » principe d'égalité ou sa règle d'égalité, peu importe son expression. Le caractère normatif⁴ de ces différents principes d'égalité n'est pas contesté⁵. Leurs applications

suppose de ne pas considérer une action isolément, mais de prendre en compte plusieurs actions. Ainsi, un comportement discriminatoire à l'encontre d'un salarié, mandaté syndical, pourra être démontré par l'évolution de carrière de celui-ci.

¹ Par contre le protocole n°12, s'il entre en vigueur, vise (une interdiction générale de la discrimination article 1)) un principe général d'égalité. Protocole n° 12 à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, Rome, 4 novembre 2000.

² Voir chapitre relatif à la jurisprudence de la C.E.D.H.

³ A. Jeammaud a écrit à ce propos : « Une règle d'un type particulier, certes, par le haut degré de généralité de sa teneur et l'ampleur de son impact, ce mélange de concentration et d'indétermination qui accroît l'imprévisibilité des conséquences d'application de toute règle non écrite confrontée à des situations concrètes », cf. A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, p.694.

⁴ Nous ne nous situons pas dans le sillage de la doctrine de R. Dworkin qui distingue principe et règle. Cette démarche apparaît comme trop déontique ; cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Française révisée et présentée par F. Michaut, P.U.F., 1995, spéc. 79 et s. et du même auteur, *Une question de principe (A Matter of Principle)*, P.U.F., 1996.

⁵ En effet, il n'est pas nécessaire alors de recourir à une construction systématique de la jurisprudence pour dégager l'existence d'un principe. Celui-ci est directement affirmé par la jurisprudence elle-même.

maintes fois réitérées ne permettent pas de douter qu'ils constituent des principes-normes¹. En revanche, cette nature principielle n'est pas adéquate pour la non-discrimination.

II. UN PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION ?

8. Hormis la C.J.U.E.², aucune autre juridiction ne reconnaît de principe de non-discrimination³. Néanmoins, en matière sociale⁴, la juridiction communautaire semblait ne recourir à l'expression que pour reprendre un « principe » tel qu'énoncé par le législateur⁵ communautaire lui-même⁶, ou encore ne reconnaître qu'un type particulier de non-discrimination, celle en raison de la nationalité⁷. Cette dernière règle de non-discrimination est étroitement liée à la liberté de circulation, liberté fondamentale en droit communautaire⁸.

¹ Expression empruntée à B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, préf. A. Jeammaud, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. 7.

² L'expression d'un principe de non-discrimination existe depuis longtemps dans le domaine agricole, cf. C.J.C.E. 26 mars 1987, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons contre Receveur des douanes de Saint-Denis et Directeur régional des douanes de la Réunion, Aff. 58/86, *Rec.* 1987 p. 01525. Un tel principe a également été appliqué dans les contentieux relatifs aux accords de coopération en matière de sécurité sociale entre la communauté européenne et le Maroc et l'Algérie, ainsi que dans les accords d'association, notamment avec la Turquie, cf. par exemple C.J.C.E. 31 janvier 1991, Office national de l'emploi contre Bahia Kziber, Aff. C-18/90, *Rec.* 1991 p. I-00199.

³ L'expression de « principe de non-discrimination » figure dans des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, mais elle est utilisée alors par ses juridictions soit pour reprendre une expression du législateur, soit pour viser une disposition d'un Traité international, que ce soit l'article 14 de la C.E.S.D.H.L.F. (voir en dernier lieu C.E. 6 juillet 2010, n° 340848) ou l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (C.E. 30 juillet 2010, n° 316758).

⁴ Dans les domaines qui font l'objet de politiques communautaires plus intégratives, comme la politique agricole ou les droits d'auteurs, la Cour a reconnu l'existence d'un tel principe, cf. par exemple C.J.C.E. 23 février 1983. *Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Aff. 8/82, *Rec.* 1983 page 371.

⁵ Voir L. Guillou, *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, L.G.D.J., Paris, 2010.

⁶ Voir à propos de la Directive 2000/78/CE, cf. par exemple C.J.C.E. 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG, Aff. C-555/07, *Rec.* 2010; ou des travailleurs engagés par contrat à durée déterminée, cf. C.J.C.E. 13 septembre 2007, Yolanda Del Cerro Alonso contre Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Aff. C-307/05, *Rec.* 2007 p. I-07109. Précédemment le titrage des arrêts faisait souvent référence à un « principe de non-discrimination », sans que celui-ci ne soit exprimé ni dans les motifs ni le dispositif de l'arrêt, voir par exemple cf. C.J.C.E. 15 septembre 2005, Office national de l'emploi contre Ioannis Ioannidis, aff. C-258/04, *Rec.* 2005 p. I-08275, dont les motifs sont fondés sur le principe d'égalité de traitement et non pas de non-discrimination.

⁷ C.J.C.E. 28 novembre 1989, Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee, C-379/87, *Rec.* 1989 p. 03967, selon lequel : « le principe de non-discrimination s'oppose à ce qu'il soit prescrit que les connaissances linguistiques en cause aient été acquises sur le territoire national. Il implique, par ailleurs, que les ressortissants des autres États membres aient la possibilité de se représenter à l'examen oral qu'ils n'auraient pas réussi, lorsqu'ils sont à nouveau candidats à un emploi de professeur adjoint ou de professeur » (point 23). Cette jurisprudence ne s'applique que dans le cadre de l'article 48 du traité CE, devenu, après modification, article 39 CE, aujourd'hui article 45 du Traité F.U.E.

⁸ Voir le chapitre relatif à la jurisprudence de la C.J.U.E.

Ce lien a certainement suscité la qualification de principe qui lui est attachée. Aujourd'hui, la C.J.U.E. tire de l'énoncé des articles 18 et 21 du Traité F.U.E.¹ le constat de l'existence « *d'un principe de non-discrimination* »², à vocation générale, qui s'applique notamment en matière de droit social.

L'expression de la non-discrimination sous forme principielle relève davantage du discours de la doctrine³. Certains appellent d'ailleurs de leurs vœux la consécration légale d'un principe général de non-discrimination⁴. Toutefois, le recours à une telle expression est sujet à caution pour au moins deux raisons. Tout d'abord, la non-discrimination est avant tout « *affaire de motif* » de l'acte ou de l'agissement⁵. La Constitution, la loi ou les textes européens⁶ affirment que le recours à certains critères est en soi arbitraire et ne peut valablement fonder une décision⁷. Ils ne visent que le recours à certains critères, préalablement identifiés. Comme l'écrit M. Jeammaud, « *l'affirmation de la positivité d'une telle norme [un « principe de non-discrimination »] ne pourrait résulter, en logique, que d'une induction amplifiante à partir de leur rapprochement. Nous voyons mal, toutefois, en quoi pourrait consister un « principe de non-discrimination » sans autre précision, c'est-à-dire sans énumération des motifs transformant une distinction, décision ou pratique en discrimination. Tout au plus pourrait-on affirmer la positivité, en droit français, d'un « principe de non-discrimination en raison du sexe », ou de quelques autres motifs dont la « mise hors la loi » par les textes paraît systématique* »⁸. Une autre raison milite contre la

¹ Ces deux articles sont désormais inscrits dans la deuxième partie du Traité intitulée « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union ». Ils étaient codifiés antérieurement aux articles 12 et 18 du Traité C.E.

² C.J.U.E. 13 avril 2010, Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française, Aff.C-73/08, Rec. 2010 : « ... il ressort du libellé de l'article 13, paragraphe 2, sous c), du pacte que celui-ci poursuit en substance le même but que les articles 18 et 21 TFUE, à savoir garantir le principe de non-discrimination dans l'accès à l'enseignement supérieur. Ceci est confirmé par l'article 2, paragraphe 2, du pacte, selon lequel les États parties au pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés soient exercés sans discrimination aucune fondée, notamment, sur l'origine nationale » (point 86). (c'est nous qui soulignons).

³ Voir par exemple C.Aubin et B.Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Dr.Soc.* 2007 p. 1295 ; Rapport sur les discriminations en droit français dans la vie du travail, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journée de Bruges 2001.

⁴ P. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. Soc.* 2003, p.276.

⁵ A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, p.694.

⁶ Notamment l'article 14 CESDHL et les articles 18 et suivants TFUE

⁷ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.

⁸ A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », *préc.*

reconnaissance de la non-discrimination sous la forme principielle. Les auteurs visent à travers l'expression d'un principe de non-discrimination un principe général de prohibition¹, qui connaît certains aménagements pour des emplois particuliers ou pour permettre la mise en place de politiques de « discrimination positive » ou « d'action positive »². Le « principe » de non-discrimination serait un principe d'abstention³ de l'utilisation de certains critères. Autrement dit, il obligerait à un « aveuglement »⁴ tenant à certaines caractéristiques, comme le sexe, la couleur de peau... qui ne doivent jamais être prises en considération dans un processus décisionnel. Pourtant, il est difficile d'affirmer aujourd'hui que la non-discrimination se résume à la prohibition. En effet, certaines règles de non-discrimination visent au contraire à obliger le détenteur du pouvoir à prendre en considération le trait discriminatoire. Il en est ainsi à propos de l'état de santé du salarié. Lorsque ce dernier revient dans l'entreprise suite à un congé maladie, mais que le médecin du travail le déclare inapte⁵ à occuper son poste habituel, l'employeur a l'obligation de le reclasser sur un autre poste qui correspond aux recommandations du médecin. Dès lors, l'employeur n'est plus tenu d'être « aveugle » sur l'état de santé du salarié⁶, mais est obligé de prendre en considération

¹ Voir en particulier en droit pénal, cf. M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.

² Le droit de l'Union européenne recourt plus volontiers à l'expression d'action positive en lieu et place de ce qui est souvent dénommé « discrimination positive ». Voir, par exemple les directives 2000 : Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de « race » ou d'origine ethnique, adoptée par le Conseil de l'Union Européenne du 29 juin 2000, *J.O.* n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022 – 0026 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail *J.O.* n° L 303 du 2/12/2000, p. 16–22.

³ Voir R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003.

⁴ Nous reprenons ici une expression employée à propos du droit antidiscriminatoire des Etats-Unis d'Amérique par certains juges ou auteurs de doctrine qui visent une exigence de « *color-blindness* », c'est-à-dire un « aveuglement à la couleur de peau », critère qui ne doit jamais être pris en considération. Ce qui ne va pas sans poser de problème d'articulation avec les politiques d' « *affirmative action* » cf. G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., 1998 ; D.Sabbagh *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, collection « Études politiques », 2003 ; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

⁵ Voir notamment J.-P. Laborde, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991.615.

⁶ Ce qui lui interdit notamment d'avoir connaissance de la nature de la maladie du salarié. Ainsi, un employeur ne peut recourir à des tests systématiques de dépistage du virus du V.I.H., sur cette question cf. notamment E. Heilmann (dir.), *SIDA et libertés : la régulation d'une épidémie dans un Etat de droit*, Actes Sud, Arles, 1991.

l'inaptitude du salarié telle que constatée par le médecin¹. Les règles de non-discrimination relatives au handicap sont une autre illustration de cette « forme » de non-discrimination : l'employeur doit désormais² prendre des aménagements raisonnables, c'est-à-dire qu'il est tenu de prendre « *les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée* »³. Dans ces cas, la non-discrimination ne consiste plus dans la prohibition, mais bien au contraire dans le recours encadré⁴ au critère discriminatoire. Pour l'ensemble de ces raisons, il apparaît hasardeux de viser un principe

¹ Cette précision est importante car elle encadre la prise en considération de l'état de santé par l'employeur, qui ne jouit pas de liberté dans l'appréciation du caractère plus ou moins grave de l'inaptitude.

² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail *J.O. n° 1 303 du 2/12/2000, p. 16-22.* ; L. Aouar, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, sous la direction de Mme I. Vacarie, soutenance du 7 décembre 2009 à l'Université Nanterre Paris X, non encore publiée.

³ L'article 5 de la directive précitée: « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

⁴ Soit par une procédure, comme le recours au médecin du travail, soit par une exigence de justification, comme pour le critère discriminatoire de l'âge, dont le recours peut être justifié « *lorsqu'elles [les différences de traitement fondées sur l'âge] sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* » (cf. article 6 de la directive 2000/78, précitée, Justification des différences de traitement fondées sur l'âge : « *1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre: a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection; b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi; c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. 2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe* »).

général et unique valable pour l'ensemble du dispositif antidiscriminatoire. La qualification de principe¹ peut toutefois être utilisée pour l'ensemble des règles propres à un critère discriminatoire (le sexe, l'origine, la nationalité...), ou encore, dans le langage doctrinal, pour souligner la place au sommet de la hiérarchie des normes de ces règles². Dans cette dernière hypothèse, cela revient peu ou prou à affirmer le caractère fondamental³ de la non-discrimination⁴.

Sans conteste, l'idée d'égalité connaît bien des expressions et des applications en droit, notamment en droit social. Il convient d'en souligner la diversité. Il semblerait qu'il existe ainsi plusieurs « principes » d'égalité, chacun reconnu par une juridiction différente. En outre, la qualification de « principe » se prête mal à la non-discrimination, dont la signification a substantiellement changé pour ne plus recouvrir uniquement des cas de prohibition de recours à certains critères déterminés. Sans compter les confusions, malheureusement fréquentes, entre règles de non-discrimination et principe d'égalité⁵. Celles-ci sont d'ailleurs entretenues par le législateur de l'Union européenne lui-même, lorsqu'il explique en préambule de la directive du 27 novembre 2000⁶ : « *Aux fins de la présente directive ... on entend par "principe d'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'art. 1^{er}* ». Le législateur qualifie de principe d'égalité une absence de discrimination, dont il prend bien soin de préciser qu'il ne s'applique que pour les critères propres à la non-discrimination... Cette diversité tant dans la « texture » de l'égalité, que dans les significations possibles de l'idée d'égalité au sein des différents dispositifs juridiques constitue un défi pour une étude systématique de l'égalité en droit social.

¹ Sur l'usage du terme « principe » voir A. Jeammaud, « De la polysémie du terme « principe dans les langages du droit et des juristes », in S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p.49 ; du même auteur,

« Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. Soc* 1999, p. 115-124

² Sur la différence entre principe et règle voir *infra*.

³ Sur les différents sens en droit V.Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lockiec et A. Lyon-Caen (sous la dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005 ; voir aussi E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 20 juillet-20 août 1998, p. 6.

⁴ Voir en ce sens I. Vacarie et A. Lyon-Caen, « Droits fondamentaux et droit du travail », *Études en l'honneur du Président Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, décembre 2000.

⁵ Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport de la Cour de cassation, 2008.

⁶ Directive 2000/78, préc.

⁷ Soit la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

L'appréciation globalisante de l'égalité que suppose une telle entreprise nécessite alors un outil conceptuel qui permette de rendre compte dans le même mouvement de l'aspiration égalitaire de ces différents dispositifs, tout en respectant leur diversité. Il s'agit de l'exigence d'un droit, et plus particulièrement de l'exigence d'égalité.

B. L'EXIGENCE D'UN DROIT ET L'ÉTUDE DE L'ÉGALITÉ EN DROIT SOCIAL¹

9. L'exigence d'un droit, qu'il s'agisse de l'égalité² ou de la proportionnalité³, se distingue de la règle de droit ou du principe juridique. C'est une notion autonome, qui a été définie pour l'établissement d'une typologie particulière⁴, afin de pouvoir mieux déterminer la nature du concept juridique de proportionnalité. Il est possible de distinguer trois classes : les principes-normes, les principes-idées et l'exigence en droit⁵. L'exigence en droit constitue une classe intermédiaire entre les principes-normes et les principes-idées. La distinction entre ces dernières réside essentiellement dans la différence de « niveau » de langage des juristes. Le concept de principe-norme désigne les normes qui sont dénommés « principe » par le constituant⁶, le législateur⁷ ou encore la jurisprudence⁸. Ces principes appartiennent au droit positif. Il est généralement professé que de tels principes se distinguent des règles de droit, les premiers énonçant une orientation générale⁹, les secondes constituant quant à elles des

¹ Les lignes qui suivent ont été inspirées de la thèse de M. B.Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, préc.

² L'exigence d'égalité a été pour la première fois dégagée par M. P. Rongère, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. Soc.* 1990, p.100 et précisée par M. A. Jeammaud dans son étude sur le principe d'égalité de traitement des salariés, cf. A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, p.694.

³ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, préc.

⁴ *Ibid*, p. 6 et suivantes. Cette typologie se fonde sur celle de J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle*, Etudes en l'honneur de Georges Ripert, L.G.D.J., 1950, t.1, p.51. M. Géniaut dépasse les 5 emplois du terme « principe » dégagé par M. Boulanger, pour dégager une classe supplémentaire, celle des principes-exigences.

⁵ Autrement dénommée principe-exigence. Sur ce tryptique, voir M. B.Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, préc.p.6 et suivantes.

⁶ Par exemple « Les principes fondamentaux en droit du travail », de l'article 34 de la Constitution.

⁷ A titre d'illustration, le Code de procédure civil s'ouvre sur un chapitre 1er : « Les principes directeurs du procès », article 1 et suivants.

⁸ Dont les différents principes d'égalité font partie.

⁹ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Française révisée et présentée par F. Michaut, P.U.F., 1995, spéc. p.79.

énoncés juridiques d'application¹. Les principes sont alors dans cette perspective des énoncés juridiques de justification, qui sous-tendent les règles et permettent de les justifier, de les diriger et de les adapter². Toutefois, une telle conception relève d'une logique « déontique » de la normativité³. La signification normative d'un énoncé repose alors sur la liaison entre une conduite et un sujet au moyen d'un facteur déontique du type « doit faire », « ne doit pas faire » ou « peut faire »⁴. La norme juridique serait alors une règle de conduite⁵. Une telle conception se prête mal à la classe des principes-normes, car ceux-ci, en raison de leur abstraction sont imprécis ou indéterminés⁶. Ainsi, le principe constitutionnel d'égalité n'assigne pas un comportement en particulier, une conduite déterminée. Il se prête mal à une traduction sous forme de règles qui impose, interdit ou permet. Les principes-normes peuvent être appréciés de manière plus convaincante par une conception fonctionnelle de la normativité. Dans cette perspective, la règle juridique est un instrument, un « *fait pour* »⁷. Les règles de droit doivent alors être comprises comme des références pour les actions⁸. Cette conception instrumentale du droit permet de souligner que nombre de principe-normes désignent « *une règle jurisprudentielle, dépourvue d'assise textuelle ou purement prétorienne* »⁹. Ainsi le principe d'égalité appartient à la catégorie des principes généraux du droit affirmé par le Conseil d'Etat, qui sont applicables même sans texte. La chambre sociale de la Cour de cassation, par une interprétation inductive, a dégagé le principe d'égalité de

¹ D. Roux, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Wilson et Lafleur, 2005, p.45.

² Voir D. Roux, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, *Op. cit.*

³ G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, L.G.D.J., 1965.

⁴ Voir B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.11.

⁵ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p.171.

⁶ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.12

⁷ Voir P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., 1964, spéc. P.268.

⁸ M. Jeammaud précise : « *toute règle juridique constitue, en tant que telle, une référence (ou un modèle), voué à et permettant de déterminer comment des « choses » (des conduites, mais aussi et plus souvent des situations, rapports, organisations, actes voire chose matérielles, etc.) doivent être du point de vue de l'ordre auquel la règle appartient et qui n'admet pas d'autre étalon (sauf renvoi à d'autres ordres de règles)* », cf. A. Jeammaud, « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in *Le droit dans l'action économique*, C.N.R.S., éd. 2000, p.219.

⁹ A. Jeammaud, « Le principe de faveur... », *préc.* Une telle approche permet de souligner l'acte de volonté des juges et autorise une démarche critique. Elle permet notamment de douter de la « découverte » par les juges de principes « en suspension », qui serait en latence, démarche défendue notamment par J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 1ère éd., PUF, 1955, n°29, p.101.

traitement, qui est désormais directement mentionné en tant que tel dans les visas des arrêts¹, sans mention d'aucun texte législatif, constitutionnel ou européens.

Les principes-idées n'appartiennent donc pas en tant que tel au langage du droit positif, mais à celui de la doctrine. Cette dernière livre alors une « *représentation synthétique et systématique de l'ensemble des règles composant le droit positif* »². L'utilisation du terme « principe » a alors une vocation didactique³, qui permet de souligner l'importance de l'idée en cause dans la compréhension de la branche du droit⁴ ou d'un dispositif juridique en particulier. Il arrive bien souvent que ces principes-idées soient plus « *destinés à exprimer une référence à un système de valeurs* » qu'à « *remplir une fonction descriptive* »⁵. Le principe-idée est alors empreint d'une connotation idéaliste, qui relève d'un langage extérieur au système juridique⁶ et relève de la description du droit.

Enfin, la classe des « principes-exigences » ou de l'exigence d'un droit⁷, visent des normes juridiques et se distinguent en conséquence des principes-idées, qui demeurent descriptifs⁸. L'exigence d'un droit se distingue du principe-norme, car ce dernier vise la nature de la norme (par opposition à la règle, moins générale et abstraite). Le principe-norme vise la prétention (illocutoire) normative d'un principe, alors que l'exigence vise plutôt sa prétention (perlocutoire) contraignante. En effet, l'exigence en droit suppose que ce qui est

¹ Soc., 30 janv. 2008, n° de pourvoi: 06-46447, dans lequel est pour la première fois visé le principe d'égalité de traitement.

² B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p.84. M. Jeammaud rapproche une telle activité descriptive de l'activité dogmatique de la doctrine, cf. « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. Soc.* 1982, p.618.

³ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, 1999 p.28.

⁴ Ainsi à propos du principe dit « de faveur » en droit du travail, dont certains auteurs ont écrit qu'il constituait « *l'âme du droit du travail* », cf. Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable » in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris 1989, p. 243. Mme V. Champeil-Desplats évoque un « *travail de généralisation et de rationalisation des énoncés normatifs de droit positif* », cf. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridique*, PUAM-Economica, 2001, p.36.

⁵ B. Oppetit, *Droit et modernité*, *Op. cit.* p.85.

⁶ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.27.

⁷ M. Géniaut vise dans son introduction, les principes-exigences pour les distinguer des principes-normes. En revanche, dans la suite de sa thèse, il vise « l'exigence de proportionnalité » sans référence à une énonciation principiel. *Ibid* p.43 et suivantes.

⁸ Pour une distinction entre principes descriptifs et principes normatifs, cf. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., 2002, cité par B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.17.

exprimé soit requis à titre obligatoire ou par contrainte¹. Elle suppose donc de se focaliser sur la vocation normative de l'énoncé et l'usage auquel il est destiné². Dans la conception fonctionnelle de la normativité, les règles de droit ne sont pas des règles de conduite, mais des règles qui servent de référence à l'action³. La normativité d'un énoncé ne dépend pas de son contenu propositionnel, mais tient à sa vocation à servir de référence, pour déterminer ce qui doit être, ou apprécier ce qui est en fonction de ce qui devrait-être⁴. L'exigence d'un droit suppose alors de s'intéresser au rapport entre le sens et l'énoncé. Ce qui conduit à examiner plus particulièrement les interprétations données par les « interprètes authentiques »⁵, qui commandent l'application de la norme à une espèce particulière. En effet, un énoncé se trouve doté de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir⁶. C'est ce choix et ses implications dans l'application juridictionnelle de la norme qu'il s'agit alors d'étudier.

10. Comme l'écrit Monsieur Géniaut à propos de la proportionnalité « l'étude des manifestations de l'exigence⁷ doit permettre de percevoir les voies par lesquelles elle se donne et d'apprécier par là même sa diversité, son étendue et son expansion dans les relations de travail »⁸. Une telle démarche appliquée à l'égalité en droit social, suppose de s'intéresser aux nombreuses expressions de l'idée d'égalité en droit⁹, dont certaines relèvent de principes-normes¹⁰, alors que d'autres sont des règles (spéciales) d'égalité, qui ne peuvent entrer dans une telle catégorie. Notre étude, si elle ne s'en désintéresse pas - loin s'en faut -, n'a pas pour objet premier l'étude du discours sur le droit, celle des écrits de la doctrine juridique sur l'idée d'égalité. Elle vise plutôt les usages de l'exigence d'égalité par les « interprètes

¹ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.48.

² *Ibid*, p.49

³ Voir *infra*.

⁴ A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p.207.

⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Einsenmann, 2^{ème} éd. Bruylant L.G.D.J.. Coll. La pensée juridique, 1999.

⁶ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF 1994 ; *Le Droit, la théorie du droit*, PUF, 2001 ; « Interprétation », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p.843.

⁷ Qui peuvent être explicites ou implicites. Il en va de même pour l'égalité, bien que très généralement ses manifestations soient explicitées. Voir pour un exemple d'égalité implicite : les critères de l'ordre des licenciements, qui ne sont pas directement visés comme une règle d'égalité, cf. L.1233-5 du Code du travail.

⁸ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail - De l'exigence au principe*, *Op. cit.*, p.58.

⁹ Cf. *infra*

¹⁰ Nous insistons sur le fait que M. Géniaut a décrit une typologie et non une classification, si bien qu'un même objet peut appartenir aux différentes classes décrites. Ses recherches démontrent d'ailleurs le passage, de la proportionnalité, d'une classe à l'autre, notamment de l'exigence au principe-norme.

authentiques »¹ que sont les juges et les relations qu'elle suppose entre les différentes juridictions. C'est en cela que le « dialogue des juges » peut servir de cadre d'analyse utile.

2. LE CADRE D'ANALYSE : LE « DIALOGUE DES JUGES »

11. Le dialogue des juges ne vise évidemment pas celui qui se tient lors du délibéré d'une décision de justice ou encore de l'échange informel entre des juges au cours de colloques ou de rencontres. Si l'étude de ces dialogues n'est pas dénuée d'intérêts², tant d'un point de vue sociologique³ que de celui de l'élaboration de la jurisprudence, le « dialogue des juges » est une expression qui, dans le langage des juristes, vise en réalité celui des juridictions⁴. Ce dialogue particulier est aujourd'hui présenté comme « une pratique courante »¹.

¹ La théorie « réaliste de l'interprétation » de M. Troper suggère que la norme n'est pas posée par les créateurs de celle-ci (le législateur par exemple), mais par les interprètes authentiques (la Cour de cassation par exemple), et, qu'avant l'interprétation de ces derniers, les énoncés n'ont aucune signification, cf. M. Troper, « Répliques à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.* 2002, p.335.

² Voir notamment les propos introductifs de B. Stirn, « Le Conseil d'Etat et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvins-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p.81.

³ Voir J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Thémis-PUF, 1978, p.392 : « Max Weber a mis en relief le rôle de ce qu'il appelle l'état-major du droit (*Rechtsstab*), c'est-à-dire les professions juridiques. On peut aussi parler, à ce sujet, des acteurs du droit. Autour de deux d'entre eux le législateur, mais surtout le juge tendent à se former des sociologies particulières. (...) La sociologie judiciaire est plus franchement reconnue comme une discipline distincte. On s'explique qu'elle ait rencontré aux États-Unis un terrain de prédilection, si l'on réfléchit à l'importance du juge dans la société américaine et dans le droit de la Common Law. Dans un premier volet, elle se présente comme une sociologie des professions : les magistrats, les avocats sont pris pour objet d'étude, sous l'angle de leur recrutement, de leurs opinions, de leurs comportements envers les justiciables, de l'image qu'ils donnent d'eux-mêmes dans le grand public, etc. Mais c'est le jugement qui est au cœur de la sociologie judiciaire, la formation du jugement, le sentencier. Le phénomène pourrait sembler relever de la psychologie : psychologie des petits groupes quand le tribunal est collégial, ou même psychologie individuelle quand le juge est unique. De fait, la sociologie judiciaire ne peut ici se passer de la psychologie judiciaire ; mais elle affirme sa spécificité en cherchant à établir des corrélations entre le contenu de la sentence et les données proprement sociales qui environnent le juge ».

⁴ Les « échanges » entre juridictions ont très tôt été identifiés, cf. R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976. Le recours préjudiciel devant la C.J.C.E., la C.J.U.E. aujourd'hui, a rapidement été présenté comme un dialogue, voir N. Questiaux qui souligne l'effort du juge communautaire pour que ce mécanisme préjudiciel « se déroule comme un dialogue confiant de juridictions à juridictions », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974 p.388. Le premier à avoir popularisé cette expression est le commissaire du gouvernement Genevois, dans ses conclusions dans la jurisprudence dite « Cohn-Bendit », cf. B. Genevois, concl. C.E. Ass. 22 décembre 1978, Cohn-Bendit, *D.* 1979, p.161. L'expression fut utilisée alors pour désigner les rapports entre juges administratifs et communautaires et pour l'opposer à l'expression de « gouvernement des juges », qui serait monologique et constituerait un refus de dialogue et à la « guerre des juges », qui emporterait une opposition franche entre les juridictions et serait néfaste pour le justiciable. Le dialogue des juges est tenu alors pour une voie moyenne entre les deux autres figures d'interaction entre les juges. Expression devenue tellement populaire et attachée à sa

Il convient tout d'abord d'identifier les spécificités de ce dialogue entre des institutions particulières, les juridictions « suprêmes », architectes de la norme jurisprudentielle (A). Ce n'est qu'une fois ce travail accompli qu'il sera possible d'étudier la raison d'être de ce dialogue, qui est la coopération entre des juridictions en réseaux (B). Si des dispositifs juridiques, tant institutionnels que processuels, sont mis en place pour permettre les « échanges » au cours d'un même contentieux, le dialogue ne se réduit pas à ceux-ci. Le dialogue des juges, plus que de permettre aux juridictions d'interagir, vise à confronter ou conforter les énoncés des décisions de justice et plus particulièrement les règles jurisprudentielles des différentes juridictions en dialogue. Le dialogue a donc pour objet la coordination des jurisprudences, le travail interprétatif des juges² (C).

A. LA SPÉCIFICITÉ DU DIALOGUE DES JUGES

12. L'expression « dialogue des juges » sous son apparente évidence est pour le moins ambivalente. Il est donc nécessaire de dissiper le « flou » qui l'entoure (1), avant d'en décrire les éléments essentiels (2).

I. L'AMBIVALENCE DU DIALOGUE DES JUGES

13. Certains auteurs se montrent critiques quant à la diffusion et la consistance de l'expression de dialogue des juges. Ils critiquent « *son imprécision même et sa malléabilité* »³, qui tient « *de la figure de style, sans consistance véritable* »⁴. Au point même que certains y voient une « *pure incantation émanant de certains juges, renvoyant plus à la méthode Coué*

personne que les mélanges qui lui sont dédiés en portent les stigmates : *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur de B. Genevois, Dalloz, 2009.

¹ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloges de la « bénévolence » des juges », *R.S.C.* 2005, p.804.

² Le dialogue des juges invite alors à une étude de l'intertextualité des décisions juridictionnelles, qui désigne « à la fois une propriété constitutive de tout texte et l'ensemble des relations explicites ou implicites qu'un texte ou un groupe de textes déterminé entretient avec d'autres textes », cf. P. Charaudeau, D. Maingueneau, *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil, Paris, 2002. Le dialogue des juges suppose dans cette perspective l'étude de l'intertextualité des décisions de justice entre elles. Les références des unes aux autres pouvant être explicite (intertexte) ou implicite (intertextualité).

³ F. Sudre, « Avant- propos », in F. Sudre (dir.) ; *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'I.D.E.D.H., 2007, n°11, p.8.

⁴ F. Sudre, « A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle* : Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gatron, éd. A. Pédone, Paris, 2004, p.208.

qu'au constat vérifié »¹. Monsieur Brunet dénonce, à propos de ce dialogue, l'« imprécision [qui le] fait apparaître comme une clef qui ouvre toutes les serrures »². D'autres auteurs, pourtant promoteurs de l'expression de dialogue des juges, y voient un « ectoplasme », qui « lorsqu'[il] apparai[t], [son] existence n'est pas pour nous certaine »³. L'ensemble de ces critiques et doutes peut être conjugué avec une certaine circonspection. Les décisions de justice qui tranchent un litige, sont unilatérales. Le seul débat existant au sein des juridictions est celui des parties présentes devant le juge. La position « d'arbitre » de ce dernier lui interdit de prendre véritablement part⁴ dans ce dialogue conflictuel. Il doit au contraire le trancher de manière unilatérale⁵, ce qui apparaît pour le moins monologique. M. Gaudemet ajoute à propos du dialogue des juges, que « le juge ne peut diluer sa décision dans les aléas et concessions du dialogue. C'est donc d'une autre forme de dialogue qu'il s'agit ».

La dialogue des juges peut toutefois constituer un instrument utile pour rendre compte des échanges qui existent entre les décisions juridictionnelles, qui influencent le travail d'interprétation des juges. Le dialogue peut dans cette perspective être défini comme « un type de communication dans lequel les sujets de celle-ci sont l'un et l'autre, émetteur et récepteur, et normalement, l'un après l'autre, chacun son tour »⁶. Si les interlocuteurs du juge ne sont pas les parties, il peut s'agir des autres juges, des autres juridictions. L'existence d'un interlocuteur potentiel ne constitue pas pour autant un dialogue. Il faut un échange et une communication. Le dialogue des juges a été dans un premier temps identifié afin de permettre

¹ F. Lichère, « Propos introductifs », in F. Lichère, L. Potvins-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p. 12.

² P. Brunet, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, juin 2009, <http://www.laviedesidees.fr/>

³ Voir M. Auvray, *Le dialogue entre le Conseil d'Etat et cours européennes - L'exemple significatif du principe d'égalité*, Thèse soutenue le 5 décembre 2009 à l'université Montpellier 1, p.18, reprenant une citation de J.-B. Auby, « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », *A.J.D.A.* 1996, n° spécial, p.189.

⁴ Une coopération peut exister néanmoins entre le juge et les parties dans l'œuvre commune de justice, cf. S. Guinchard et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Précis Dalloz, Paris, 2ème édition, 2003, p.864.

⁵ « L'acte de justice [...] est fondamentalement un acte d'autorité », cf. Y. Gaudemet, *Conclusions du colloques*, in D. Lukaszewicz, H. Oberdoff (dir.), *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, p.338.

⁶ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 215.

la réalisation d'ordres juridiques « incomplets »¹, comme les droits européens, dont la mise en œuvre nécessite le recours aux institutions nationales, dont les juges internes. Dès lors, juges européens et français ont des objets, les normes européennes, en commun. Ces objets communs constituent alors l'espace premier du dialogue. Dans ces conditions, il unit « nécessairement, pour la mise en œuvre du droit européen, les juridictions nationales aux juridictions européennes, dans l'exercice de leur mission de dire et d'appliquer le droit »². Le « dialogue des juges » permet alors, dans une première approximation, de désigner ces espaces d'interactions nécessaires entre différentes juridictions. Ce dialogue se déploie donc en premier lieu dans les domaines de compétences partagées entre différentes juridictions.

Ce dialogue peut être multipolaire et non se résumer à seulement deux interlocuteurs, deux juridictions. L'étymologie du terme « dialogue » est signifiante à cet égard. M. Rey souligne que le terme « dialogue » « a souvent été interprété, en partie à cause de monologue, comme représentant le grec *di-* « deux », surtout quand le dialogue concerne deux partenaires, ce qui est fréquent »³. En effet, le préfixe « *dia-* »⁴ veut dire « à travers » ou encore « séparation ou distinction »⁵. Ainsi, un dialogue suppose un échange communicatif et vise donc la pluralité, la diversité et l'hétérogénéité⁶.

Le concept de dialogue ne dit rien sur la nature de cet échange, qui peut être aussi bien pacifique, conflictuel ou encore coopératif⁷. Toutefois, nombre de références en doctrine à l'expression de « dialogue des juges » lui attribuent une vertu pacificatrice, qui constituerait

¹ En ce sens que les ordres juridiques européens et nationaux sont irréductiblement différents, mais que les premiers doivent nécessairement coexister avec les seconds, car ils dépendent de ces derniers pour être mis en œuvre, cf. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, P.U.F., coll. Thémis droit, Paris 2008.

² L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p.22.

³ Ecouter en ce sens les deux chroniques de M. A. Rey consacrées au « dialogue », dans l'émission « Le mot de la fin », sur France Inter, que l'on peut retrouver sur <http://sitecon.free.fr/reynet.htm>. Voir également A. Rey, *À mots découverts. Chroniques au fil de l'actualité*, Robert Laffont, 2006, « Dialogue ».

⁴ En effet le préfixe de dialogue est bien « dia » et non « di », car nous ne disons pas « dilogue », cf. A. Compagnon, « Notes sur le dialogue en littérature », in D. Luzzati et alii (éds), *Le Dialogique. Colloque international sur les formes philosophiques, linguistiques, littéraires, et cognitives du dialogue*. Université du Maine, 15-16 septembre 1994, coll. Sciences pour la communication, 51, Peter Lang, 1997, p. 231.

⁵ P.Robert, *Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, deuxième édition dirigée par Alain Rey, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2001, en 8 vol.

⁶ A. Compagnon, « Notes sur le dialogue en littérature », *Op. cit.*, p.232.

⁷ Voir en ce sens M. Auvray, *Le dialogue entre le Conseil d'Etat et cours européennes - L'exemple significatif du principe d'égalité*, *Op. cit.* p.30.

son essence même. Le « dialogue des juges », dans cette acception, met en évidence les oppositions réelles ou potentielles afin de les résoudre. Le dialogue est alors envisagé¹ comme un instrument de la dialectique². Ainsi, « le dialogue des juges » permet à la contradiction de s'exprimer et à la coopération de jouer³. Plus précisément, le « dialogue des juges » s'inscrit dans le principe de discussion définie par M. Habermas, dit principe D, qui est « *relayé par un second principe, le principe U dit d'universalisation, c'est-à-dire d'acceptation par tous et sans contrainte de la norme posée en vertu du Principe D* »⁴. Dans cette perspective, le dialogue connaît alors trois étapes. La première est celle du conflit, de l'opposition entre les juridictions. Ce conflit est alors un préalable nécessaire, dont la résolution constitue l'objet même de l'échange. La divergence jurisprudentielle constitue alors un élément capital⁵, voire indispensable, du jeu dialogique. La deuxième étape est constituée de l'échange lui-même, qui doit reposer sur un réel partage des arguments⁶. Lors de la troisième étape, le dialogue, au nom de « *l'impératif de discipline juridictionnelle* »⁷ ou en raison de la conviction réformée de l'un des interlocuteurs⁸, aboutit à un « *ralliement* » destiné à « *mettre un terme à une controverse juridique à un raisonnement qui, s'il ne répond pas à un sentiment intime, n'est cependant pas sans justification* »⁹.

Une telle définition du dialogue des juges apparaît comme trop restrictive à plusieurs égards. Tout d'abord, la visée pacificatrice du « dialogue des juges », si elle est souvent tangible, n'est pourtant jamais garantie. En effet, tant les juridictions européennes que françaises ne sont tenues par leurs « précédents », contrairement à leurs homologues anglais¹⁰. Autrement dit, un « *ralliement* » peut être suivi à tout moment d'une désolidarisation. D'un

¹ Cette position a été vigoureusement défendue dans la thèse de Melle M. Auvray, *Ibid.*

² La dialectique peut être définie comme la « *méthode intellectuelle, fondée sur l'unité des contraires et leur dépassement dans une synthèse supérieure* », cf. A. Comte-Sponville, *Dictionnaire philosophique*, PUF, 2001, p.167.

³ *Op. cit.* p.32.

⁴ *Op. cit.*, p. 32

⁵ *Op. cit.*, p 57.

⁶ *Op. cit.* p.33.

⁷ B. Genevois, concl. Sur C.E. Ass. , 11 juillet 1984, Subrini, *D.* 1985, p.153.

⁸ B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *R.F.D.A.*, p.207.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Il convient de noter que le système du précédent a été substantiellement modifié au Royaume-Uni, cf. House of Lords, *Regina v. G.*, 16 octobre 2003, UKHL 50. La House of Lords, qui est la juridiction suprême du Royaume-Uni, peut opérer un « *overruling* », c'est-à-dire un revirement de jurisprudence. Cette faculté est utilisée avec parcimonie.

point de vue théorique, tout du moins, un dialogue n'est jamais clos. En outre, une telle définition tend à assimiler « dialogue » et « débat », qui vise une « *discussion généralement animée entre interlocuteurs exposant souvent des idées opposées sur un sujet donné* »¹. L'exigence d'une opposition dans l'étape initiale, si elle permet d'identifier aisément un échange, n'en détermine pas pour autant l'essence du dialogue, qui ne se réduit pas aux seuls débats². Il nous semble d'ailleurs qu'un dialogue peut receler des fonctions bien différentes de celle de résoudre une opposition³. Il peut constituer simplement la volonté de l'un de se faire comprendre de l'autre⁴. Il peut résoudre alors une incompréhension. Il peut également faire surgir des questions nouvelles. Ainsi, une juridiction nationale peut poser une question préjudicielle à la C.J.U.E. sur un point sur lequel celle-ci n'avait jamais eu à se prononcer ou qu'elle n'avait jamais envisagé sous cet angle. Comment nier l'échange dialogique dans de telles situations, pourtant dénuées de toute opposition entre les Cours ? Le dialogue vise avant tout l'échange communicatif entre les interlocuteurs. Cela suppose que ceux-ci se reconnaissent mutuellement comme tels. Le dialogue se développe donc sur le terrain de l'altérité⁵. Ce premier point est loin d'être négligeable car le juge interne peut décider d'ignorer les juridictions et les jurisprudences européennes. Le dialogue est alors nié⁶. Ensuite, il est nécessaire qu'il y ait un échange, c'est-à-dire dans le cas de ce dialogue, que l'énoncé des décisions de justice (qui constitue l'acte de communication des juges, en leur qualité) soit mis en interaction ou interdépendance⁷ avec l'énoncé d'une autre juridiction. Par exemple, le juge national après avoir posé une question préjudicielle⁸ à la C.J.U.E. se prononcera au regard de la réponse de celle-ci. Néanmoins, une telle interaction, concrétisée

¹ Voir le Trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

² D'ailleurs Mademoiselle Auvray distingue bien dialogue et débat, M. Auvray, *Le dialogue entre le Conseil d'Etat et cours européennes - L'exemple significatif du principe d'égalité*, Op. cit. p. 28-29.

³ Qui peut d'ailleurs constituer un « dialogue de sourds ».

⁴ Voir en dernier lieu, à propos de la question cruciale de la compréhension en linguistique, S. Fish, *Quand lire c'est faire - L'autorité des communautés interprétatives*, Les prairies ordinaires, Paris, 2007.

⁵ Voir F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Collection des thèses (Fondation Varenne), Paris, LGDJ, 2009, p. 63.

⁶ Le Conseil d'Etat avait initialement adopté une telle démarche en affirmant systématiquement que, tant les actes nationaux de transposition, que les normes communautaires transposées étaient tous « clairs ». Le « théorie de l'acte clair » dispensait alors la juridiction administrative de saisir la C.J.U.E. dans le cadre d'une procédure du recours préjudiciel en interprétation.

⁷ Voir F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Op. cit. p.2122 et suivantes.

⁸ Voir *infra*.

par la mise en œuvre d'une procédure, ne garantit pas que le juge national suive « à la lettre » la décision communautaire. Les juges nationaux peuvent « résister » et défier ce faisant le principe de primauté du droit de l'Union européenne posé par la C.J.U.E.¹. L'expression de « dialogue des juges » ne peut donc se définir uniquement en considération d'une finalité pacificatrice, qui n'est pas inhérente au dialogue.

En outre, le dialogue des juges peut receler une véritable dimension stratégique de la part des juges internes. En effet, les contrôles de conventionnalité européens offrent aux juges internes des instruments supranationaux qui leur permettent d'écarter l'application des normes législatives ou réglementaires². Ainsi, les juges du fond allemand se sont montrés particulièrement actifs dans l'utilisation du renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E. afin de donner une nouvelle orientation à la jurisprudence et ainsi faire pression sur les juridictions supérieures. Dernièrement, la Cour de cassation a également suscité la controverse en saisissant la C.J.U.E. sur la conventionnalité de la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité »³. Une telle action a mis en doute le caractère prioritaire de cette dernière procédure⁴. Une telle décision montre bien l'usage que la Cour de cassation peut faire des

¹ Sur le principe de primauté voir C.J.C.E. 15 juillet 1964, Flaminio Costa contre E.N.E.L. Aff. 6-64, Rec.édition française p. 01141

² Un tel usage dépasse les seuls droits européens. La chambre sociale n'hésite plus, par exemple, à faire application des conventions de l'O.I.T., dès lors qu'elles sont suffisamment précises. Ainsi, pour écarter le régime spécifique de la rupture du « Contrat nouvelle embauchée », la chambre fait-elle application de la convention n°158 de l'O.I.T., cf. Soc.1^{er} juillet 2008, *Bull. civ.* 2008, V, n° 146.

³ La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit dans la Constitution un article 61-1 qui crée la question prioritaire de constitutionnalité. Cette réforme ouvre aux citoyens le droit de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée à l'occasion d'un procès. Le juge transmet la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation ou au Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel peut en être saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Il doit statuer dans le délai de trois mois. La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, complétée par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010, a défini l'architecture du dispositif juridictionnel et les principales règles de procédure selon lesquelles le Conseil constitutionnel pourra être saisi de questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à l'occasion des litiges noués devant les deux ordres de juridiction.

⁴ En particulier la Cour de cassation a opéré un recours préjudiciel devant la C.J.U.E. sur l'articulation de cette procédure avec la Q.P.C. Une telle réaction de la Cour judiciaire a provoqué de nombreux débats doctrinaux, cf. notamment D. Simon et A. Levaux, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe 2010* n°7, p.1 ; V.Kirsey et H.Portelli « Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », *J.C.P. G.* p.1468 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (Cass., 16 avril 2010, n° 10-40002) », *J.C.P.G.* p.866 ; B. Genevois, « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *R.F.D.A.* 2010, p.1 ; J. Biancarelli et G. Barraud, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges ? (A

différentes procédures et choisir alors son interlocuteur : le juge constitutionnel, la C.J.U.E. ou les deux ?

L'étude du dialogue des juges doit alors viser l'échange entre les juridictions, sans lui attribuer *a priori* de finalité pacificatrice. Le « dialogue des juges » apparaît comme un type de dialogue singulier, tant du point de vue de l'identité des interlocuteurs que de l'objet de l'échange.

II. LES ÉLÉMENTS SINGULIERS DU « DIALOGUE DES JUGES »

14. Il est patent que le contentieux du droit social est éclaté, ce qui en fait un domaine dans lequel nombres de juridictions sont amenées à se prononcer. La Cour de cassation est saisie des contentieux relatifs aux droits du travail et de la Sécurité sociale. Le Conseil d'État connaît une partie du contentieux du droit du travail, notamment des décisions de l'inspection du travail¹ et du statut protecteur des représentants du personnel², mais peut également être saisi des contentieux de la légalité des actes (notamment réglementaires) en droit du travail et en droit de la Sécurité sociale³. La haute juridiction administrative connaît également des contentieux des fonctions publiques⁴. Le Conseil constitutionnel¹, quant à lui, a été saisi² de

propos de la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010) », P.A. 2010n°104, p.4 ; F. Boucard, « La question prioritaire de constitutionnalité et les cours suprêmes. Une partie de billard à trois branches », J.C.P. G. 2010, p.804 ; F. Scanvic, « La question de constitutionnalité est-elle vraiment prioritaire ? », A.J.D.A. 2010, p.1459 ; F. Donnat, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », D. 2010, p.1640 ; H. Croze, « L'application immédiate du droit de l'Union européenne : un obstacle à la transmission d'une QPC », J.C.P. G. 2010, p.1741.

¹ Les inspecteurs du travail veillent au respect de la législation et de la réglementation du travail, ainsi que des conventions collectives (sur le pouvoir d'enquête, cf. L.8113-1 et suivants du Code du travail). Ils peuvent dresser des procès verbaux en cas de constat d'infraction aux dispositions réglementaires, cf. L.4721-4 et 8113-9 du Code du travail. Ces décisions peuvent être contestées devant les juridictions administratives par recours en excès de pouvoir ou en appréciation de validité, voir Y. Struillou, « L'office du juge administratif en contentieux public du travail », in M. Keller (dir.), *Procès du travail et travail du procès*, L.G.D.J., 2008, p.279.

² Sur le statut des salariés protégés voir M. Miné, H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 2ème éd., 2002 et les articles de J.-M. Verdier, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », J.C.P. 1971.I.2422 et « Les représentants des salariés : « protégés » ou « exposés » ? Liberté fondamentale et logique du statut », *Etudes offertes à Jean Pélissier*, p.571.

³ Voir C.E. 5 février 1954, El Hamidia, J.C.P. 1954 p. 8136, Concl. Mosset. Voir également Tribunal des conflits 22 avril 1974, Dame Léotier et Blanchet, J.C.P. 1974 p.17856, note Y. Saint-Jours, *Dr Soc.* 1974, concl. Blondeau et concl. Braibant et Tribunal des conflits 2 mars 1977, Confédération nationale crédit mutuel ; Tribunal des conflits 9 juin 1986, Mazuoli, *Dr. Soc.* 1987, note X. Prétot, p.166.

⁴ F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005 ; O. Dord, *Droit de la fonction publique*, Thémis Droit, PUF, 2007 ; J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit la fonction publique : Etat, Collectivités Locales, Hôpitaux*, Précis Dalloz, 2005 ; E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, Mémento LMD, 3^{ème} éd., Gualino.

nombreuses lois prises en matière sociale³. Au niveau européen, la C.J.U.E. a vu le droit social communautaire se développer et s'épanouir au point que sa jurisprudence constitue un corpus suffisant pour donner lieu à la constitution d'un « Code social de droit européen »⁴ et de manuels consacrés exclusivement au droit social de l'Union européenne⁵. Enfin, la C.E.D.H., par une interprétation audacieuse et dynamique⁶, a su étendre l'empire de la Convention aux droits sociaux⁷. Elle connaît désormais du contentieux de la Sécurité sociale⁸, de la liberté syndicale⁹, de la négociation collective¹⁰, du libre exercice d'une activité professionnelle¹¹... des droits purement sociaux, qui ne figurent pas en tant que tel dans le texte de la Convention. Toutes ces juridictions connaissent également de l'exigence égalitaire, qu'elles appliquent au droit social. Elles ont donc en commun de développer des jurisprudences relatives à l'exigence d'égalité en droit social.

¹ La nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel ne fait aujourd'hui plus guère de doute en raison de la force juridique irréfragable de ces décisions et de l'autorité « persuasive » sur les autres juridictions internes, cf. P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey université, Paris 2007. Sa nature juridictionnelle est aujourd'hui, renforcée avec la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité ».

² En matière de contrôle de la conformité des lois à la Constitution, le Conseil constitutionnel peut être saisi pour contrôler des lois non-promulguées, soit à l'initiative du Président de la République, soit du Premier ministre, soit du Président de l'Assemblée nationale soit du Président du Sénat. Cette prérogative a été étendue par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 à 60 députés ou 60 sénateurs. À ce jour, les citoyens ne peuvent donc saisir, ni directement ni indirectement, le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation. Le Conseil constitutionnel peut aussi être saisi pour le contrôle de lois déjà promulguées..

³ Voir le chapitre relatif au droit public, infra.

⁴ B. Teyssié, *Code de droit social européen 2006*, Litec, 6^{ème} éd., 2006.

⁵ Voir en dernier lieu P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J. Lextenso, Paris, 2008 ; J.-M. Servais, *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

⁶ Voir notamment F. Sudre, « Exercice de « jurisprudence fiction » : La protection des droits sociaux par la cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, actes du colloque des 15 et 16 juin 2001, sous la dir. F. Benoît-Rohmer et de C. Grewe, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p.145 ; article repris dans la R.T.D.H. 2003, p. 755.

⁷ Voir notamment F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Les nouveaux droits de l'Homme en Europe*, XI^{ème} Congrès des 29, 30 et 31 mai 1997 organisé par l'Union des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.103

⁸ Par exemple : C.E.D.H. 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 ; 65900/01 ; pour un commentaire de la décision sur la recevabilité : A. Simon, « les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme- à propos de l'arrêt *Stec et autres c/ le Royaume-Uni* », *R.T.D.H.* 2006, p. 647.

⁹ Par exemple : C.E.D.H. 29 avril 1999, *Grande chambre, Chassagnou et autres c. France*, *rec.*1999-III, req. n°5088/94;28331/95;28443/95 ; C.E.D.H. 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, série A, n°20, req. n° 5614/72. C.E.D.H., 13 août 1981, *Aff. Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Req. n° 7601/76; 7806/77, série A.n°44

¹⁰ C.E.D.H. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. 34503/97.

¹¹ C.E.D.H. 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII, requêtes n° 55480/00;59330/00.

Les interlocuteurs de ce dialogue sont pour le moins singuliers. Il ne s'agit pas de personnes physiques dotées de parole, mais d'institutions composées d'une diversité de membres, qui ne sont pas toujours en accord lors des délibérés et des prises de décisions¹, mais qui composent un corps souverain². Leur expression n'est pas portée par une « voix », mais par des écrits, les textes des décisions de justice. Le « dialogue des juges » vise alors les interactions entre les différentes juridictions dans un même espace, c'est-à-dire lorsqu'elles ont à se prononcer sur une question de droit identique ou similaire. Le dialogue, du fait des aléas du contentieux, ne peut se faire dans l'immédiateté, il est nécessairement désynchronisé. Ceci est évident en cas de recours préjudiciel devant la C.J.U.E. Celle-ci rend sa décision avant que le juge interne ne se prononce définitivement. De même, la C.E.D.H. ne peut être saisie que lorsque toutes les voies de recours ont été épuisées, c'est-à-dire uniquement lorsque les juges nationaux compétents se sont prononcés³. Le dialogue permet également la mise à jour d'autres phénomènes de communications entre les juridictions, notamment l'imitation⁴, lorsqu'un juge reprend la règle jurisprudentielle formulée par une autre juridiction. Cette réception témoigne d'un échange, ou tout du moins d'un transfert.

15. L'existence d'un dialogue suppose également un objet commun d'échange, autrement il ne s'agirait que de monologues parallèles. Cet objet, le média de communication des juridictions lui-même, est la décision juridictionnelle. Les droits européens ne constituant pas des ordres juridiques complets, ils doivent s'appuyer sur les institutions nationales pour leur réalisation⁵. Dès lors, le droit communautaire comme le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales nécessite une réception⁶ par les juridictions nationales. Les droits européens constituent donc des espaces de dialogue, car

¹ La C.E.D.H. est certainement la juridiction qui rend ces divergences les plus visibles au travers l'expression d'opinions séparées, cf. F. Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

² Voir M. Auvray, *Le dialogue entre le Conseil d'Etat et cours européennes - L'exemple significatif du principe d'égalité*, *Op. cit.* p.26

³ Cf. article 35, §1 de la C.E.S.D.H.L.F. : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

⁴ Cf. *infra* B.

⁵ A l'exception des règlements de l'Union européenne qui sont des actes juridiques de portée générale et obligatoires directement applicable dans l'ordre juridique des États membres.

⁶ J.-S. Bergé, M.-L. Niboyet, M. Fallon (dir), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

plusieurs juridictions sont amenées à se prononcer sur leurs interprétations. Le dialogue consiste dans les interactions entre juges européens, interprètes authentiques des textes internationaux dont ils sont les gardiens, et nationaux¹. L'objet du dialogue des juges peut être plus singulier encore et toucher à la règle jurisprudentielle elle-même. Dans cette perspective, le dialogue concerne alors plus spécifiquement les juridictions « suprêmes »², qui sont au sommet de la hiérarchie de leur ordre juridictionnel³. Ce sont elles qui, de manière prédominante, énoncent les règles de nature jurisprudentielle. Il s'agit de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire, du Conseil d'État dans l'ordre de la justice administrative, de la C.J.U.E. dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel et la C.E.D.H. sont des juridictions isolées dans leurs ordres juridiques respectifs, qui en constituent donc nécessairement le « sommet ». Il peut paraître étonnant, à propos de juridictions françaises, de viser leurs normes jurisprudentielles. En effet, depuis la Révolution française⁴, notre système juridique est tout entier tourné vers la loi. Traditionnellement est refusé tout pouvoir normatif aux juridictions, qui ne sont même pas qualifiées de « pouvoirs » par la Constitution, mais « d'autorité »⁵. L'article 5 du Code civil est à cet égard emblématique. Il interdit aux juges de prendre des arrêts de règlements, et permet de douter de l'existence d'un pouvoir d'édiction de normes jurisprudentielles en France⁶. Toutefois, ceux qui refusent de considérer la jurisprudence comme une source de droit⁷ sont aujourd'hui de plus en plus rares⁸. La doctrine¹ souligne la réception de certains arrêts comme « faisant

¹ Juges de « droit commun » de ces mêmes textes.

² J. Bougrab, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *A.J.D.A.* 2003, p.1640.

³ Le Traité F.U.E. privilégie d'ailleurs le dialogue avec ces juridictions car elles les « obligent » à la saisir en cas de difficulté interprétative ou de difficultés sérieuses dans un contentieux dans lequel serait en œuvre une norme de l'Union européenne, cf. article 267 : « (...) *Lorsqu'une telle question [préjudicielle] est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour (...)* ».

⁴ A propos du référé législatif, cf. F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p.24 et suivantes.

⁵ Le titre VIII de la Constitution s'intitule « De l'autorité judiciaire ».

⁶ Voir A. Rieg, *Article 5, Juris-Classeur civil*, 1982, n°35.

⁷ Voir par exemple J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7ème éd., 1998, p.165 et s.

⁸ O. Dupeyroux s'étonne d'ailleurs que l'on puisse encore mettre en doute « *le fait de la présence dans notre droit, de ces règles jurisprudentielles qui existent si bien qu'il n'est pas impossible de décrire leurs différents*

jurisprudence », qui sont tenus comme énonciateurs de véritables règles générales. Les juridictions françaises, qui contrairement à leurs homologues anglaises ne sont pas soumises à un véritable régime de la règle jurisprudentielle², s'efforcent d'assurer la publicité la plus large à une nouvelle jurisprudence, afin d'assurer à la règle jurisprudentielle une publicité équivalente à celle d'une loi ou d'un règlement, qui en permet la connaissance. En effet, la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel disposent d'un recueil de publication de leurs propres décisions, qui leur permet de mettre en valeur certaines d'entre elles³. Elles publient également des rapports annuels, des communiqués⁴ sans compter les articles doctrinaux de juges de la juridiction⁵ qui accompagnent la publication de certaines décisions. L'affirmation de la règle jurisprudentielle ne se réduit pas aux efforts de publication, mais également à la rédaction des décisions elles-mêmes. Les juges énoncent de plus en plus souvent dans le visa de leurs décisions des règles ou principes « découverts » par eux⁶. Ce souci des juges démontre qu'il n'est plus possible aujourd'hui de réduire le rôle des juges à celui de « bouches de la loi »⁷. La décision de justice suppose nécessairement un travail d'interprétation de la part des juges, qui est un acte de volonté⁸.

C'est précisément la formulation d'une règle générale qui constitue la jurisprudence au sens strict et dans le même temps un objet de dialogue identifiable. Monsieur van de

caractères », cf. O. Dupeyroux, « La jurisprudence source abusive de droit », in *Droit comparé et théorie générale du droit et droit privé, Mélanges offerts à J. Maury*, t. 2, p.354.

¹ G. Lyon-Caen définissait la jurisprudence comme une « *construction logique, élaborée, certes d'espèce en espèce et au contact des faits, mais unifiée ensuite par la doctrine avec le recul que donne la recherche de la conformité aux principes du Droit et finalement absorbée dans un système de règles* », cf. G. Lyon-Caen, « L'état des sources du droit du travail – (agitations et menaces) », *Dr. soc.* p.1027.

² Notamment avec les règles du précédent et du « *stare decisis* », cf. D. Frison-Roche, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 3^{ème} éd., Paris, 2005.

³ Sur le rôle essentiel de la publication dans la connaissance de la jurisprudence voir en particulier E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, Presse universitaire de Lyon, 1985.

⁴ F. Guiomard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2006, p.222.

⁵ Voir en particulier l'exemple de la jurisprudence relative à la modification de contrat de travail par P. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de vie », *R.J.S.* 1996, p.791. Ils font ainsi œuvre de doctrine, en même temps qu'ils combattent les interprétations les plus outrancières et permettent ainsi d'explicitier la règle jurisprudentielle. Sans compter les cahiers du Conseil constitutionnel qui contiennent souvent un commentaire d'une décision qui vient tout juste d'être prise.

⁶ A l'image des « principes d'égalité ».

⁷ Voir les développements de F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p.44 et suivantes.

⁸ Sur cette question voir la doctrine de M. Troper, développée *infra*.

Kerchove¹ affirme en effet que : « la règle jurisprudentielle ne réside pas dans le dispositif d'une décision judiciaire individuelle, mais dans la norme générale qui se dégage explicitement ou implicitement des motifs de cette décision, et qui se trouve « présumée » par elle, pour reprendre l'heureuse expression de M. Bach² ou « reconnue » par elle, selon l'expression de M. Virally³ ». La règle jurisprudentielle se caractérise par son abstraction et sa généralité, qui en permet la reproduction dans des situations analogues⁴. La règle jurisprudentielle n'est pas nécessairement énoncée comme telle par la juridiction elle-même⁵. Elle peut alors être dégagée par le travail de systématisation ou d'interprétation de la doctrine⁶ ou reconnu telle par la « communauté des juristes »⁷. Elle n'est pas un « donné » mais un « construit ». La règle jurisprudentielle est, en règle générale⁸, énoncée ou déduite de l'ensemble des décisions d'une Cour « suprême »⁹. La généralité de la règle énoncée ou inhérente au raisonnement des juges de telle Cour se conjugue avec leur rôle d'unification. Les Cours « suprêmes » d'un ordre juridique sont tout à la fois liées par le passé, c'est-à-dire

¹ M. van de Kerchove, « Jurisprudence et rationalité juridique », *Arch. Phil. du droit*, t. 30, *La jurisprudence*, Sirey, 1985, p.210.

² L. Bach, *La jurisprudence in Répertoire droit civil*, Dalloz, 1983, p.13.

³ M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p.165.

⁴ L'identification de la règle jurisprudentielle peut également résider dans la répétition de solutions identiques données par la juridiction. En ce sens, L. Bach précise: « Ainsi lorsqu'une juridiction est saisie d'une question de droit difficile et qu'elle a déjà rendu un jugement dans un sens déterminé, il est habituel car naturel que lorsque la même question se pose de nouveau à elle, elle statue dans le même sens », cf. L. Bach, « Jurisprudence », *Répertoire droit civil*, précité, n°212.

⁵ A. Jeammaud, E. Serverin, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *R.T.D. civ.*1993, p.87. L'un des indices de l'existence d'une règle jurisprudentielle est l'identification de la règle qui peut être institutionnel, informationnel, par des réseaux de diffusion, sociologique, ou reposant sur l'ensemble de la « communauté de juristes ».

⁶ Selon C. Grzegorzczak, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Arch. Philo. du droit*, tome 30, *La jurisprudence*, Sirey 1985, p. 35, qui affirme : « c'est au niveau de la doctrine que se situe le principe jurisprudentiel, c'est elle la vraie jurisprudence ».

⁷ En ce sens, Jacques Maury (« Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Etudes Ripert, Le droit privé français au milieu du XIX^e siècle*, t.1, 1950, L.G.D.J., p.28 et s.) explique que le pouvoir des juges n'est qu'un pouvoir de fait, « de pur fait », un pouvoir « social », par opposition à l'idée d'un pouvoir juridiquement institué. Ainsi, ce pouvoir est impuissant à produire des règles juridiques. Toutefois, les solutions arrêtées par les juges finissent au bout d'un certain temps par ne plus être contestées. Certains les acceptent car les trouvent justifiées, d'autres s'y résignent. Plus personne ne s'avise à les contester : elles ne se plaident plus, elles sont systématiquement appliquées par les juges, elles sont tenues dans l'esprit de tous comme obligatoires. La jurisprudence se rapproche alors de la coutume. Voir également P. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*1987, p.11 et « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*1989, chron., p.149.

⁸ Nous ne méconnaissons toutefois pas la possibilité pour un jugement ou un arrêt de « faire jurisprudence ». Il en est ainsi de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles cf. Vilvorde C.A, Versailles, 14^{ème} ch.7 mai 1997, Renault SA c/ Comité de groupe européen Renault.

⁹ Voir sur cette expression J. Bougrab, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *A.J.D.A.* 2003, p.1640.

les raisons qui ont amené à leur saisine, que par le futur, autrement dit leur « réponse », qui en vertu de leur rôle unificateur ne s'adresse pas seulement aux parties qui les ont saisis, mais également à tous les juges qui auront à connaître d'un même contentieux. Le Conseil constitutionnel tient un rôle quelque peu à part, en raison de la nature de son contrôle, qui est principalement *a priori*¹. Dans le système juridique français, le Conseil est le seul habilité par la Constitution à contrôler la constitutionnalité des lois², si bien que ses réserves d'interprétations s'imposent aux juridictions des ordres judiciaires³ et administratifs⁴. Dès lors, la jurisprudence constitutionnelle ne vise *a priori* pas une unification, mais une unité de jurisprudence. Toutefois, cette remarque mérite d'être nuancée. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas des moyens pour vérifier ou pour sanctionner les juridictions judiciaires ou administratives qui refuseraient de se conformer à l'une de ses décisions. Ce respect dépend en vérité de la loyauté de celles-ci à l'égard de la juridiction constitutionnelle⁵. En outre, depuis la loi constitutionnelle du 2008 le Conseil peut être saisi par la voie de la « question

¹ Sur la saisine et le contrôle du Conseil constitutionnel, voir *supra*.

² L'article 61 de la Constitution dispose en effet : « Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ». La Cour de cassation dispose également d'un fondement constitutionnel pour son office juridictionnel dans l'article 66 de la Constitution, qui dispose que « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ... ». La Cour de cassation peut donc effectuer un contrôle de constitutionnalité des lois au vu du catalogue des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. L'assemblée plénière a déjà eu l'occasion, notamment, de faire œuvre de cette habilitation, à propos des écoutes téléphoniques, cf. A.P. 24 novembre 1989, Bull. crim. 1989 N° 440 p. 1073 ; arrêt au visa de l'article 66 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Plus récemment l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a fait application de l'article 66 de la Constitution dans une série d'arrêts de non-lieu à renvoi de question prioritaire de constitutionnalité, cf. A.P. 15 juin 2010, n° 09-72.740 et autres.

³ Ainsi, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence suite à l'interprétation adoptée de l'article 66 de la Constitution, selon laquelle le juge répressif est compétent pour apprécier la légalité de tout acte administratif réglementaire ou non, cf. C. const. D.C. n°79-109, 9 janvier 1980, Rec. P.29 et Crim. 25 avril 1985, D. 1985, p.329, concl. Dontewille. La Cour de cassation a également fait une libre application de la Constitution en interprétant l'article 77 de la Constitution à propos du refus d'inscription sur les listes électorales en Nouvelle-Calédonie, cf. A.P. 2 juin 2000, R.D.P. 2000, p.1037, obs. X. Prétot. Sur l'ensemble de ces questions voir N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1998.

⁴ La « théorie de la loi-écran » appliquée par le Conseil d'Etat emporte le refus de juger de la constitutionnalité d'un acte réglementaire pris sur le fondement d'une loi, celle-ci faisant écran entre cet acte et la Constitution. Une telle orientation est motivée par le refus du juge administratif de juger directement de la constitutionnalité d'une loi, cf. C.E. 3 février 1978, C.F.D.T. et C.G.T., A.D.A. 1978, p.388, note M. Durupty. En revanche en l'absence de loi le juge administratif fait application directe des dispositions de la Constitution, cf. C.E. 8 août 1987, Peltier, Rec. P.128 et C.E. 9 juillet 1986, Syndicat des commissaires de police, Rec. Tables, p.586, R.D.P. 1987, p.250.

⁵ Voir N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *Op. cit.* Sur le refus du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, cf. G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2007.

prioritaire de constitutionnalité »¹. Dès lors, le Conseil se voit confier un contrôle *a posteriori*, qui ne l'isole plus des autres juridictions internes, car sa saisine dépend d'une décision en ce sens de la Cour de cassation ou du Conseil d'État². Nécessairement ces deux Cours « suprêmes » sont conduites, *a minima*, à porter une appréciation sur la constitutionnalité d'une loi, car elles doivent déterminer si la question mérite d'être renvoyée devant le Conseil constitutionnel. En somme, tant pour le contrôle *a priori* que celui de la Q.P.C. l'efficacité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dépend de la bonne volonté des autres juridictions de bien vouloir s'y conformer³, si bien que cet état de fait tend à réduire le caractère unitaire de la jurisprudence constitutionnelle et consacre plus sûrement un rôle unificateur, qui vise à ce que sa jurisprudence se voit reprise. Cette préoccupation d'unification se retrouve également dans les jurisprudences de la C.J.U.E. et de la C.E.D.H., qui en tant « qu'interprètes authentiques »⁴ des instruments internationaux dont elles sont les gardiennes,

¹ Une telle procédure était attendue depuis fort longtemps par la doctrine constitutionnaliste, cf. Sur cette nouvelle procédure voir en particulier G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot, *La Constitution de la République française - Analyses et commentaires*, Economica, Paris ; G. Carcassonne, *La Constitution*, Le Seuil, Paris, 2009, p.303 ; R.Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p. 39 ; B Mathieu (dir.), *1958-2008: cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008 ; B. Stirn, « QPC - Six mois et déjà un nom », *J.C.P. G.* p.1762 ; P. Waquet, « Questions pertinentes sur la convenance de la QPC », *D.* 2010, p.1951. A propos de l'incidence sur le droit du travail, voir C. Radé, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ? », *D.S.* 2010, p. ; V. Bernaud, « Question prioritaire de constitutionnalité et contentieux du travail », *R.J.S.* 2010, p.339. Loi constitutionnelle n° 2008-724, 23 juillet 2008 : *J.O.* 24 Juillet 2008. ; Sur ces dispositions, Cf V. Bernaud, « Commentaire de l'article 61-1 » in . Luchaire, G. Conac et X. Prétot (dir.) *La Constitution de la République française* F : Economica, 3e éd. 2009, p. 1438. ; V. Bernaud et M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposée par le Comité Balladur » *R.F.D.C.* 2008, n° spéc., p. 169. ; O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori (les articles 61-1 et 62 de la Constitution) : Une nouvelle Constitution » *L.P.A.* 19 décembre 2008, p. 103. ; A. Roux, « Le nouveau Conseil constitutionnel, Vers la fin de l'exception française ? » *J.C.P. G.* 2008, I, 175. ; V. égal., « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile » (dossier spéc.) *R.D.P.* 2009, p. 566. ; voir les contributions « À propos de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 » (Actes du colloque, 3 avr. 2009) *L.P.A.* 23 oct. 2009, p. 2. ; Voir les contributions au colloque « Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation : la question préjudicielle de constitutionnalité » (actes du colloque, 3 avril 2009), *L.P.A.* 25 juin 2009, p. 2.

² Voir notamment, B. Odent, Question prioritaire de constitutionnalité et procédure d'admission des pourvois, *R.F.D.A.* 2010, p.695 ; H. Labayle, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *R.F.D.A.* p.659 ; S.-J. Lieber et D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *A.J.D.A.* 2010, p.1355 ; B. Mathieu, « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État . À propos des arrêts rendus par le Conseil d'État les 14 et 16 avril 2010 », *J.C.P. A.* 2010, n°17, p.3.

³ Sur les débats provoqués par une telle décision, voir *supra*.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2^{ème} éd. Bruylant L.G.D.J.. Coll. La pensée juridique, 1999.

entendent que les juges nationaux reprennent leurs interprétations, afin de mieux assurer la réalisation de ces droits¹.

En conclusion, si le dialogue des juges apparaît comme profondément original, c'est d'une part en raison de ses acteurs, des juridictions, et d'autre part en raison de son objet, l'interprétation des textes normatifs² au fondement des décisions juridictionnelles. L'objet prépondérant du dialogue des juges est la règle jurisprudentielle. Les échanges entre les juges peuvent alors infléchir la conception de cette dernière. Rien ne garantit que les normes jurisprudentielles des différentes juridictions soient complémentaires ou conciliables les unes avec les autres. Elles peuvent être divergentes, ce qui n'est pas sans conférer une certaine vigueur au débat entre les juridictions et au sein de la doctrine. Il n'existe pas de principe hiérarchique entre ces différentes juridictions « suprêmes » qui permettrait soit de garantir la supériorité de l'une sur l'autre, soit de résoudre un conflit ou de mettre fin à une « *guerre des juges* »³.

Le dialogue des juges constitue alors une métaphore utile pour étudier les rapports d'une juridiction suprême à une autre. L'étude des échanges, qui peuvent se réaliser au cours de ce dialogue, permet une mesure des évolutions que peut connaître un concept à cette occasion, à l'instar de l'exigence d'égalité. Ainsi, le dialogue des juges résulte de la « mise en réseau »⁴ des différentes juridictions, si bien qu'en lieu et place du principe hiérarchique, doté d'une logique verticale, certains dispositifs visent au contraire une coopération, teintée d'une logique horizontale. C'est le dialogue-partage⁵. Au-delà de ces dispositifs et des interactions nécessaires entre les différentes juridictions, qui peuvent connaître d'un même contentieux, le dialogue des juges vise donc de manière ultime la coopération des œuvres « doctrinales »⁶ des

¹ J.Porta, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J, 2008.

² Quelque soit leurs sources.

³ Selon la terminologie employée par B. Genevois, concl. C.E. Ass. 22 décembre 1978, Cohn-Bendit, *D.* 1979, p.161.

⁴ F.Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

⁵ Cf. *infra* A.

⁶ La Cour de cassation assume clairement son œuvre « doctrinale », cf. la contribution de plusieurs de ses membres in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994. En outre, la chambre sociale a affirmée dans un arrêt : Soc. 27 octobre 1999 : « *la cour d'appel (...), n'a fait que se conformer à la*

différentes juridictions en dialogue. Dans cette perspective, le dialogue des juges ne se réduit pas aux seules interactions des juridictions dans un même contentieux, mais vise les interrelations entre les énoncés de leurs décisions respectives, afin que les unes se nourrissent des autres. C'est le dialogue-transfert¹.

B. LE DIALOGUE-PARTAGE : LA COOPÉRATION DES JURIDICTIONS²

16. L'expression de dialogue des juges a été utilisée dans un premier temps à propos des relations entre juridictions et jurisprudences françaises (et plus précisément administrative³) d'un côté, et de l'Union européenne de l'autre. Toutefois, le dialogue entre les juges n'est pas cantonné à la seule question de la réception et de la mise en œuvre des droits européens par les juridictions nationales. En raison de la dualité des juridictions en droit interne français, il existe également des interactions entre la Cour de cassation et le Conseil d'État et aujourd'hui entre ces deux juridictions et le Conseil constitutionnel, depuis la mise en place de la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité »⁴. Ces interactions entre les « Cours suprêmes » françaises visent, à l'image de celles entre juges internes et européens, à contribuer à la répartition des compétences entre juridictions et à assurer la « compatibilité » des règles de fond. Le « dialogue des juges » vise alors le partage. En effet, les juridictions doivent se coordonner pour se partager la compétence tant pour éviter un conflit « négatif »⁵, qui aboutirait à un déni de justice, qu'un conflit « positif »⁶ qui risquerait d'aboutir à la cacophonie. Il s'agit également d'un partage « d'office du juge »⁷, lorsque différentes

doctrine de la Cour de cassation (...) » (c'est nous qui soulignons), cf. R. Libchaber, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *R.T.D. civ.* 2000, p.197.

¹ Cf. *infra* B.

² La coopération peut être définie comme l'action de participer (avec une ou plusieurs personnes) à une œuvre ou à une action commune, cf. Trésor de la Langue Française informatisé, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

³ L'expression de dialogue des juges est de manière prépondérante employée par la doctrine publiciste et « européeniste ». Elle est quasi-inexistante dans le vocabulaire des « privatistes ». Toutefois, depuis quelque temps cette expression se retrouve dans des écrits de « travaillistes », cf. cf. S. Laulom et N. Merley, « La fabrication du principe de faveur » *R.D.T.*2009, p.219 ; voir également le numéro de septembre-octobre 2010 de la revue *Droit Social* dont un ensemble de contributions portent sur le thème des juges et du droit social.

⁴ Voir *infra*, n°15.

⁵ Lorsque l'Administration, en la personne du préfet de département ou de police de Paris, conteste la compétence d'un tribunal de l'ordre judiciaire pour juger d'une affaire dont ce dernier a été saisi

⁶ Lorsqu'une juridiction administrative et une juridiction judiciaire se sont toutes deux déclarées successivement incompétentes pour juger d'une affaire ou, lorsque le deuxième ordre saisi éprouve des doutes sur sa compétence.

⁷ Par exemple le Conseil d'Etat, en rapport avec la C.J.U.E., a dans un arrêt De groot et Bejo du 11 décembre 2006 déterminé la fonction de chacun des juges. Le Conseil reconnaît l'autorité interprétative des arrêts de la

juridictions ont à connaître d'une même question, dans un même contentieux. En particulier, la réalisation des droits européens suppose une coordination entre l'interprétation du texte européen, qui relève en principe de l'office des juges européens, et l'interprétation du texte national, qui relève prioritairement de celui des juges internes¹. Le dialogue-partage connaît alors essentiellement deux canaux. Tout d'abord, celui de dispositifs juridiques qui visent à assurer un échange entre les différentes juridictions en amont de la décision juridictionnelle. Il s'agit alors d'une coordination institutionnelle ou processuelle (1). Le dialogue-partage peut également se réaliser dans la coordination des règles de fond, en particulier lorsque les juges internes doivent régler la question de la confrontation des textes nationaux aux textes européens, dans un souci de cohérence. La coordination est alors matérielle (2).

I. LA COOPÉRATION INSTITUTIONNELLE OU PROCESSUELLE

17. En l'absence de hiérarchie² entre les différentes juridictions en dialogue il s'est vite avéré nécessaire de mettre en place des dispositifs qui permettent la coopération ou la coordination entre les juges. L'existence du Tribunal des conflits constitue une modalité particulière à cet égard³. C'est en effet le seul exemple de véritable coordination institutionnelle. Ce Tribunal⁴ est une juridiction paritaire, composée de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation et a une compétence d'attribution stricte. Il tranche quatre types de conflits entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre

C.J.U.E. (qui découle de l'article 267 du traité F.U.E.), même rendu *ultra petita*, mais se réserve la compétence exclusive de la qualification des faits, cf. O. Steck, « L'arrêt De groot et Bejo : une nouvelle illustration du dialogue des juges », *D.* 2007, p.994.

¹ Plus précisément dans le cadre du renvoi préjudiciel, la C.J.U.E. a pour mission de donner une interprétation uniforme du texte communautaire, qui pourra être reprise par d'autres juges nationaux. Le juge national doit ensuite mettre en œuvre l'interprétation dégagée pour l'appliquer à l'espèce.

² Certains auteurs en doctrine dénoncent la soumission des juges nationaux aux juges européens par l'intermédiaire de ces procédures. Ainsi M. Sudre parle de « *soumission plus ou moins contrainte* » du juge national, cf. Intervention reproduite dans F. Lichère, L. Potvins-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p.109. Toutefois cette hiérarchisation repose sur l'effet induit de la pratique des coordinations institutionnelles ou processuelles. Elle n'est pas établie *de jure*.

³ P. Waquet, « Regard sur le Tribunal des conflits », *D.* 2002, p. 742.

⁴ Nous ne nous attarderons pas sur cet exemple, qui s'avère en réalité très peu usité en matière d'exigence d'égalité.

administratif : le conflit positif¹, le conflit négatif², le conflit de décisions³ et le conflit de renvoi⁴. La coopération se noue alors au sein même de l'institution, au cours du délibéré.

18. La voie de la coopération prédominante est celle de type processuel. Depuis longtemps, les juridictions judiciaires et administratives peuvent surseoir à statuer⁵, en particulier lorsque le juge régulièrement saisi pose une question préjudicielle à une juridiction⁶ de l'autre ordre, afin de ménager la compétence de cette dernière. Ce type de dialogue a été utilisé notamment dans le cadre du transfert d'entreprise, en particulier en cas de reprise par une personne morale de droit public⁷.

Le renvoi préjudiciel⁸ devant la C.J.U.E. est devenu la procédure prépondérante de saisine de la juridiction de l'Union européenne⁹. C'est un mécanisme qui permet à une juridiction nationale d'un État membre de l'Union européenne d'interroger directement la

¹ Cf. *supra*.

² Cf. *supra*.

³ Lorsque les deux ordres de juridiction, sans décliner leur compétence, ont rendu des décisions contraires qui conduisent à un déni de justice.

⁴ Ce type de conflit recouvre deux hypothèses. Tout d'abord, lorsqu'un tribunal, administratif ou judiciaire, a jugé, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, qu'il n'était pas compétent, tout tribunal de l'autre ordre de juridiction saisi de la même affaire, qui estime que cette dernière relève du premier ordre saisi, doit surseoir à statuer. Il s'agit alors de conflit sur renvoi en prévention d'un conflit négatif. La seconde hypothèse concerne les cas où le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sont saisis d'un litige « *qui présente, à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires.* » (art.34 décret 26 oct.1849 modifié décret n°60-728). Ce conflit est alors sur renvoi d'une juridiction statuant souverainement.

⁵ Article 379 du Code de procédure civile : « *Le sursis à statuer ne dessaisit pas le juge. A l'expiration du sursis, l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge, sauf la faculté d'ordonner, s'il y a lieu, un nouveau sursis.* ».

⁶ Article 313 du Code de procédure civile.

⁷ Sur cette question voir M. Touzeil-Divina, « L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public », *A.J.F.P.* 2006, p. 172 ; C. Wolmark, « Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif », *R.D.T.* 2006, p.159 ; S. Laulom, « Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise », *Dr.soc.* 1999, p. 821.

⁸ Nous n'étudierons essentiellement que cette procédure, qui illustre le mieux le « dialogue des juges », mais également parce qu'elle constitue la procédure de saisine de la C.J.U.E. de la quasi-totalité des arrêts en matière d'exigence d'égalité en droit social. Seuls quelques arrêts ont été pris selon la procédure en manquement, qui à l'initiative de la Commission ou d'un autre Etat membre permet de saisir la juridiction de l'Union européenne d'une violation du droit communautaire par un Etat membre, voir les articles 258 et 259 du Traité T.F.U.E., anciens articles 226 et 227 du Traité C.E.

⁹ Les statistiques judiciaires de la C.J.U.E. montrent que la Cour a été saisie en 2009 de 302 renvois préjudiciels sur un total de 561 saisines, cf. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-03/ra09_stat_cour_final_fr.pdf.

Cour sur une question d'interprétation ou de validité¹ du droit primaire ou du droit dérivé². La C.J.U.E. qualifie elle-même cette procédure « *d'instrument de coopération entre la Cour et les juges nationaux* »³. Elle constitue le modèle du « dialogue des juges »⁴. Depuis le règlement du 16 mai 2000⁵, le mécanisme du dialogue a été précisé et désormais la Cour de l'Union européenne peut demander à la juridiction de renvoi des éclaircissements ce qui améliorera la qualité des échanges entre les juridictions. La mise en œuvre de cette procédure suppose une reconnaissance mutuelle en tant qu'interlocuteurs : la juridiction nationale par le renvoi fait à la C.J.U.E. et cette dernière par la définition des organes juridictionnels qui peuvent valablement user de cette procédure⁶.

Le renvoi préjudiciel a pour finalité de permettre à la C.J.U.E. de garantir une certaine uniformité dans l'application du droit de l'Union européenne. Elle vise alors à préserver l'unité de l'ordre juridique de l'Union européenne face aux divergences pouvant survenir entre les juridictions des États membres⁷. La Cour a très tôt affirmé :

« Attendu que, essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par le traité, l'article 177 a pour but d'assurer en toutes circonstances à ce droit le même effet dans tous les états de la communauté ; Que s'il vise ainsi à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit communautaire que les juridictions nationales ont à appliquer , il tend également à assurer cette application en ouvrant au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit

¹ Article 263 du Traité F.U.E., ancien article 230.

² Article 267 du Traité F.U.E., ancien article 234.

³ C.J.C.E. 16 juillet 1992, Meilicke, Aff. C-83/91, *Rec.*, p.I-4871, point 22. Voir J. Pertek, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire - Coopération entre C.J.C.E. et juges nationaux*, Litec, 2001.

⁴ Y. Gautier, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvins-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p.203.

⁵ *J.O.C.E.*, n°L122, 24 mai 2000, p.43.

⁶ C.J.C.E. 17 septembre 1997, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contre Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, Aff. C-54/96 : « Pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance » (point 23). Cf. Comm. d'A. Rigaux et D.Simon in *Europe* novembre 1997 n° 335 p.8 et n° 343 p.11-12. La C.J.U.E. refuse donc les recours introduits par des instances arbitrales, cf. par exemple C.J.C.E. 27 janvier 2005, Aff. C-125/04, Guy Denuit et Betty Cordenier contre Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA.

⁷ C.J.C.E. 12 novembre 1969, Erich Stauder contre Ville d'Ulm – Sozialamt, Aff. 29-69, *Rec.* 1969 p. 00419.

communautaire son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels des états membres : Que, dès lors, toute lacune dans le système ainsi organisé mettrait en cause l'efficacité même des dispositions du traité et du droit communautaire dérivé »¹.

Le dialogue-partage au sein de la procédure de renvoi préjudiciel emporte également un partage d'office de chacun des juges. La C.J.U.E. n'a pas à se prononcer, en principe sur le fond de l'espèce, à trancher le litige. Elle n'a d'ailleurs pas à connaître précisément les éléments de l'espèce. Dès lors, ses motifs reposent souvent sur une reformulation de la question préjudicielle posée sous la forme d'une hypothèse-type. Il appartient ensuite au juge national d'apprécier si l'espèce dont il est saisi correspond à l'hypothèse définie par la juridiction de la C.J.U.E.². Le juge national conserve alors un minimum de pouvoir d'appréciation quant aux éléments de faits et quant à leur correspondance avec l'interprétation du juge européen. Dès lors, le juge national doit « interpréter l'interprétation » de la C.J.U.E., qui n'en contrôle pas l'application à l'espèce, et, contrairement à un juge de cassation. Ce dispositif est donc tout entier sous-tendu par la coopération entre juges³.

Le système du droit de l'Union-européenne implique un dédoublement fonctionnel des juges nationaux⁴. Le principe de primauté du droit de l'Union européenne emporte son immédiateté et son effectivité⁵ et conduit les juridictions nationales, outre leur mission habituelle d'application du droit national, à appliquer le droit de l'Union européenne. Le juge national peut dans ces conditions être conduit à écarter le droit national au profit du droit européen⁶. Ce dernier point pose problème lorsque la norme nationale écartée est un droit constitutionnel. En effet, le juge national est tiraillé alors entre sa loi fondamentale, dont il tire

¹ C.J.C.E. 16 janvier 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 166-73, Rec. 1974 p. 00033.

² Le juge national dispose, semble-t-il, de la possibilité d'accomplir un nouveau renvoi préjudiciel. Ainsi, est susceptible d'interprétation un arrêt préjudiciel antérieur, suite à un renvoi opéré par la même juridiction (CJCE, 14 avril 1994, Ballast Nedoe Groep, aff. C-389/92, Rec. p. I-1289) ou par une juridiction statuant sur recours dans le même litige ou par une juridiction statuant dans une affaire différente (CJCE, 16 déc. 1992, B&Q, aff. C-169/91, Rec. p. I-6635).

³ Voir E. Dubout, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire, *R.T.D.E.* 2007, p.427.

⁴ Cette idée a été dégagée en premier lieu en droit international par G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey (2tome), 1932, voir spécialement vol.2, p.317.

⁵ Voir J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Thémis Droit, PUF, 2008, p.271 et suivantes.

⁶ *Ibid.*

son existence même et la primauté du droit de l'Union européenne. En effet, le principe de primauté est également affirmé par la C.J.U.E. à l'égard de la norme constitutionnelle. Le « dialogue des juges » se heurte alors à l'irréductible dualisme entre l'ordre européen et l'ordre national¹.

19. La question prioritaire de constitutionnalité constitue un second exemple de coopération processuelle. C'est une procédure spéciale qui concerne une « *disposition législative qui porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » et qui peut être ouverte devant l'ensemble des juridictions civiles, pénales et administratives, à la seule exception de la cour d'assises. Suite au renvoi d'une juridiction du fond, soit directement à l'appui d'un pourvoi, la Cour de cassation et le Conseil d'État disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer sur la recevabilité² de la question et transmettre ou non la question au Conseil constitutionnel. Cette procédure préserve ainsi la compétence du Conseil constitutionnel en tant qu'interprète authentique de la Constitution et institue le dialogue entre la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat avec la juridiction constitutionnelle. Une même question peut dans le même temps faire l'objet d'une « Q.P.C. » et d'un renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E. L'hypothèse de « doubles procédures « préjudicielle » » a été admise tant par le juge constitutionnel³ que de l'Union européenne⁴. Le dialogue des juges recèle alors

¹ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, *Op. cit.*, p. 271 et 400.

² Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation doivent vérifier si les trois conditions suivantes sont remplies : la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances de fait ou de droit ; elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux, cf. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *J.O.* du 11 décembre 2009 page 21379.

³ C.const. 2010-605 D.C. - 12 mai 2010 - Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ; *J.O.* du 13 mai 2010, p. 8897.

⁴ C.J.C.E. 22 juin 2010, Aziz Melki (C-188/10) et Sélim Abdeli (C-189/10), Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Rec.* 2010 , à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation, cf. A.P. 29 juin 2010, 10-40.001, *Inédit*, la Cour de cassation a décidé : « Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ; Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au

une dimension stratégique, la Cour de cassation pouvant faire le choix de son interlocuteur et des textes dont elle entend assurer, en priorité, le respect.

20. Dans l'ensemble de ces dispositifs processuels, la coopération entre les juridictions dépend étroitement de la volonté des premiers juges saisis, de bien vouloir renvoyer une question aux autres juges. En effet, il n'existe pas de « sanction » à l'encontre du juge qui refuserait le renvoi préjudiciel, tout simplement parce que la Cour qui se voit privée de sa compétence, n'est pas saisie et ne peut, dès lors, se prononcer. L'efficacité de ces procédures dépend donc de « l'ouverture » au dialogue des premiers juges. Le dialogue, comme la discussion chez Habermas, est donc un procédé sans contrainte véritable, qui suppose une volonté d'entrer en dialogue.

21. La C.E.D.H., quant à elle, ne connaît pas de procédure de renvoi préjudiciel¹. Elle ne peut donc se prononcer qu'à l'issue de l'épuisement des voies de recours au niveau national². Dès lors, d'un point de vue processuel, n'existe-t-il pas de dialogue possible entre la juridiction européenne et le juge national, mais une succession de décisions - des monologues successifs. Toutefois, le juge européen ne peut faire l'économie d'ignorer les arrêts des juges internes, qui se sont prononcés avant lui et qu'il vise expressément dans ses arrêts et sur lesquels il est amené à se prononcer. Le juge européen a ainsi, à plusieurs reprises³, condamné un État membre en raison de la jurisprudence d'une juridiction nationale. Inversement, le juge national ne peut ignorer la jurisprudence européenne, car sa décision peut toujours donner lieu à saisine de la C.E.D.H., qui dépend de la volonté des parties et sur laquelle il n'a pas d'emprise. Le risque de la condamnation européenne pèse donc sur la décision du juge

regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ; (...) » (souligné par nous).

¹ Ce qui est regretté par un certain nombre d'auteurs cf. par exemple J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé - L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001 ; J.Andriantsimbazovina, « Les méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvins-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, coll. Droit et Justice, éd. Bruylant et Nemesis, Bruxelles 2004, p.167

² L'article 35 de la Convention dispose : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes ».

³ Voir par exemple C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, req. n° 69498/01, rec. 2004-VIII

interne. Dès lors, le dialogue ne s'inscrit-il plus dans une procédure, mais bien plutôt dans une coordination matérielle.

II. LA COORDINATION MATÉRIELLE : L'HYBRIDATION ?

22. Les droits européens « surplombent » le droit national¹. Dès lors, les juges internes, en leur qualité de juges européens de « droit commun », ont-ils la mission de s'assurer de la compatibilité, voire de la validité, des normes nationales avec les normes européennes². Les juges nationaux, et plus particulièrement la Cour de cassation et le Conseil d'Etat³, doivent alors assurer la coordination⁴, ou l'ordonnancement⁵ entre ces différentes normes. Nécessairement, ces deux juridictions doivent interpréter les textes européens. C'est d'ailleurs leur interprétation qui permet la coordination entre les différents textes. Celle-ci n'est pas guidée par le principe hiérarchique qui, au terme de l'article 55 de la Constitution, affirme la supériorité des conventions européennes sur les lois et règlements français. En vérité, la coordination est guidée par l'idée d'hybridation, développée par Madame Delmas-Marty⁶. Les juges nationaux en faisant application des normes européennes, assurent une interprétation des normes nationales qui leur sont conformes. Les juridictions assurent alors une sorte de « croisement » entre des normes de sources différentes.

Cette hybridation peut se réaliser en dehors même de tout renvoi préjudiciel. Le dialogue-partage se matérialise alors par la référence expresse des juges nationaux aux textes

¹ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, P.U.F., coll. Thémis droit, Paris 2008, n°670, p.489.

² Le conflit entre une norme nationale et une norme du droit de l'Union européenne peut mener le juge nationale à écarter l'application de la norme française, pour faire application de la norme internationale, si celle-ci est suffisamment précise. A propos de la primauté affirmée des droits européens, voir les jurisprudences chambre mixte 24 mai 1975, « Café Jacques Vabre » et A.P. 2 juin 2000, « Fraisse » pour le Cour de cassation et C.E. 20 octobre 1989, « Nicolo et C.E. ass. 30 octobre 1998, « Sarran et Levacher ».

³ Le Conseil constitutionnel refuse, par principe, le contrôle des lois à l'aune des textes internationaux. Toutefois, cette position a été nuancée tant vis-à-vis de la C.E.S.D.H.L.F. que du droit de l'Union européenne, cf. *infra*.

⁴ Dans le langage administratif et politique la coordination vise la mise en harmonie de divers services, de diverses forces, de différentes composantes, en vue d'en renforcer l'efficacité, cf. Trésor de la Langue Française informatisé, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

⁵ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, Chron. p. 359.

⁶ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p.951.

européens¹, voir même de manière encore plus flagrante par l'interprétation de ces mêmes textes par les juridictions européennes². Cette dernière pratique est d'autant plus étonnante, et marque en cela la vigueur du dialogue, que l'autorité judiciaire française est conçue sur le refus du système dit du précédent. Le dialogue pousse alors les juges à viser, non pas leur propres jurisprudences, mais celles des juridictions européennes. Cette pratique nouvelle des juridictions internes montre leur volonté d'être en dialogue avec les juges européens, qui demeurent les « interprètes authentiques », mais non exclusifs, des textes européens.

23. Ce dialogue-partage engendre un problème d'articulation entre les normes ; d'autant plus vif lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux, auxquels les normes d'égalité appartiennent souvent³. En effet, les droits européens habilite les deux juridictions « suprêmes » de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, à exercer un contrôle de *supra-légalité* qui nécessairement fait concurrence au contrôle de constitutionnalité⁴. Ces juridictions peuvent, du moins théoriquement, être tiraillées entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celles des juges européens, qui affirment la primauté de leur ordre juridique, mêmes sur les normes constitutionnelles⁵. Les trois Cours « suprêmes » de droit interne ont, dans une belle unanimité, mis en place un système pour résoudre ce genre de difficulté⁶. Celui-ci est directement inspiré des jurisprudences allemandes « So lange »⁷. Il repose sur le principe de

¹ La Cour de cassation et le Conseil d'Etat visent dorénavant de manière habituelle les textes européens dans les visas de leurs arrêts. De manière plus étonnante, le Conseil constitutionnel a également déjà visé le texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des droits fondamentaux dans une décision, cf. C. const. D.C. n°2004-505, 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, *J.O.* p. 19885.

² Ainsi la chambre sociale dans un arrêt du 16 décembre 2008 (Bull. 2008, V, n° 248) vise dans ses motifs l'arrêt « *CJCE, 22 mai 2008, affaire C-462 / 06* » et casse le jugement du Conseil de prud'hommes sur ce fondement.

³ Les normes d'égalité n'appartiennent pas toutes au « sommet » de la hiérarchie des normes. Par exemple, certaines règles de non-discrimination n'ont que pour seule source la loi et ne dispose d'aucune assise constitutionnelle ou européenne, cf. la non-discrimination en raison du nom de famille, qui ne se trouve que dans la liste de l'article L.1132-1 du Code du travail.

⁴ Le droit français ne semble pas connaître de *supra-constitutionnalité* : le pouvoir constituant est l'expression la plus élevée de la souveraineté nationale et ne connaît aucune limite, cf. F.Luchaire *R.D.P.* 1981 p.310 ; L.Philip *R.D.P.* 1981 p. 681.

⁵ C.J.C.E. 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, Rec. 1970 page 1125.

⁶ Sur les débats entre supériorité de la norme constitutionnelle et européenne, cf. à propos de la jurisprudence Arcelor du CE, ass., 8 févr. 2007, Société Arcelor Atlantique et autres, req. n° 287110, *A.J.D.A.* 2007. 281, obs. M.-C. de Montecler ; P. Deumier, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Cosneil d'Etat dans le dialogue des juges », *D.* 2007, p.2742 ;

⁷ Ou « Solange », qui doit s'entendre de l'allemand et qui signifie « aussi longtemps que... ». La Cour de Karlsruhe juge qu'aussi longtemps que les droits fondamentaux proclamés par la Constitution allemande sont

confiance légitime et la considération que la C.J.U.E., par le jeu des principes généraux du droit¹, contrôle la validité des normes européennes à l'aune des principes fondamentaux, qui peuvent être garantis par la Constitution nationale. Lorsque le juge national a un doute quant à la conformité du droit européen vis-à-vis des droits et libertés fondamentaux, il doit saisir le juge communautaire par renvoi à la C.J.U.E. Une fois le contrôle de la juridiction de l'Union européenne accompli, la juridiction nationale présume garanti le respect des droits et libertés fondamentaux. Toutefois, les requérants peuvent toujours combattre cette présomption en démontrant que les droits fondamentaux sont violés ; le Conseil constitutionnel parle alors de violation de « l'identité constitutionnelle » française². Il est remarquable que le Conseil constitutionnel lui-même ait adopté ce système, car il ne peut pas se trouver en situation de dialogue processuel avec la juridiction de l'Union européenne. Il a choisi de ne pas ignorer la difficulté et s'est résolument engagé dans la voie de l'hybridation et du dialogue de juges.

La coordination matérielle est également assurée entre les droits européens. D'un côté la C.J.U.E. assure le respect de la C.E.S.D.H.L.F., qui constitue l'une des inspirations des principes généraux du droit³. Ce respect sera d'autant mieux assuré, lorsque conformément au dernier Traité entrée en vigueur le 1er décembre 2009, l'Union Européenne sera membre du Conseil de l'Europe et donc soumise à la C.E.S.D.H.L.F.⁴.

effectivement protégés au niveau communautaire, il ne lui appartient pas de s'interroger sur la conformité du droit communautaire avec eux. De même, par son arrêt *Fragd*, du 13 avril 1989, la Cour constitutionnelle italienne affirme la supériorité du droit communautaire, sous la seule réserve des « principes suprêmes de l'ordre juridique italien ».

¹ Voir notamment, F. Zampini, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux » dans le cadre du droit communautaire », *R.T.D.E.* 1999, p.659.

² Cons. const. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *J.C.P. G* 2004. II. 10116, note J.-C. Zarka, et *adm. coll. terr.* 1620, note O. Gohin, *A.J.D.A.* 2004.1385, tribune, P. Cassia, *A.J.D.A.* 2004.1497, tribune M. Verpeaux, *A.J.D.A.* 2004.1534, note J. Arrighi de Casanova, *A.J.D.A.* 2004.1537, note M. Gautier et F. Melleray, *A.J.D.A.* 2004.1937, note D. Chamussy et 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *R.F.D.A.* 2004.651, chron. B. Genevois, *R.D.P.* 2004.869, comm. coord. H. Oberdoff, 878, chron. J.-P. Camby, 889, chron. A. Levade, et 912, chron. J. Roux, *P.A.* 14-15 juill. 2004, p. 3, étude F. Chaltiel, Europe, août-sept. 2004, p. 6, étude X. Magnon, *Dr. adm.* 2004, n° 130, note M. Verpeaux, chron. D. Bailleul, *R.J.F.* 2004, n° 1148, *R.T.D. eur.* 2004.580, note J.-P. Kovar ; V. aussi l'article de D. Chagnollaude, « La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives », *D.* 2005, p.100.

³ C.J.C.E. 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung* contre Commission des Communautés européennes, *Aff.* 4-73, *Rec.* 1974 p. 491.

⁴ Certains auteurs ont souligné que la jurisprudence de la C.J.U.E. était marqué par un certain suivisme à l'égard de la jurisprudence de la C.E.D.H., cf. F. Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *J.C.P. G.*,

24. Le dialogue-partage, repose sur le constat de l'appropriation des textes européens, et de leur interprétation, par les juges internes. Ce faisant ils se mettent nécessairement en dialogue avec les juridictions européennes dont la mission essentielle est de donner une interprétation uniforme à ces mêmes textes. Toutefois, ce dialogue n'est pas nécessairement pacifique, même s'il l'est dans la plupart des cas. Il suffit de songer à la jurisprudence *Kress*¹ qui remettait en cause l'institution du commissaire du gouvernement, ce qui a conduit, malgré les critiques de la doctrine française à l'égard de la jurisprudence européenne, à une réforme de cette institution².

Le dialogue des juges peut dépasser les cas où ils disposent d'une voie de recours pour échanger entre eux, ou lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur les mêmes « objets ». Le dialogue n'est plus inscrit alors dans le partage des compétences et des offices mais dans celui plus global des transferts.

C. LE DIALOGUE-TRANSFERT

25. Le dialogue-partage a pour finalité ultime, du point de vue des droits européens, d'assurer la reprise ou la réception par les juges nationaux des interprétations des juridictions européennes. Il vise alors une sorte de transfert de ce qui a été décidé au niveau européen vers le niveau national. Néanmoins, l'idée de transfert dépasse le cadre du dialogue-partage. En effet, et ce n'est pas une hypothèse d'école, un juge peut décider de reprendre une solution ou une interprétation arrêtée par une autre juridiction, afin de la « transplanter » dans son propre domaine de compétence. Il y a donc un transfert alors même que le juge qui le réalise ne s'était pas vu intimer « l'ordre »³ de le faire. C'est un acte volontaire du juge qui prend alors

1998, I, 100 ; F. Sudre et H. Labayle (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

¹ C.E.D.H. 7 juin 2001, Aff. *Kress c. France*, Req. n° 39594/98, *Rec.* 2001 VI.

² Qui à cette occasion à changer de dénomination, cf. Loi n° 2008-1091 du 28 octobre 2008 relative à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes, *J.O.* du 29/10/2008 ; Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *J.O.* du 08/01/2009).

³ Le droit de l'Union européenne pose l'obligation pour les juges nationaux d'assurer le respect de ce droit. Toutefois les moyens de contraintes et de contrôle du juge européen sur le juge national restent limités. En effet dans le cadre du renvoi préjudiciel la C.J.U.E. se prononce avant la décision définitive du juge national qui l'a saisi. Certes, un Etat membre peut voir sa responsabilité engagée en cas de violation du droit communautaire,

la position du récepteur. Par exemple, la Cour de cassation a « transplanté » le mécanisme probatoire propre aux règles de non-discrimination, qui résulte d'une transposition d'une directive communautaire, au principe d'égalité de traitement¹.

Le concept de transfert a été développé par Monsieur Espagne, à propos des transferts culturels entre la France et l'Allemagne². Ce concept vise l'étude simultanée de plusieurs espaces nationaux dans leurs éléments communs et refuse une étude juxtaposée sur l'un ou l'autre des systèmes³. Le transfert vise véritablement à étudier les confrontations, les comparaisons et les accumulations qui s'opèrent entre les deux, afin de mieux en souligner le métissage. Une telle démarche trouve écho dans le dialogue des juges, car ces derniers ne se retrouvent plus chacun enfermé dans un système clos, son propre ordre juridique. Cette démarche ne méconnaît pas non plus les difficultés inhérentes de traduction, qui peuvent révéler des problèmes d'herméneutique et de conjoncture (en particulier quant au contexte d'accueil). Ainsi, un objet (par exemple la philosophie de Kant) peut être interprété (récepteur de la communication) différemment d'un système à l'autre⁴. Ce qui entraîne une transformation, voire une métamorphose.

De tels transferts, appliqués au droit, concernent aujourd'hui des énoncés particuliers : les décisions juridictionnelles. Le « métissage » peut être difficile à repérer dans le cadre du dialogue des juges, car les juridictions françaises n'ont pas pour habitude d'énoncer leurs motifs de manière exhaustive⁵. Dans ces conditions, il n'est pas toujours évident de repérer les réceptions ou reprises implicites effectuées par les juges internes. Un autre instrument peut nous permettre d'identifier ces transferts. Il s'agit du dialogisme⁶. Ce concept qui relève de l'analyse du discours, a été découvert par Monsieur Bakhtine et développé par Monsieur

mais en dehors du recours en manquement, le constat de la violation et le prononcé de la sanction est renvoyé... au juge national.

¹ Voir chapitre relatif à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, cf. *infra*.

² M. Espagne, *Les transferts culturels franco-allemands*, P.U.F. 1999.

³ *Op. cit.* p.15 et suivantes.

⁴ *Op. cit.* p. 31.

⁵ Voir la fiche méthodologique « La rédaction des arrêts » dans le bulletin d'information de la Cour de cassation 2005, n°613, p.1. Voir également P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archive philosophique du droit* 2007, p.49.

⁶ F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, *Op. cit.*

Volochinov¹. Le dialogisme se réfère aux relations que tout énoncé entretient avec les énoncés produits antérieurement ainsi qu'avec les énoncés à venir que pourraient produire ses destinataires. Dans cette perspective, tout énoncé est constitutivement dialogique, y compris ceux qui sont apparemment monologiques, comme les décisions de justice. Néanmoins, notre étude ne portera que sur le dialogisme entre les décisions des différentes juridictions retenues pour les besoins de l'étude, nous nous intéresserons pas aux relations entre ce « type » d'énoncés avec d'autres « types », telles les conclusions des avocats généraux ou les articles de doctrine, dont nous ne méconnaissons pas l'importance dans la décision des juges². Une telle démarche suppose alors que les juges, lors de leur interprétation de l'exigence d'égalité, se situent dans un rapport avec les autres jurisprudences.

Une telle démarche se défie de toutes les accusations d'unilatéralisme prononcées à l'encontre des juges, en particulier les accusations de tentation hégémonique à l'encontre des droits européens³. S'il n'est plus contesté que les juges exercent un pouvoir, celui-ci s'exerce dans un contexte, dont le transfert et le dialogisme permet de le décrire, au moins partiellement. Il faut alors se défier des accusations selon lesquelles le « dialogue des juges » constituerait en réalité la soumission des juges nationaux aux droits européens. Les transferts ne sont pas uniquement descendants, des juridictions européennes vers les juridictions nationales, mais peuvent être également ascendants. Ainsi, la C.J.U.E.⁴ dans ses premiers arrêts⁵ s'est emparée du principe d'égalité tel qu'exprimé par le Conseil d'État en ces termes :

« ... l'égalité des administrés ... ne fait pas obstacle à l'établissement de prix différents suivant la situation particulière des usagers ou de catégories d'usagers, à la condition que les

¹ Sur ces deux auteurs, membres du cercle dit de « Bakhtine », voir les développements dans la thèse de M. Géa, précitée. Voir également P. Chareaudeau et D. Maingueneau (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil Paris, 2002, p.175.

² Sur ces questions voir M. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Op. cit

³ Voir par exemple J. Morange, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, P.U.F., Paris, 2007.

⁴ Afin de simplifier la lecture et ne pas complexifier la compréhension du texte nous avons décidé de viser la juridiction de l'Union européenne, qui était précédemment celle des puis de la Communauté européenne, sous son nouveau sigle C.J.U.E. Néanmoins, par souci de cohérence, dans les références dans l'index et dans els notes de bas de pages nous avons conservé son appellation au jour de la décision.

⁵ Sur l'influence de la jurisprudence et de la doctrine française sur les premiers arrêts de la juridiction communautaire, cf. M. Auvray, *Le dialogue entre le Conseil d'Etat et cours européennes - L'exemple significatif du principe d'égalité*, Op. cit p.124 et suivantes.

différenciations de traitement correspondent à une différence dans les conditions où ils se trouvent placés »¹

La formule employée par la juridiction européenne ne peut manquer de faire écho² à celle exprimée par la juridiction administrative française depuis 1928 :

« ... un traitement identique est toujours conforme au principe d'égalité, même si en réalité les situations de fait sont différentes, et un traitement différent lui est également conforme à la condition que les situations soient différentes »³.

Ce phénomène d'imitation illustre de manière la plus éclatante la volonté du juge communautaire de se référer à la jurisprudence de la haute juridiction française. Elle se place donc volontairement en rapport avec elle. Le dialogue ne se concrétise pas nécessairement par l'interpellation d'une juridiction par une autre, mais peut également être révélé par le référencement, explicite ou implicite, à la jurisprudence de l'autre⁴. L'existence d'un dialogue peut donc être repérée par la « circularité »⁵ d'un principe ou d'une norme, d'une jurisprudence à une autre. Ce dialogue n'exclut pas l'existence de « tensions » entre des juridictions qui demeurent campées sur leurs positions, ou de contradictions logiques entre différentes jurisprudences.

Ainsi le dialogue des juges s'oppose-t-il à une unité juridique imposée de manière verticale, mais vise souvent une uniformisation ou harmonisation, dont le succès n'est en rien garanti. Le dialogue des juges repose sur l'idée fondamentale du respect de la diversité des juridictions et de leurs jurisprudences. Le dialogue suppose alors, non pas une opposition, mais une diversité d'interlocuteurs qui peut receler autant de conceptions différentes d'un même objet. Le dialogue des juges est dans cette perspective une métaphore utile, afin d'étudier les jurisprudences les unes en rapport avec les autres.

¹ C.J.C.E., 21 juin 1958, Groupement des haut fourneaux et aciéries belges c/ Haute autorité, Aff. 8/57, *Rec.* p.225 (souligné par nous).

² L'avocat général Maurice Lagrange dans ses conclusions sur l'arrêt de la C.J.C.E. précité faisait expressément référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

³ C.E. 10 février 1928, Chambre syndicale des propriétaires marseillais, *Rec.* p.221, (souligné par nous).

⁴ Voir *infra*, à propos du dialogue-transfert.

⁵ Nous reprenons l'expression de S. Laulom et de N.Merley, « La fabrication du principe de faveur », *R.D.T.* 2009, p.219.

L'exigence d'égalité constitue un terrain propice pour une telle étude. En effet, sous une même aspiration, l'*idée* d'égalité, les différents ordres juridiques consacrent une diversité d'acceptions (principe d'égalité, principe d'égalité de traitement, non-discrimination) et de conceptions. En effet, les différentes juridictions n'ont pas nécessairement la même conception d'une même norme. Par exemple, le principe d'égalité de traitement établi par la Cour de cassation n'est pas nécessairement le même que celui de la C.J.U.E. Le dialogue des juges suppose donc une pluralité, qui concrétise cette diversité. Il s'inscrit dans cette pluralité dont il permet de rendre compte (Partie 1). Les juges face à cette diversité, n'ont pas manqué soit d'assumer leurs divergences, soit de tenter un rapprochement ou une réception des autres jurisprudences. Ce faisant, le dialogue des juges permet de montrer l'évolution de certaines jurisprudences à l'aune des décisions des autres juridictions. Ce n'est qu'une fois l'exposition de la diversité au sein du dialogue des juges, que nous pourrions mesurer son influence sur le contenu même de l'exigence d'égalité, au travers des différents transferts qui n'ont pas manqués d'être opérés en la matière (Partie 2).

PARTIE 1 : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ FACE À LA DIVERSITÉ DES JURIDICTIONS

26. L'exigence d'égalité connaît des expressions diverses en droit social. Elle peut par exemple se traduire par des règles de non-discrimination, dont le contenu varie d'un critère à l'autre. Cette diversité apparaît également dans les différents épithètes qui accompagnent les « principes d'égalité » : principe constitutionnel d'égalité, principe d'égalité-principe général du droit, principe d'égalité de traitement. Cette diversité ne résulte pas uniquement de la pluralité des juridictions et des jurisprudences qu'elles élaborent. Les diverses expressions de l'exigence d'égalité se retrouvent au sein des jurisprudences propre à chacune des juridictions. Ainsi, la chambre sociale a-t-elle découvert le principe d'égalité de traitement, mais connaît nombres de règles de non-discrimination, dont certaines partagées avec la C.J.U.E., mais a également appliqué directement le principe constitutionnel d'égalité¹. Cette diversité mérite d'être exposée afin de déterminer, au-delà des mots, la « grammaire » que chaque juridiction entend donner à l'exigence d'égalité. Il convient dans ces conditions de distinguer le droit interne (Titre1) des droits européens (Titre 2), afin de mieux en constater la diversité.

¹ Soc. 29 mai 2001, Bull.V 2001, n° 185 p. 146, voir G. Borenfreund, « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », Dr. soc. 2001, p.821. Cette référence au « *principe d'égalité, de valeur constitutionnelle* », reste unique dans la jurisprudence de la chambre sociale.

TITRE 1 : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ DANS LES JURISPRUDENCES INTERNES

27. Comme l'écrivit Alexis de Tocqueville : « les nations de nos jours ne sauraient faire que dans leur sein les conditions ne soient pas égales; mais il dépend d'elles que l'égalité les conduise à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères »¹. Pourtant, l'Etat s'est longtemps abstenu d'intervenir directement dans les « relations sociales »². Dans ces conditions et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, l'exigence d'égalité a été, pour l'essentiel, cantonnée au droit public et aux relations entre les pouvoirs publics et les citoyens. Le Code civil, quant à lui, ne fait pas mention du terme « égalité »³. L'idée d'égalité en droit civil est en réalité inhérente à la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans le cadre de cette dernière théorie, le principe d'égalité exclut que la volonté de l'une des parties se voit contrainte par l'autre partie⁴. Une personne ne peut s'obliger qu'en application de sa propre volonté. L'exigence d'égalité dans les relations privées est alors tout entière contenue dans le postulat de l'égalité des personnes en droit⁵. Elle fut, dans un premier temps, assignée dans une conception formelle et abstraite : il est reconnu à chacun une égale liberté de s'engager et de s'obliger. L'avènement de la société salariale⁶, et avec elle de l'Etat providence ou de l'Etat social⁷, suppose au contraire, de la part des pouvoirs publics, de ne plus considérer le citoyen abstraitement. Il est nécessaire alors de concevoir les dispositifs juridiques comme des outils correcteurs, à même d'égaliser les conditions des uns par rapport aux autres. La mutation de l'action publique transforme avec elle la conception de l'exigence

¹ A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Folio histoire, Paris, 2001.

² R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio Essais, Paris, 1995, p.347.

³ Le terme « égalité » apparaît aujourd'hui aux articles 744, 826, 829, qui concernent les successions. Le terme a été introduit par les lois du 3 décembre 2001, n°2001-1135, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral et du 23 juin 2006, n°2006-728, portant réforme des successions et des libéralités.

⁴ Voir par exemple, A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F., 2002, p.116.

⁵ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J., Paris, 1999.

⁶ R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, op. cit., p.430.

⁷ R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, op. cit.

d'égalité, adaptée en conséquence. Elle ne concerne plus seulement les conditions d'élaboration de la norme, légale ou contractuelle, mais en devient la justification même.

Plus spécifiquement, en droit social, les relations professionnelles ne sont plus rejetées en dehors du droit étatique. La branche du droit du travail a été non seulement rendu autonome vis-à-vis du droit civil¹, mais les sources spécifiques de cette branche, comme les conventions et accords collectifs, sont aujourd'hui entrelacées avec les normes étatiques, au point que le législateur renvoi aujourd'hui aux interlocuteurs sociaux le soin de mettre en oeuvre de nombreuses lois². D'un côté, la prise en considération des relations professionnelles par le droit étatique est marquée par le souci de préserver les spécificités locales, celles de certaines activités productives, etc. Elle vise alors l'adaptation du droit aux situations spécifiques dans l'entreprise. D'un autre côté, l'intégration des relations professionnelles dans le droit étatique suppose de soumettre celles-ci à ses impératifs, dont l'exigence égalité. Cette dernière est donc tiraillée entre l'idée d'uniformité inhérente à l'idée d'égalité et la prise en considération les spécificités de chaque situation. Ce tiraillement est alors confronté à l'idée d'universalité qui sous-tend la conception de l'exigence d'égalité en droit public (Chapitre 1), alors que cette même exigence en droit du travail procède d'une démarche plus ouverte à la prise en considération de la variété des situations (Chapitre 2).

¹ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.* 1990, p.485.

² Voir H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2005, p. 109 et s., spéc. p. 113. Voir aussi G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. Soc.* 2003. 72 et s., spéc. 82.

CHAPITRE 1 : L'ENRACINEMENT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

EN DROIT PUBLIC

« Les avantages par lesquels les citoyens diffèrent sont au-delà du caractère de citoyen », E.J. Sieyès, *Qu'est ce que le tiers-état ?*¹

28. Le principe d'égalité puise ses racines dans les idées qui ont inspiré la Révolution française². Depuis lors, il a été l'objet d'une affirmation constante dans les textes des préambules et des Constitutions successives, si bien que les juridictions de l'ordre administratif, au premier chef desquelles figure le Conseil d'État, et de l'ordre constitutionnel disposent aujourd'hui d'une palette très large de références à l'exigence d'égalité³.

L'égalité est l'un des premiers concepts auquel le Conseil d'État attribue la qualité de principe⁴. Une première mention est faite dans un avis du 5 nivôse an VIII⁵, sous l'expression « *principes d'égalité et de liberté* ». Néanmoins à ce stade l'égalité reste plus une évocation qu'une invocation. C'est véritablement dans l'arrêt Roubeau⁶ que la juridiction applique pour

¹ E. J. Sieyès, *Qu'est ce que le tiers-état ?*, éd. du Boucher, Paris 2002, p. 76.

² Voir François Furet, *Penser la Révolution française*, Gallimard, Paris, 1978, réédition Folio histoire, 1985 ; *Dictionnaire critique de la Révolution française*, François Furet et Mona Ozouf (sous la direction de), Paris, 1988. Voir les thèses de S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française, (1789-1799)*, Economica- PUAM, 1995 et de R. Debbasch *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988.

³ Ces textes visent notamment l'égalité devant la loi, les charges publiques, dans les emplois publics. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a même étoffé cette liste d'expressions spécifiques du principe d'égalité : notamment, en matière de représentation des salariés (C.const. 77-79 D.C. - 05 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *J.O.* du 6 juillet 1977, p. 3560; C.const. 80-128 D.C. - 21 janvier 1981 - Loi relative au travail à temps partiel, *J.O.* du 24 janvier 1981, p. 332; C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public, *J.O.* du 22 juillet 1983, p. 2267) et dans l'attribution des prestations sociales (C.const. 89-269 D.C. - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *J.O.* du 24 janvier 1990, p. 972; C.const. 98-404 D.C. - 18 décembre 1998 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, *J.O.* du 27 décembre 1998, p. 19663; C.const. 99-416 D.C. - 23 juillet 1999 - Loi portant création d'une couverture maladie universelle, *J.O.* du 28 juillet 1999, p. 11250).

⁴ Le Conseil d'État affirmera plus tard qu'il est même un « *principe fondateur de la démocratie* », cf. Conseil d'État, Rapport public 1996 sur *Le principe d'égalité*, La Documentation française, 1997, p.21.

⁵ Soit le 26 décembre 1799. Cité par G. Braibant dans « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989, citant lui-même *Le Conseil d'État – son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, p.36.

⁶ C.E., 9 mai 1913, Roubeau, *R.D.P.* 1913, p. 685, note G. Jèze. Il semblerait toutefois que le principe ait été mobilisé auparavant, en particulier dans le contentieux relatif à l'emploi public, cf. M. Touzeil-Divina, *Le doyen*

la première fois le principe d'égalité qui, dès lors, dispose de manière certaine une portée juridique autonome : le principe acquiert un caractère juridique et devient obligatoire pour l'administration¹. Il est ainsi opposé à l'action de l'autorité administrative, sans fondement textuel. Ce n'est qu'en 1936 qu'il est consacré comme principe général du droit², permettant son extension à tous les domaines de l'action administrative contrôlée par le juge : l'égalité des usagers devant le service public³, dans la fonction publique⁴, devant les charges publiques⁵ et il est sous-jacent dans le contentieux de la responsabilité administrative⁶. Rappelons qu'un principe général du droit⁷ est une norme énoncée sous la forme principielle par le juge administratif, le plus souvent sans aucune référence textuelle, et qui s'impose à l'administration. En tant que principe général du droit, l'égalité a alors une valeur supra-décrétale, c'est-à-dire qu'elle est hiérarchiquement supérieure aux actes pris par l'administration. Néanmoins, en considération de la compétence que le Conseil d'Etat s'est reconnue, les principes généraux du droit administratif ne peuvent servir de fondement pour le contrôle des lois. Dans cette perspective, la compétence tenant le fond, le principe d'égalité ne dispose que d'une valeur infra-législative⁸. Ainsi le principe général d'égalité ne peut faire

Foucart (1799-1860), un père fondateur du droit administratif moderne, thèse soutenue à Paris 2, en 2007, voir en particulier le volume 3.

¹ Voir commentaire de G. Jèze, précité.

² C.E. 1^{er} juillet 1936, S. 1937, III, 105, note L'Huillier. Selon G. Vedel, les principes généraux du droit : « *ne sont pas autre chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné* », *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, p.167. Cette conception a été développée par la suite dans le manuel de droit administratif du Doyen Vedel repris par le M. Delvolvé, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 12^e éd., 1992, p. 473 et s. Voir aussi, B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 240 s. qui parle d'un pouvoir « *quasilégislatif* » du juge. Voir également P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Paris, Economica, 2006, p.207.

³ Voir par exemple C.E. 10 février 1928, chambre syndicale des propriétaires marseillais, *rec.* p. 222 ; C.E. 6 mai 1931, Tondut, S. 1931, III, 81 ; à propos de la Justice voir par exemple C.E. 2 juillet 1982, Huglo et autres, *rec.* p. 258 et pour l'enseignement C.E. 12 février 1982, Université de Paris VII, *rec.* p. 72.

⁴ Voir *infra*.

⁵ Voir pour la consécration en tant que principe général du droit : C.E. 4 février 1944, Guieysse, *R.D.P.* 1944, p. 158, concl. Chenot, note Jèze.

⁶ Voir G. Pelissier, *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 6.

⁷ Même si le principe d'égalité avait d'ores et déjà été opposé à l'administration avant l'arrêt Aramu en 1945 (C.E. 26 octobre 1945, *rec.* p. 213), ce principe est désormais considéré comme un principe général du droit.

⁸ R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966. Chron.99 et s. ; et du même auteur, *Droit administratif général*, t. I, 13^e éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 1999, n° 140, p. 102 et s.

échec à une loi qui serait inégalitaire ; celle-ci s'imposera aussi bien aux administrés, aux administrations qu'aux juges administratifs¹.

29. L'acquisition de la qualité de principe général du droit revêt, d'un point de vue rétrospectif, une importance certaine. En effet, les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, tout en affirmant l'égalité pour tous, renvoient pour l'essentiel à l'égalité devant la loi. Elle apparaît alors moins comme un droit des individus² que comme la condition de possibilité et d'intelligibilité de tous les autres droits et libertés. C'est un principe constitutif du nouvel ordre juridique et social. Par ailleurs, le texte de la Déclaration ne vise pas de manière générale un principe d'égalité devant l'action de l'administration, mais uniquement certains aspects de ce principe : l'égalité d'accès à la fonction publique³ et l'égalité devant les charges publiques⁴. Dans ces conditions, la Déclaration pouvait difficilement constituer le fondement juridique d'un principe *général* d'égalité, d'autant plus que la positivité des Déclarations ou préambules des Constitutions françaises successives a longtemps été contestée⁵.

Le doute sur la valeur juridique de ces fondements explique très certainement le recours parcimonieux au principe d'égalité par le juge administratif, au cours du XIX^{ème} et au commencement du XX^{ème} siècle. La réaffirmation de l'idée d'égalité, figurant diversement,

¹ Le juge administratif ne peut sanctionner que les différences inégalitaires opérées par l'autorité administrative dans le cadre des pouvoirs dévolus par le législateur dans le cadre de l'application d'une loi. Voir en ce sens par exemple G. Péliissier, *Le principe d'égalité en droit public, Op cit.*

² Il est significatif à cet égard que l'égalité, dans le texte de 1789, ne soit pas mentionnée à l'article 2 qui énumère les « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* ».

³ Article 6 D.D.H.C. 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

⁴ Article 13 D.D.H.C. 1789 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

⁵ Les professeurs A.Esmein et R.Carré de Malberg estiment que les Déclarations ou préambules des Constitutions ne consacrent pas de droits. Tout d'abord, ces textes, dans leurs contenus, font souvent répétition avec les prescriptions ou droits reconnus au sein des textes constitutionnels eux-mêmes. Cette répétition montre la volonté du constituant de conférer une fonction ou une finalité particulière à ces textes. Ceux-ci avaient une portée symbolique et ne constituaient pas à proprement parler des prescriptions juridiques. Ces textes avaient un objectif et une portée dogmatique. Voir R.Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1922, t. 2, p. 581 ; également A.Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 6ème édition, Sirey, 1914, p. 559.

dans les différents Constitutions et leurs préambules¹ sonne comme une confirmation, un encouragement à la positivité donnée au principe d'égalité.

30. L'érection du principe au niveau constitutionnel sera plus tardive². Il faudra en effet attendre l'affirmation du bloc de constitutionnalité³ par le Conseil constitutionnel⁴, pour que le principe d'égalité soit consacré comme principe constitutionnel opposable au législateur⁵.

Face au bloc de constitutionnalité, qui inclut, outre la Constitution de 1958 et son préambule⁶, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁷ et le préambule de la Constitution de 1946⁸, le Conseil Constitutionnel est confronté à une multitude de références à l'égalité, qui parfois confine au bégaiement⁹. Néanmoins, le Conseil constitutionnel fonde rarement ses décisions directement sur ces textes¹⁰ ; certains d'ailleurs

¹ Pour ne prendre qu'un exemple, le préambule de la constitution de 1946, énonce l'interdiction de distinction fondée « sur la race, la religion, ... » (Alinéa 1^{er}), l'égalité des sexes (Alinéa 3), réitère l'égalité d'accès à la fonction publique.

² Voir F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.*, doctr., 1982, p.115.

³ L'expression « bloc de constitutionnalité », utilisée pour la première fois par le Doyen Favoreu, signifie que, depuis la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (C.const. 71-44 D.C. - 16 juillet 1971 - Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, *J.O.* du 18 juillet 1971, p. 7114), la « norme constitutionnelle » de référence ne se limite plus au corps du texte de la Constitution, mais s'étend en particulier à son Préambule. Louis Favoreu, « L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1991, n°13, p 17, Louis Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p 25, Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », *R.F.D.C.*, 1990, p 72, Louis Favoreu, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », *Mélanges J.M Auby*, Dalloz 1992.

⁴ C.const. 73-51 D.C. - 27 décembre 1973 - Loi de finances pour 1974, *J.O.* du 28 décembre 1973, p. 14004..

⁵ *Ibid.* L'égalité apparaît également dans la devise républicaine « Liberté, égalité, fraternité », qui devient la devise officielle et symbole officiel de la République sous la III^{ème} République, cf. M.Borgetto, *La Devise : « Liberté, Égalité, Fraternité »*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1997.

⁶ Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les articles suivants : articles 2, 3 et 4 de la Constitution de 1958.

⁷ Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les articles suivants : articles 1^{er}, 6, 10, 11 et 13 de la D.D.H.C. de 1789.

⁸ Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les alinéas suivants : alinéas 1, 3, 12, 13, 16 et 18 du Préambule de 1946.

⁹ Par exemple, le Préambule de la Constitution de 1946 interdit toute distinction sur la race, interdiction répétée dans le préambule de la constitution de 1958. Néanmoins, l'affirmation dans le texte de 1946 a une valeur historique indéniable : elle rappelle l'unicité du genre humain en réaction aux politiques xénophobes menées durant les années 1930 et durant la Seconde Guerre mondiale. Au même titre d'ailleurs que le statut de la fonction publique de 1946 qui remplace celui de 1941.

¹⁰ Il est remarquable néanmoins, que dans les premières questions prioritaires de constitutionnalité qui ont trait au principe d'égalité, le Conseil se fonde sur l'article 6 de D.D.H.C., cf. C.const. 2010-8, Q.P.C. du 18 juin 2010, Époux L., *J.O.* du 19 juin 2010, p. 11149 ; C.const. 2010-2, Q.P.C. du 11 juin 2010, Mme Vivianne L., *J.O.* du 12 juin 2010, p. 10847 ; C.const. 2010-1, Q.P.C. du 28 mai 2010, Consorts L., *J.O.* du 29 mai 2010, p. 9728 ; C.const. 2010-3, Q.P.C. du 28 mai 2010, Union des familles en Europe, *J.O.* du 29 mai 2010, p. 9730.

n'ont jamais été invoqués¹. Seuls quatre textes servent de fondement direct à certaines décisions. Au sein de la Déclaration de 1789, les articles 6 et 13 sont parfois visés². Quant à la Constitution de 1958, les articles 1^{er} et 3 servent quelquefois de fondement³. Le Conseil constitutionnel ne fait référence, pour l'essentiel, dans ses décisions à un texte du bloc de constitutionnalité que lorsqu'il est confronté à des matières spécifiques, comme la parité des hommes et des femmes⁴ ou la reconnaissance des langues régionales⁵.

Depuis la décision du 7 janvier 1988 *Mutualisation de la Caisse Nationale de Crédit Agricole*⁶, le Conseil constitutionnel, le plus souvent, ne se fonde pas sur l'un de ses textes mais invoque directement le principe d'égalité. Celui-ci est dorénavant formulé de manière très générale :

« le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit »⁷.

31. Les juridictions administrative et constitutionnelle attribuent au principe d'égalité une valeur toujours supérieure aux normes qu'elles contrôlent. Le principe d'égalité constitue alors une limitation générale et constante de l'exercice des pouvoirs législatif et réglementaire.

¹ Il en est ainsi par exemple de l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789, contrairement au Conseil d'État qui l'a invoqué à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, voir par exemple C.E., 19 décembre 1994, req. n°76459, *inédit*. Nous pouvons ajouter que le principe d'égalité pourrait trouver un fondement dans l'article 34 de la Constitution, qui détaille le domaine de compétence du législateur, dans lequel figure les libertés publiques et les « garanties fondamentales ». Mais le Conseil n'a jamais eu recours à un tel fondement.

² Par exemple : C.const. 93-320 D.C. - 21 juin 1993 - Loi de finances rectificative pour 1993, *J.O.* du 23 juin 1993, p. 8869.

³ Par exemple : C.const. 98-407 D.C. - 14 janvier 1999 - Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux *J.O.* du 20 janvier 1999, p. 1028.

⁴ C.const. 2000-429 D.C. - 30 mai 2000 - Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *J.O.* du 7 juin 2000, p. 8564.

⁵ C.const. 94-345 D.C. - 29 juillet 1994 - Loi relative à l'emploi de la langue française, *J.O.* du 2 août 1994, p. 11240.

⁶ C.const. 87-232, du 7 janvier 1988 *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482, cf. *R.J.C.* I-317.

⁷ La formule sera légèrement modifiée dans son écriture par la suite, sur l'étude de cette modification cf. *infra*, section 2, §1.

Les jurisprudences des deux juridictions marquent également une convergence sur la définition même du principe d'égalité¹. Le Conseil constitutionnel s'est en effet directement inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État. Le transfert² ainsi opéré pose la question de la nature du principe général du droit dégagé par cette dernière juridiction³. En effet, de manière classique, un tel principe est dit avoir une valeur supra-décrétale, mais infra-législative⁴. Toutefois, depuis deux arrêts *Madame Brun*⁵ et *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*⁶, le Conseil d'État applique directement le « principe qu'a posé le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et selon lequel : "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme" »⁷, sans aucune invocation du principe général du droit qu'est le principe d'égalité. Néanmoins, la juridiction administrative n'applique pas le principe d'égalité-principe constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité d'une loi⁸, contrôle jusqu'à présent réservé au Conseil constitutionnel⁹. La Haute juridiction administrative semble bien distinguer l'application des principes

¹ A propos de la définition du principe voir Section 1 infra. Voir également G. Péliissier *Le principe d'égalité en droit public*, *Op. cit.*

² Sur la notion de transfert voir M. Espagne, *Les transferts culturels franco-allemands*, Paris, Presses universitaires de France, 1999. Voir *supra* Introduction.

³ G. Morange, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p.768 ; M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Etudes et Documents 1951, p.19 ; B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954.

⁴ Voir R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chron., p.99 et s.

⁵ C.E. 14 octobre 1987, *Madame Brun*, *inédit*.

⁶ C.E. 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, *rec.p.*152.

⁷ Une telle formulation a été reprise ultérieurement dans les arrêts C.E. 7 décembre 1990, *Madame Buret*, *rec.p.*556 et C.E. 11 mai 1998, *Mademoiselle Aldige*, mentionné au *rec.* Cette formulation marque une évolution quant à l'arrêt *Barel* (cf. *infra*), dans lequel le texte constitutionnel ne figurait que dans le visa et non dans les motifs de l'arrêt.

⁸ En appliquaiton de la théorie de la « loi écran », cf. C.E., 6 novembre 1936, *Arrighi* : *R.D.P.*, 1936, p. 671 et s., conc. *Latournerie* ; *D.*1938, III, p. 1, note C. Eisenmann ; *S.*, 1937, I, p. 33, note A. Mestre ; voir également F. Gény, « De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la quatrième République française », *J.C.P.*, 1947, p. 613 ; E. Négrier, « Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle ; l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel », *R.D.P.*, 1990, n°3, p. 767.

⁹ L'article 61 de la Constitution semble réserver cette compétence au Conseil constitutionnel : « (...) Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs (...) ». Toutefois, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité amène nécessairement le Conseil d'Etat à porter une appréciation sur la constitutionnalité de la loi mise en cause afin de décider de transmettre, ou non, la question au Conseil constitutionnel.

constitutionnels des principes généraux du droit qu'il découvre lui-même. Elle modulerait ainsi son contrôle entre une « égalité devant la loi » et une « égalité devant le règlement »¹. Dans cette dernière alternative, le principe d'égalité conserve d'une valeur infra-législative, ce qui n'empêche pas par ailleurs le Conseil d'État, lorsqu'aucune loi ne fait pas « écran »², de faire une application directe d'une norme constitutionnelle suffisamment claire. Le recours au principe d'égalité-principe constitutionnel par le juge administratif intervient essentiellement dans des espèces relatives à la non-discrimination, en particulier « l'égalité » entre les sexes³. Lorsque le Conseil d'Etat fonde sa décision sur le texte constitutionnel, est ouvert alors un dialogue avec le Conseil constitutionnel, car ils interprètent le même texte et un rapport ne peut manquer d'être fait entre les interprétations des deux juridictions.

32. L'oscillation de la valeur juridique du principe d'égalité - sous ses diverses invocations et selon « l'écran » d'une loi - dans la jurisprudence du Conseil d'État, ne doit pas masquer la forte convergence entre les deux juridictions à l'égard de la définition du principe d'égalité⁴. Hormis quelques décisions qui peuvent apparaître dissonantes⁵, elles partagent la conception d'un principe d'égalité qui vise la prohibition des privilèges. Ces juridictions

¹ A propos de la relativité formelle et/ou substantielle des droits fondamentaux, cf. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, p.6.

² En ce sens C.E. 18 mai 1973, Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés, *A.J.D.A.* 1973, p.482, note F. Moderne. Une loi peut en principe écarter un principe général du droit, cf. C.E. 28 octobre 1960, Syndicat des médecins biologistes français, *rec.* p.572.

³ Il est remarquable que ce soit essentiellement la disposition propre à l'égalité entre les hommes et les femmes qui fasse l'objet d'une application directe de la Constitution. Cette disposition relève d'ailleurs plus d'une règle de non-discrimination que du principe d'égalité.

⁴ Les principes, les méthodes et les techniques sont les mêmes. La portée est différente. Cette convergence en matière du principe d'égalité doit être rapprochée de la jonction entre le droit administratif et le droit constitutionnel, cf. F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2005 p. 243.

⁵ Voir en particulier l'affaire du péage de l'île de Ré : le Conseil d'État dans un premier arrêt a décidé qu'existe une différence de situation de nature à justifier les tarifs de passage réduits applicables aux seuls habitants de l'île, cf. C.E. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, req. n°88032 – req. n°88148, *rec.* p.274. Le Conseil constitutionnel, à propos de la même question, quant à lui, en a décidé autrement : « *Considérant, d'autre part, que si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ; qu'en précisant dans son article 4 que l'acte administratif instituant une redevance sur un ouvrage d'art reliant des voies départementales peut prévoir des tarifs différents ou la gratuité, selon les diverses catégories d'usagers, pour tenir compte soit d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art, soit de la situation particulière de certains usagers, et notamment de ceux qui ont leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés, la loi dont il s'agit a déterminé des critères qui ne sont contraires ni au principe de l'égalité devant la loi ni à son corollaire, celui de l'égalité devant les charges publiques* », cf. C.const. 79-107 D.C. - 12 juillet 1979 - Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.* du 13 juillet 1979.

décident que sont conformes à ce principe les règles les plus générales, qui s'appliquent à tous. Seules les distinctions qui créent des catégories de bénéficiaires spécifiques apparaissent comme susceptibles d'être contraire au principe d'égalité. Néanmoins, les deux juridictions, loin d'interdire aux pouvoirs législatif et exécutifs d'instaurer des distinctions, leur permettent de les justifier par le constat d'une différence de situation ou par un motif d'intérêt général. Les auteurs des normes législatives et réglementaires peuvent alors relativement et aisément créer des différences de traitement admissibles¹ (section 1). Les deux juridictions s'emploient à vérifier la rationalité² de la distinction opérée à l'aune de l'objet de la norme contrôlée, qui constitue alors le cœur du contrôle juridictionnel (section 2).

SECTION 1 : L'ADMISSIBILITÉ DES DIFFÉRENCES

33. Le principe d'égalité, tel qu'il est aujourd'hui défini³, n'interdit pas aux pouvoirs législatif et exécutif les différences de traitement. Il impose de se fonder sur des distinctions admissibles. Leur contrôle des distinctions repose tout d'abord sur la prohibition de certains critères, discriminatoires, qui ne peuvent fonder une décision valable. En dehors de ces critères, la différence de traitement peut être justifiée par une différence de situation, que le détenteur du pouvoir entend prendre en considération. Ces deux types de contrôle visent le critère de distinction (§1). Si le détenteur du pouvoir n'arrive pas à justifier la distinction sur le fondement de la différence de situation⁴, il peut toujours la justifier par un motif d'intérêt général (§2).

¹ Cette admissibilité s'entend dans l'ordre du droit.

² Sur cette notion, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, II.

³ Voir en particulier la formule du Conseil constitutionnel : le principe d'égalité « *Ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* », formulation constante depuis la décision C. const. du 7 janvier 1988, D.C. 87-232, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482.

⁴ L'alternative des justifications d'une distinction à l'égard du principe d'égalité, fondées soit sur une différence de situation, soit sur un intérêt général, a été clairement posée pour la première fois par le Conseil d'État dans son arrêt C.E., du 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, n° 88032, 88148, *rec.* p.274 : « *considérant qu'il n'existe aucune nécessité d'intérêt général, ni aucune différence de situation justifiant qu'un traitement particulier* ».

PARAGRAPHE 1 : LE CONTRÔLE DE LA DISTINCTION

34. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont démontré une grande convergence dans leur approche du principe d'égalité. Dans leurs jurisprudences respectives se dessine un double degré de contrôle, l'un qui a trait au motif prohibé, l'autre aux distinctions admissibles (I.). Le des contentieux qui, par sa richesse, illustre le mieux cette convergence est celui qui intéresse la fonction publique (II.).

I. LES EXPRESSIONS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

35. Au sein du bloc de constitutionalité figurent des critères de distinction qui ne peuvent être au fondement d'une décision licite, car prohibés par la Constitution elle-même. Ce sont des critères discriminatoires (A.). En dehors de ces cas, les jurisprudences des deux Conseils conjuguent deux conceptions du principe d'égalité : l'égalité dans la loi et l'égalité par la loi (B.).

A. LA PROHIBITION DES CRITÈRES DISCRIMINATOIRES

36. Le Constituant¹ interdit le recours à cinq critères au moins. Il s'agit de l'origine², de la race³, de la religion⁴, des opinions⁵ et du sexe¹. Mise à part ce dernier critère, sur lequel nous

¹ C'est une différence avec le système juridique américain, dans lequel c'est le juge qui fixe les « classifications suspectes », cf. G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., 1998.

² Article 5 du préambule de la Constitution de 1946 : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

³ Article 1er et 16 du préambule de la constitution de 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, ... » ; « La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion » ; ainsi que l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 précité. Le conseil a considéré, à propos de dispositions qui procédaient d'un « cavalier législatif » contraire à la Constitution, que « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race » (C.const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 D.C. J.O. du 21 novembre 2007, p. 19001). Sur la question des statistiques ethniques voir Partie 2, Titre 2, chapitre 2, section 2.

⁴ Articles 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946 et de la Constitution de 1958 précités.

⁵ Article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; ainsi

reviendrons, les textes constitutionnels prohibent toutes décisions qui se fonderaient sur l'un d'eux. Il n'est prévu, par la Constitution, aucun aménagement, aucune dérogation. L'interdiction semble revêtir un caractère absolu.

Toute distinction reposant sur l'un de ces motifs sera donc considérée comme une violation du principe d'égalité. Quand bien même les décisions qui portent sur ces motifs sont peu nombreuses, le Conseil constitutionnel s'est toujours montré le plus strict, censurant la plupart des dispositifs en la matière². Le Conseil d'État fait également preuve d'une grande sévérité en la matière³. En réalité, comme il est extrêmement rare que le législateur ou le pouvoir exécutif se fondent directement sur un critère discriminatoire, le nœud du problème réside dans la qualification de chacun de ces critères⁴.

En effet, les critères discriminatoires ne s'inscrivent pas tous dans la même perspective. Si les critères comme la race et l'origine renvoient à l'universalité du genre humain, ceux de la religion ou de la croyance procèdent plutôt de la conception française de la République et de la neutralité de l'État. A cela s'ajoute l'ambiguïté des termes mêmes.

que l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 précité. A propos de l'engagement politique, voir la jurisprudence Barel, *infra*, II B.

¹ Article 3 du préambule de la Constitution de 1946 : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » ; et article 1^{er} de la Constitution de 1958 : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

² Voir dans le même sens cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997. La large majorité des dispositifs qui étaient directement fondés sur un critère prohibé ont été censurés, cependant quelques uns ont été validés faisant place à ce qui est couramment appelé « discrimination positive », cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1.

³ Voir, par exemple, à propos de discrimination frappant des enfants juifs quant à l'accès à l'enseignement primaire et secondaire, C.E. 21 janvier 1944, Sieurs Darmon, Siboun, Bansoussan, *rec.* p. 22, et C.E. 16 mars 1962, Cie des tramways électriques d'Oran, *rec.* p. 175.

⁴ Ainsi le Conseil a eu l'occasion d'affirmer que la Constitution (plus précisément l'article 2 de la Constitution qui vise les motifs prohibés) n'interdisait pas au législateur d'opérer des distinctions sur le fondement de l'âge cf. C.const. 77-79 D.C. - 05 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *J.O.* du 6 juillet 1977, p. 3560. Sur le fondement d'une localisation géographique : C.const. 82-137 D.C. - 25 février 1982 - Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *J.O.* du 3 mars 1982, p. 759. Ou des particularités des collectivités d'outre-mer : cf. C.const. 84-174 D.C. - 25 juillet 1984 - Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, *J.O.* du 28 juillet 1984, p. 2493.

37. En ce qui concerne l'origine¹, il est généralement admis qu'il faut l'entendre aussi bien d'un point de vue généalogique que sociologique. La notion de race est plus problématique, car l'existence de « races humaines » est niée, et la définition juridique de « race » ou de politique raciste rappellent les heures les plus sombres de l'Histoire. Si bien que les autorités hésitent à définir de manière *a priori* ce qui pourraient être un comportement ou une politique raciste². Dès lors, il apparaît méthodologiquement difficile de qualifier les distinctions qui pourraient se fonder sur ce critère. En effet, comment identifier le recours à un critère que l'on refuse de définir ? Il se dégage des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État une approche plutôt restrictive quant à son acception³. Elle apparaît, en négatif, dans la réticence⁴ des juridictions de condamner une distinction qui pourrait apparaître, à certains égards, comme raciste. Le Conseil constitutionnel semble plus enclin à recourir à la notion, souvent présentée comme voisine, d'ethnie. Mais si ce dernier critère bénéficie d'une prohibition forte, celle-ci apparaît moins absolue⁵.

¹. Voir C.const. 84-177 D.C. - 30 août 1984 - Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française et notamment son article 10, *J.O.* du 4 septembre 1984, p. 2803; C.const. 84-178 D.C. - 30 août 1984 - Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et notamment ses articles 12, 131 et 137, *J.O.* du 4 septembre 1984, p. 2804 ; C.const. 85-196 D.C.- 08 août 1985- Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125; C.const. 91-290 D.C. - 09 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse *J.O.* du 14 mai 1991, p. 6350 ; C.const. 99-412 D.C. - 15 juin 1999 - Charte européenne des langues régionales ou minoritaires *J.O.* du 18 juin 1999, p. 8964.

² Il ne fait pas partie de notre propos d'étudier ici la jurisprudence pénale en matière de discrimination (article 225-1 du Code pénal) ou, encore, en matière de diffamation et injure publique présentant un caractère raciste ou discriminatoire (R.624-3 du Code pénal).

³ À propos de discrimination frappant des enfants juifs quant à l'accès à l'enseignement primaire et secondaire, C.E. 21 janvier 1944, Sieurs Darmon, Siboun, Bansoussan, *rec.* p. 22, et C.E. 16 mars 1962, Cie des tramways électriques d'Oran, *rec.* p. 175 Le Conseil d'État ne cherche aucune justification, soulignant ainsi le caractère absolu de l'interdiction de recourir à ces motifs cf. C.E. 21 novembre 1962, République Malgache c. Dame Razafindranaly, *rec.* p. 618. Voir toutefois C.const. 2007-557 D.C. - Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, considérant 24 et suivants *J.O.* du 21 novembre 2007, p. 19001 ; C.E. 10 avril 2009, req. n°311888, G. Calvés, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *A.J.D.A.* 2009, p.1386.

⁴ Cette réticence est des plus marquée dans les décisions sur la Nouvelle Calédonie : C.const. 85-196 D.C.- 08 août 1985- Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125 et C.const. 85-197 D.C. - 23 août 1985 - Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie *J.O.* du 24 août 1985, p. 9814. Le conseil semble se fonder plus l'égalité des suffrages que sur l'égalité selon la race ou l'origine (les requérants reprochant aux auteurs de s'être fondé sur des critères ethniques, le Conseil répond que trop éloigné des critères démographiques qui auraient du guider le législateur).

⁵ « *En tenant compte de la diversité ethnique* » cf. C.const. 82-151 D.C. - 12 janvier 1983 - Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Polynésie française, *J.O.* du 13 janvier 1983, p. 306 et C.const. 85-196 D.C.- 08 août 1985- Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125.

38. Quant au critère des croyances et plus particulièrement celui de la religion, la protection s'inscrit dans une certaine philosophie de la neutralité de l'État¹. Si en effet chacun se voit protégé quant à ses croyances religieuses contre toute action de l'État et des agents qui le représente, cette protection ne vaut que tant qu'elle s'exprime dans la sphère privée². Il en va autrement dès lors que la croyance est extériorisée et rendue publique. Dans ce dernier cas, la protection est moindre et varie selon les époques³.

39. En ce qui concerne « l'égalité des hommes et des femmes », les deux juridictions ne semblent pas avoir la même sévérité. Néanmoins, leurs jurisprudences en la matière touchent des domaines différents.

En effet, la non-discrimination en raison du sexe dans le contentieux du Conseil d'État concerne pour l'essentiel la fonction publique. C'est à l'occasion de ce contentieux que la Haute Assemblée fait application directe de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 et oppose ce texte directement à l'action de l'administration. Si, avant 1946, « l'égalité des hommes et des femmes » ne constituait pas un principe général du droit, les femmes avaient la même aptitude légale d'accéder aux emplois de la fonction publique. Néanmoins, ceci n'interdisait pas des modes de recrutements sexués, à condition que « *des raisons de services nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel* »⁴. Ce mécanisme

¹ Alinéa 5, préambule 46 : « [...] Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. ». Jamais invoqué devant le Conseil constitutionnel, sauf pour en tirer un fondement, avec l'article 10 de la D.D.H.C., pour la liberté de conscience cf. C.const. 2001-446 D.C. - 27 juin 2001 - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception *J.O.* du 7 juillet 2001, p. 10828 et C.const. 77-87 D.C. - 23 novembre 1977 - Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement, *J.O.* du 25 novembre 1977, p. 5530.

² Les croyances religieuses ne peuvent constituer un critère pertinent, car relèvent du domaine personnel, placées hors du droit cf. C.E. 25 juillet 1939, Delle Beis, *rec.* p. 24, C.E. 8 décembre 1948, Delle Pasteau, *rec.* p. 464. Étendue aux opinions politiques cf. Barel et autres C.E. 28 mai 1954, *rec.* p. 308, concl. Letourneur.

³ Voir en particulier les affaires retentissantes en matière de laïcité dans l'enseignement, qu'il s'agisse d'un enseignant de philosophie (C.E. 10 mai 1912, abbé Bouteyre, *rec.* p. 553, concl. Helbronner ; notons que si cette jurisprudence n'est plus d'actualité, elle démontre une conception très exigeante de la laïcité) ou des signes religieux à l'école cf. avis du C.E. 27 novembre 1989, *A.J.D.A.*, 1990, p. 39 et l'arrêt Khérouaa C.E. 2 novembre 1992, *rec.* p. 389. Le Conseil constitutionnel affirme le respect de la liberté de conscience, y compris dans les établissements d'enseignement privés, qui peuvent avoir un objet religieux ou confessionnel, cf. C.const. 77-87 D.C. - 23 novembre 1977 - Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement, *J.O.* du 25 novembre 1977, p. 5530.

⁴ C.E. 3 juillet 1936, Delle Bobard et autres, *rec.* p.721, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, Dalloz, Paris, 2009, n°52.

revenait à donner un large pouvoir aux administrations elles-mêmes. Le chef de service pouvait invoquer un intérêt qu'il était seul à apprécier pour écarter les femmes des emplois publics. L'administration disposait alors d'un pouvoir discrétionnaire¹, moins contrôlé par le juge administratif.

A la suite de l'adoption du Préambule de la Constitution de 1946 et du statut général de la fonction publique², la prohibition de la discrimination des sexes fut affirmée³. Le Conseil d'État, prenant acte des nouvelles dispositions, a, dans un arrêt *Montlivet*⁴, modifié sa jurisprudence :

« Les femmes ont désormais, en règle générale, vocation à tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, sous réserve du droit du Gouvernement, dans l'exercice du pouvoir réglementaire, d'apporter, sous le contrôle du juge, des dérogations à la règle ci-dessus définie dans le cas où la nature des fonctions exercées ou les conditions d'exercice de ces fonctions exigent de telles dérogations ».

A compter de cette jurisprudence, le juge administratif contrôle la justification des dérogations. Désormais, il existe un contrôle juridictionnel de la nécessité des différences de traitement au regard de la nature ou des conditions d'exercice des fonctions, que ce soit en matière d'accès aux fonctions, dans l'exercice ou la cessation de celles-ci⁵. A cette innovation s'ajoute la limitation des registres de justifications admissibles pour mettre en place un recrutement sexué : l'intérêt du service⁶ qui peut être invoqué ne peut recouvrir que la nature des fonctions ou les conditions d'exercice. En outre, le juge se montre exigeant quant au rapport entre la différence de traitement et sa justification : ce doit être un rapport de nécessité.

¹ Sur la définition de pouvoir discrétionnaire, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1.

² Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

³ Article 7 de la loi du 19 octobre 1946 : « Aucune distinction pour l'application du présent statut n'est faite entre les deux sexes sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit ».

⁴ C.E. 6 janvier 1956, Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et Sieur Montlivet, *R.A.*, 1956, p.33, Concl. Laurent, note Liet-Veaux ; *A.J.D.A.* 1956.2.95, chron. Jurisprudentielle ; *R.D.P.* 1956 p. 1295, note. M. Waline.

⁵ C.E. 6 février 1981, Baudet, *A.J.D.A.* 1981, p.489.

⁶ Sur cette notion voir §2, II, *infra*.

Au fur et à mesure des arrêts, le contrôle du Conseil d'État s'est renforcé. Si, dans l'arrêt de principe de 1956¹, le juge admet l'exclusion des femmes en raison des difficultés de vie dans les territoires d'Outre-mer, un tel souci « paternaliste » se trouve censuré lors de l'exclusion d'une femme enseignante dans une maison d'arrêt². L'évolution de la jurisprudence semble restreindre le champ des dérogations possibles : si le Conseil d'État s'est attaché dans un premier temps à une logique de corps et d'emplois de la fonction publique, pour ensuite se focaliser sur le service³, il s'attache aujourd'hui à la fonction précisément exercée⁴.

Il est frappant que le Conseil d'État ait fondé certaines de ses décisions en matière de discrimination entre hommes et femmes directement sur le texte de la Constitution⁵. Un tel fondement lui a permis non seulement de justifier l'évolution de sa jurisprudence, mais également de renforcer son contrôle sur les distinctions qui lui sont soumises. En effet, si le principe d'égalité, sous couvert de différentes justifications, a permis des traitements particuliers ou des exclusions réservées aux femmes, une règle de non discrimination limite fortement de tels traitements. En outre, peut-on souligner à cet endroit que la question de la discrimination et de la prohibition de recourir à certains motifs pour fonder légalement un acte administratif se trouve posée bien plus dans les décisions que dans la jurisprudence Barel⁶.

¹ Arrêt précité.

² C.E. 7 décembre 1990, Min. de l'Éducation nationale c. Mme Buret, req. n°96209. A propos de l'accès des femmes à la fonction publique militaire, cf. R. Manal, « Progrès de la féminisation dans les armées », *R.A.*, 1985, p. 61 ; S. Le Gall-Sampaio, *L'accès des femmes à la fonction publique militaire, droit et défense* 1998, °2, p. 21 ; A. Haquet, « L'accès des femmes aux corps de l'armée », *R.F.D.A.* 2000, p. 342, voir également B. Thomas-Tual, *Le droit de la fonction militaire*, Ellipses, 2005.

³ C.E., Ass. du 28 janvier 1972, req. n°75193, n°75223, n°75224.

⁴ L'exclusion fondée sur le sexe doit être attachée à un élément essentiel de la fonction exercée : « *le législateur a entendu permettre des recrutements distincts dans les cas exceptionnels où la prédominance excessive des membres de l'un ou l'autre sexes serait de nature à compromettre le fonctionnement du service public et où, par suite, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe devrait être regardée comme une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres du corps* ». Cf. C.E. 16 février 1986, C.F.D.T. et autres, *A.J.D.A.* 1986, p.458. Le passage à cette dernière étape est certainement lié à la censure de la C.J.C.E. et à l'influence du droit communautaire, voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1, Section 1, §1, II A. Il convient d'ajouter également la nouvelle orientation de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de fonction publique, qui se départit de plus en plus d'une logique formaliste du principe d'égalité pour s'attacher à l'exercice des fonctions cf. voir *supra* II.

⁵ L'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Pour un exemple de censure de discrimination sexuelle, à propos du refus de nommer une femme en tant qu'élève commissaire de l'armée de terre, cf. C.E. 11 mai 1998, n°185049.

⁶ Voir *infra*.

Cette dernière intéresse plus généralement la protection d'une liberté contre le pouvoir de l'administration.

40. L'appréhension de la non-discrimination en raison du sexe par Le Conseil Constitutionnel est bien différente. D'une part, la jurisprudence constitutionnelle reste essentiellement étrangère au droit de la fonction publique. D'autre part, et de manière plus significative, le Conseil constitutionnel s'est vu confronté à des dispositifs qui se réclamaient de la « discrimination positive »¹, c'est-à-dire des mesures visant à favoriser ces dernières.

Dans un premier temps, la juridiction s'est montrée très stricte, censurant l'exigence d'avoir au moins 25% de candidats de chaque sexe sur les listes municipales². Une position si ferme qu'elle a obligé le 8 juillet 1999³ le constituant à réviser la Constitution, permettant ainsi l'adoption de la loi du 6 juin 2000⁴, qui a introduit le principe de parité⁵. Pourtant, la loi constitutionnelle est interprétée restrictivement⁶ par le Conseil constitutionnel, qui cantonne « le principe de parité des hommes et de femmes » aux élections et aux fonctions politiques⁷. Par exemple, la juridiction constitutionnelle a censuré, comme contraire à la Constitution, les mesures qui prévoient que la « *composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes* »⁸. Toutefois, dans le domaine économique et social, le Conseil a adopté une position moins stricte. En effet, en matière d'avantage sociaux, le Conseil a

¹ Sur ce concept voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2.

² C.const. 82-144 - 22 octobre 1982 - Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel cf. *Dr.Soc.* 1983, p.131, note Loschak ; *A.J.D.A.* 1983, p.74 note Boulouis. La censure du Conseil ne se fonde pas sur la discrimination en raison du genre, mais sur le principe d'indivisibilité de la République et le respect de la souveraineté nationale et le choix des électeurs. A propos de la question de la « discrimination positive », voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

³ Cette révision constitutionnelle ajoute à l'article 3 de la Constitution de 1958 la disposition suivante « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives* » et prévoit que les partis doivent « *contribuer à la mise en œuvre* » de ce principe (article 4).

⁴ La loi sur la parité en politique module l'aide publique aux partis politiques en fonction de leur respect de l'application de la parité pour la présentation des candidats aux élections.

⁵ C.E., 1ère sous-section jugeant seule, 25 septembre 2009, req. n°318505, *Inédit*.

⁶ Ce qui n'empêche bien évidemment pas le Conseil de se fonder sur la nouvelle rédaction des articles 3 et 4 de la Constitution, voir par exemple, C.const. 2003-475 D.C. - 24 juillet 2003 - Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, considérants 12 à 19, *J.O.* du 31 juillet 2003, p. 13038.

⁷ C.const. 2006-533 D.C. - 16 mars 2006 - Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, considérant 14, *J.O.* du 24 mars 2006, p. 4446.

⁸ Décision précédente, considérant 15.

récemment admis qu'un avantage puisse être conféré uniquement aux femmes¹, ouvrant la voie à la discrimination positive². Une telle possibilité repose sur le constat d'une inégalité de fait, dont la compensation est justifiée par l'intérêt général³, et dont le caractère temporaire est souligné⁴.

L'ouverture à la discrimination « positive » apparaît également dans la composition des jurys de concours⁵. Dans sa réserve d'interprétation le Conseil constitutionnel admet la prise en compte du sexe des membres du jury, à condition que ce critère ne prévale pas sur la considération « *des compétences, des aptitudes et des qualifications* »⁶. Autrement dit, la considération du genre peut être prise en compte ensemble avec ces trois critères. Soulignons la généralité de la formule légale qui dispose que « *les jurys sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes* », qui ne contient ni quota⁷ ni d'autres indications plus précises et plus exigeantes.

En matière de discrimination positive, le Conseil d'État semble plus ouvert et admet les mesures prises pour la promotion de « l'égalité des chances »⁸ entre les hommes et les femmes⁹.

41. Si l'on peut se réjouir que les deux juridictions aient à connaître peu d'affaires traitant de discrimination, ce qui impliquerait que les pouvoirs réglementaire et législatif sont exemplaires et ne produisent pas de normes discriminatoires, il est possible d'en tirer une autre perspective. En effet, les deux juridictions ont une démarche formaliste et se réfèrent aux textes plus qu'à leurs éventuels effets. Dès lors, la preuve d'une discrimination demeure difficile, car il suffit à l'auteur de prendre soin de ne pas fonder sa distinction directement sur

¹ A propos de l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale : « *Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant* ».

² C.const. 2003-483 D.C. - 14 août 2003 - Loi portant réforme des retraites, *J.O.* du 22 août 2003, p. 14343.

³ Considérant 25 de la décision.

⁴ Considérant 25 : « *des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître* ».

⁵ C.const. 2001-455 D.C. - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053.

⁶ Considérant 115.

⁷ Sur la question des quotas, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1.

⁸ Sur cette expression voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, II B.

⁹ C.E. 26 juin 1989, Fédérations des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *A.J.D.A.* 1989, p.725, concl. Laroque.

un motif prohibé. Une telle démarche formaliste s'explique certainement par l'autolimitation¹ des juridictions de droit public, qui ménagent ainsi une marge d'appréciation aux auteurs de la norme contrôlée. Néanmoins, cette démarche s'inscrit également dans le droit fil de la conception du principe d'égalité qui est la leur. Il est particulièrement prégnant que les décisions en matière de discrimination sont toujours empruntées de la logique propre au principe d'égalité, soit pour le Conseil d'État, qui a tardé à contrôler le critère du sexe², soit pour le Conseil constitutionnel, qui envisage la discrimination « positive », en dehors du domaine électoral, sous l'angle du principe d'égalité³.

Ainsi, les juges administratifs et constitutionnels inscrivent-ils toujours les règles de non-discrimination dans le sillage du principe d'égalité, dont elles formeraient en quelque sorte le premier cercle.

42. Le second cercle du contrôle des juridictions administratives et constitutionnelles repose quant à lui sur le principe d'égalité, qui connaît des expressions diverses.

B. DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI À L'ÉGALITÉ DANS ET PAR LA LOI

43. La reconnaissance de l'égalité juridique dans le système français est empruntée de la pensée de Rousseau et du Contrat social⁵. Elle suppose que tous les hommes sont naturellement égaux⁶, que l'État et la souveraineté résident originellement dans le peuple et ne se fondent que sur le consentement de tous exprimé dans un contrat⁷. Néanmoins, l'égalité de la « nature » humaine ne peut servir à la revendication d'un traitement identique de tous les

¹ Sur ce concept voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2.

² Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

³ Sur ce point voir, Parti 2, titre 2, chapitre 1.

⁴ Le triptyque de l'égalité devant, dans et par la loi est directement tiré de l'article fondateur de J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'association Henri-Capitant, tome XIV, Dalloz, Paris, 1965, p. 343-360.

⁵ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Seuil, Paris, 1977. Le principe d'égalité est l'aboutissement de la philosophie politique des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles.

⁶ Ici réside une inspiration jusnaturaliste.

⁷ Selon J.J. Rousseau, « *C'est qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue au contraire une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre els hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit* », *Du contrat social*, Livre 1er, Chapitre IX, Seuil, Paris, 1977.

individus¹. Les seules distinctions admissibles sont celles que le droit prévoit². L'égalité n'est pas un droit naturel³, mais un principe métajuridique⁴, un principe politique qui garantit la préservation des droits. Pour Rousseau, comme pour Montesquieu⁵, l'égalité n'est pas une fin en soi, mais une condition de possibilité du droit. Le problème qui s'est vite posé au juriste est la définition de ce droit et les modalités de la répartition des richesses.

La conception française, héritière de cette pensée, est également emprunte de la volonté de mettre fin aux privilèges de l'Ancien Régime⁶. Ainsi, a émergé en droit la « *fiction d'ignorance légale* »⁷, qui impose de ne plus prendre en compte les titres, notamment nobiliaires. Cette ignorance est garantie par la plus grande généralité conférée à la loi, intimement liée à la philosophie « universaliste »⁸.

Imposer au législateur d'écrire une loi qui doit être la même pour tous vise à lutter contre l'arbitraire, le privilège particulier ou individuel, autrement dit contre les pratiques qui avaient cours sous l'Ancien Régime. Elle s'inscrit dans l'égalité postulée des citoyens. Dans cette perspective, l'égalité vise la neutralité de l'État quant au choix des éventuels bénéficiaires d'un avantage. Elle s'impose en premier lieu à l'auteur de la norme et procède de son impartialité. Elle vise « l'impersonnalité » et exclut l'attribution nominative de

¹ G. Pélessier, *Le principe d'égalité*, *Op cit.* p.23.

² L'article premier de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 pose en effet que « *les distinctions sociales ne peuvent être que fondées sur l'utilité commune* ».

³ L'article 2 de la Déclaration ne vise que quatre droits naturels qui sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. Il ne vise pas l'égalité. Cependant, l'article 1^{er} affirme que tous les hommes ont, de par leur constitution, des droits inaliénables et imprescriptibles revient nécessairement à dire qu'ils sont égaux, cf. M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris : Montchrestien, 2009, p 39.

⁴ Voir Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1. Plus spécifiquement en droit public ce caractère a été souligné par le professeur G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3ème édition, p. 429.

⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Classique Larousse, Paris, 1995.

⁶ Si les privilèges de l'Ancien régime sont aujourd'hui abolis, cette notion apparaît dans quelques unes des décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi, il a visé le « *privilège pénal* » (C.const. 82-145 D.C. - 10 novembre 1982 - Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail *J.O.* du 11 novembre 1982, p. 3393), ou encore la possibilité pour certains fonctionnaires de faire prendre en compte pour leur classement hiérarchique des activités professionnelles à l'inverse d'autres dans le même corps et issu de la même école (pour les énarques ; C.const. 82-153 D.C. - 14 janvier 1983 - Loi relative au statut général des fonctionnaires, *J.O.* du 15 janvier 1983, p. 354, voir aussi C.const. 85-200 D.C. - 16 janvier 1986 - Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, *J.O.* du 18 janvier 1986, p. 920) ou encore à propos de cession d'entreprise nationale (C.const. 86-207 D.C. - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *J.O.* du 27 juin 1986, p. 7978).

⁷ cf. M. Hauriou, cité par A. Heymann-Doat et G. Calvès in *Libertés publiques et droits de l'homme*, systèmes droit, L.G.D.J., 9 ème édition, Paris 2008.

⁸ cf. O. Jouanjan « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n°16, 1992, L'Etat/2, p. 131

privilèges. Le législateur se doit de viser une catégorie, quand bien même cette catégorie vise très peu de personnes. Cette vocation s'inscrit dans la théorie libérale de neutralité de l'État, qui s'abstient d'intervenir sur des situations individuelles.

Le principe d'égalité en droit public français implique alors une conception particulière de la norme¹ : être exsangue d'arbitraire, dont la plus grande généralité en constitue une garantie. Ceci implique un travail d'abstraction du « juris-lateur » sur des catégories et non sur des personnes nommément désignées. De cette conception résulte l'impossibilité de remettre en cause, sur le fondement de ce principe, une norme qui tend à la plus grande généralité possible. Ainsi, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « *la règle générale, du seul fait de sa généralité, est tenue pour quitte, vis-à-vis des exigences constitutionnelles* »². De même, dans la jurisprudence du Conseil d'État, si la règle est la même pour tous, le motif tiré de la rupture d'égalité est inopérant³. En d'autres termes, la généralité de la règle, de par l'indistinction qu'elle suppose, entraîne la conformité au principe d'égalité. Ce dernier s'entend de l'identité de traitement de tous avec tous. Par cette démarche, la jurisprudence des deux juridictions érige l'égalité dans la généralité et/ou l'universalité en modèle⁴. C'est pourquoi la différence de traitement est communément présentée comme une dérogation au principe d'égalité⁵.

44. Cette approche, consubstantielle à l'idée de norme et plus particulièrement à celle de loi, marque très profondément la conception « française »⁶, différente de celles adoptées par des juridictions étrangères⁷, plus exigeantes¹. En effet, le refus de prendre en compte la

¹ D'ailleurs G. Vedel soulignait « *L'égalité de Rousseau est la clef de l'infaillibilité, et de l'immaculée conception de la loi* » : G.Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, p. 171.

² P. Giro, « Égalité devant la loi », in O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 355.

³ C.E. 17 janvier 1990, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc, req. N°86166.

⁴ Sur la critique d'une telle approche voir G. Péliissier, *Le principe d'égalité, Op Cit.* p. 36 et plus particulièrement p 39.

⁵ Voir G. Péliissier, *Le principe d'égalité, Op cit.* p.21.

⁶ Bien qu'il soit difficile de parler d'une conception française dans la mesure où la Cour de cassation, de par ses oscillations, ne suit pas la même démarche que les deux juridictions étudiées dans ce chapitre, voir chapitre suivant.

⁷ Comme en Allemagne : cf. O.Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992 et en Italie : cf. Cahiers du Conseil constitutionnel sur *La Coopération internationale et juridictions constitutionnelles étrangères*, n° 6, p. 43. En Allemagne, pour le contrôle qui découle du principe d'égalité « ce n'est pas la forme extérieure, mais bien le contenu matériel et juridique qui est déterminant », cf. C. Starck, « L'égalité en tant que mesure du droit », conférence prononcée le 17 mai 1981 au

situation particulière et d'encourager la généralité dans l'élaboration de la norme explique pourquoi les deux juridictions refusent une conception « bilatérale »² du principe d'égalité.

Les deux juridictions refusent de tenir compte de situations particulières qui pourraient justifier l'application d'un régime différent³. Leur déférence à l'égard du caractère général de la règle aboutit à ce que le traitement identique de situations différentes ne puisse constituer en aucun cas une violation du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises :

« ... le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles »⁴.

Le Conseil d'État emploie quant à lui une formulation très proche :

« ...le principe d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents »⁵.

Néanmoins, certains⁶ estiment que, cette jurisprudence trouve sa limite dans des hypothèses où l'administration viendrait à commettre une erreur manifeste d'appréciation¹ en

centre de recherche de logique de Bruxelles, cité par F. Luchaire, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *R.D.P.*, 1983.

¹ Une vision très exigeante du principe d'égalité pourrait conduire à faire obligation à l'administration de traiter uniformément les situations semblables et de façon différenciée des situations elles-mêmes différentes.

² Sur cette expression cf. O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Op.cit.*, p.146 et suivantes. Ainsi, le principe d'égalité en droit allemand, emporte une double exigence : à ce qui est semblable, traitement semblable ; à ce qui est différent, traitement différent. La jurisprudence française n'importe que la première de ces deux exigences, cf. O. Jouanjan, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in Conseil d'Etat, *Le principe d'égalité*, La Documentation française, Paris, 1998, p. 169 et suivantes, spéc. p.171.

³ Ainsi, le législateur peut poser les mêmes limitations au cumul d'emplois et de retraites à ceux qui bénéficient d'une pension à taux partiel que ceux qui bénéficient d'une pension à taux complet, cf. C.const. 85-200 D.C. - 16 janvier 1986 - Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité *J.O.* du 18 janvier 1986, p. 920.

⁴ Voir par exemple C.const. 80-128 D.C., du 21 janvier 1981, Travail à temps partiel, *rec.* p. 29, *J.O.* du 24 janvier 1981, p. 332. ; C.const. n° 2003-489 D.C. du 29 déc. 2003, *Rec.* p. 487, *D.* 2004, somm. 1276, *J.O.* du 31 décembre 2003, p. 22636.

⁵ C.E. 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central, *rec. table*, p. 632 ; C.E. Ass., 28 mars 1997, Sté Baxter, *rec.* p. 114, *R.F.D.A.* 1997.p.450, concl. Bonichot, note Mélin-Soucramanien ; C.E., 17 nov. 1997, Synd. des médecins libéraux, *rec.* p. 424 ; C.E., 22 nov. 1999, M. Rolland, req. n°196437, *rec. tables*, p. 607.

⁶ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1997.

édicte une réglementation à l'évidence inappropriée face à une situation de fait donnée. Autrement dit, la censure n'intervient que lorsque de manière évidente la distinction opérée ne correspond pas à la différence de situation invoquée. Le défaut d'adéquation² entre la distinction opérée au sein du dispositif juridique et les deux situations de fait rend évident la rupture d'égalité.

Il convient toutefois de souligner que dans des décisions demeurées isolées, les deux juridictions ont semblé adopter une approche de l'égalité qui oblige à traiter différemment des situations différentes. Ainsi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative aux conditions de l'aide aux investissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales³, censure de telles aides car le texte n'apporte pas de garanties suffisantes « *pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers* ». Cette dernière incise montre que le Conseil constitutionnel évalue la différence de traitement à l'aune de la situation de fait, qui devient la prémisse. La rupture est caractérisée par un traitement identique de situations différentes. Quelques décisions éparses dans la jurisprudence du Conseil d'État adoptent une démarche similaire⁴.

45. En dehors de ces quelques décisions isolées, le principe d'égalité, dans la conception du droit public français, n'est pas « générateur de droit »⁵. Ce principe n'est pas un droit de l'homme, il demeure avant tout une exigence imposée aux pouvoirs normatifs. Les administrés ne peuvent invoquer l'égalité pour obtenir une règle adaptée à leur situation, une telle demande est irrecevable. Le principe d'égalité demeure une garantie contre l'arbitraire

¹ L'erreur manifeste d'appréciation est définie classiquement comme « ... une erreur commise par un administrateur dans l'appréciation des faits à laquelle il se livre discrétionnairement pour fonder sa décision et qui s'avère si grossière qu'elle ne laisse place à aucun doute », cf. J.-Y. Vincent, « L'erreur manifeste d'appréciation », *R.A.* 1971, p.108.

² Sur le contrôle d'adéquation, voir Partie 2, titre 2, chapitre 2, Section 1, §2.

³ C.const. 93-329 du 13 janvier 1994, *J.O.* du 15 janvier 1994, p. 829, *R.F.D.A.* 1994, n°2, p. 209, note Genevois.

⁴ C.E., Ass., 30 oct. 1959, Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie, *rec.* p. 561. Voir *infra* dans le domaine de la fonction publique. Voir également à propos de la « discrimination positive », cf. Partie 2, Titre 2, chapitre 2, section 2.

⁵ Expression de A. Werner, « Le précédent administratif, source de légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1987, p. 438 ; reprise par G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op cit.* p. 35.

du pouvoir. Dans le même mouvement, le refus d'une conception « bilatérale » de l'égalité est sous-tendu par celui des juridictions d'obliger les pouvoirs normatifs de distinguer là où des situations suffisamment différentes pourraient les inviter à distinguer. Les juges se refusent ainsi de s'arroger le droit de définir le droit applicable en lieu et place des pouvoirs législatif et réglementaire.

Cette conception de l'égalité explique encore le refus du « droit des groupes » en droit interne français. Le principe d'égalité se conjugue alors avec le principe d'unicité du peuple français et s'oppose « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »¹.

46. Le principe d'égalité, tel que conçu par les deux juridictions, laisse le choix aux pouvoirs normatifs de décider entre un traitement identique le plus général possible qui, dans son approche formelle, sera toujours conforme au principe d'égalité et une différence de traitement qui ne sera conforme qu'à condition que les situations visées soient différentes. C'est dans cette deuxième alternative que les juges exercent leur contrôle².

La possibilité, ouverte par le principe d'égalité, de distinguer entre les catégories au sein de la norme a permis d'épouser l'évolution du rôle de l'État, notamment avec la mutation et l'apparition des « droits-créances »³. Certes, les pouvoirs publics ne sont pas dans l'obligation de rendre toutes les situations égales, mais il peut poursuivre le but de les rendre « plus égales ». Aujourd'hui, l'État, pour agir sur la société, a besoin de distinguer, de découper le corps social en catégories. Le principe d'égalité permet de contrôler les distinctions à l'œuvre afin que ne soient pas réintroduits des privilèges ou des distinctions injustifiées. Ainsi, le juge est amené à adapter le principe d'égalité à des lois qui visent à rétablir, dans les faits, une certaine égalité. On passe alors insensiblement d'une égalité abstraite atteinte par la généralité de la règle de droit, à l'application de mesures différentes à des situations de base elles-mêmes différentes. Comme l'a fort bien souligné le

¹ C.const. n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *J.O.* du 18 juin 1999, p. 8964. Sur cette question voir Partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2.

² Seules les différences de traitement sont contrôlées au regard de l'égalité cf. C.E. 22 mars 1950, Société des ciments français, *rec.* p. 175 et C.E. 13 février 1970, Dame Vigan et autres, *R.D.P.* 1970, p. 401, concl. Théry.

³ En particulier depuis le préambule de 1946, voir section 2, §2. Voir également à propos du droit à l'emploi, cf. E. Durlach-Vallerin, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006.

Monsieur Rivero : « À l'égalité cherchée dans la généralité se substitue une égalité par la différenciation... ». Sous le couvert du même mot, le droit public juxtapose deux inspirations :

« ... fidèle en certains domaines à l'égalité par la généralité - par exemple en matière électorale, dans le droit de la fonction publique -, il incline, dans d'autres cas, vers la recherche de l'égalité concrète par la multiplication des catégories. La première attitude prévaut lorsque c'est l'homme abstrait qui est en cause ; la seconde s'affirme lorsque l'administration se trouve en présence de l'homme situé, producteur, chef de famille, habitant de tel secteur urbain, etc. »¹.

Dans cette seconde perspective, l'égalité devient éminemment relative. Elle doit s'entendre toutes choses égales par ailleurs². En vérité, rares sont les lois qui s'adressent à tous, si bien que l'exercice du pouvoir normatif suppose de fréquemment distinguer entre les catégories. Dès lors, le principe d'égalité vient poser une limite au pouvoir de l'administration ou du législateur dans sa liberté de distinguer. Il permet de contrôler la raisonnable de la distinction. Si, dans la jurisprudence du Conseil d'État, l'administration n'a pas l'obligation juridique de différencier³, elle conserve toujours la possibilité de traiter différemment des situations elles-mêmes différentes. Ainsi, la situation particulière des départements et régions d'Outre-Mer permet de justifier l'application d'un certain nombre de régimes dérogatoires par rapport à la métropole⁴. Toutefois, la spécificité de ces départements n'autorise pas l'administration à édicter n'importe quelle distinction. Par exemple, en ce qui concerne le concours de recrutement d'inspecteurs élèves des douanes, un régime des épreuves

¹ Voir J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, p. 351.

² G.Vedel, préface de la thèse de P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Thèse, L.G.D.J., 1969 ; G.Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 171.

³ C.E., sect., 13 févr. 1970, Dame Vigan, *rec.* p. 110, *R.D.P.* 1970.403, concl. J. Théry, *A.J.D.A.* 1970.164, note A. de Laubadère, *J.C.P.* 1970. II. 16350, note J. Chevallier ; C.E. sect., 25 juill. 1975, Chaigneau, *rec.* p. 436, *R.D.P.* 1976.342, note J.-M. Auby.

⁴ Comme le régime de prix des matériaux de construction, cf. C.E. 1er juill. 1981, Centre patronal d'études et d'actions professionnelles, req. n°18184 ; ou encore un régime de la publicité télévisée adapté aux spécificités du marché publicitaire local, cf. C.E. 29 juin 1994, Assoc. de la presse de la Réunion, *rec.* table, p. 759 ; l'adoption momentanée de modalités particulières d'exercice du droit de vote ne portant pas atteinte à la substance de ce droit, cf. C.E. 9 févr. 1983, Esdras et autres, *rec.* p. 48, *R.D.P.* 1983.830, concl. D. Labetoulle ; des modalités particulières pour des prestations sociales déterminées, cf. C.E. 29 nov. 1993, Union départementale des syndicats Force Ouvrière, *rec.* table, p. 573 ; *a fortiori* une heure d'été différente de celle retenue pour la métropole, cf. C.E. 24 nov. 2003, Assoc. contre l'heure d'été, req. n°238523.

d'admission différent de celui applicable en métropole¹ a été censuré. Une différence de situation ne peut donc être valablement invoquée pour justifier une différence de traitement que si elle n'est pas incompatible avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause².

47. Le principe d'égalité commande de contrôler l'exercice d'un pouvoir. La distinction doit alors apparaître, directement ou indirectement, dans la norme. En effet, ces actes sont en quelque sorte la concrétisation du pouvoir exercé. Mais certains actes échappent au contrôle découlant du principe d'égalité, en particulier ceux qui ont pour objet l'individualisation d'un droit ou d'un avantage. Le Conseil d'État se montre très réticent pour reconnaître une rupture d'égalité déduite de la succession d'actes individuels³, d'autant plus si certains d'entre eux ont été jugés illégaux⁴. L'administration n'est pas obligée d'étendre la mesure gracieuse à tous les individus⁵, le droit ne constituant pas un droit de l'individu, mais seulement une faveur de l'administration. Ainsi, l'impossibilité de faire valoir les décisions individuelles antérieures est un principe constant du droit fiscal⁶, ou du droit disciplinaire des fonctionnaires⁷. L'administration est rarement liée par les précédents.

48. Le contrôle de la distinction suppose de prendre en compte « l'environnement » de l'exercice du pouvoir. Le juge considère le pouvoir situé, et se départit de la situation personnelle de celui qui se prétend victime d'une différence de traitement arbitraire. La fonction publique permet d'illustrer la congruence entre le principe d'égalité et le domaine matériel et juridique de l'exercice du pouvoir.

¹ C.E. 14 déc. 1981, Huet, *rec.* p. 466.

² Sur cette question cf. *infra*, section 2, §1.

³ Voir en particulier dans le contentieux de la responsabilité administrative, cf. G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op cit.* p. 36-37.

⁴ Voir en ce sens, C.E. 11 octobre 1967, Agniel, *rec.* Tables, p. 683 et C.E. 4 avril 1936, de Lassus, Pujo et Real del Sarthe, *rec.* p. 455. A propos du refus de maintenir un régime discriminatoire, C.E., 15 juillet 1964, Syndicat général des producteurs de sucre et de rhum des Antilles françaises, *rec.* Tables, p. 831.

⁵ C.E. 24 juillet 1981, Letailleur, *rec.* tables, p. 683.

⁶ cf. C.E. 12 juin 1986, Cne. De Gaillac, req. n°78335.

⁷ Ainsi la mise à l'écart « *des faits semblables commis antérieurement par d'autres agents n'auraient pas été sanctionnés* », C.E. 1^{er} octobre 1976, Soucasse, *D.* 1977, p. 552, note Pacteau.

II. L'ÉGALITÉ D'ACCÈS AUX EMPLOIS PUBLICS ET TOUT AU LONG DE LA CARRIÈRE

49. Cette expression spécifique du principe d'égalité¹, affirmée dès la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, donne un aperçu du règlement des relations de travail en droit public. L'abolition des privilèges² de l'Ancien Régime anime, certainement plus qu'en d'autres domaines, le principe d'égalité appliqué aux emplois publics³. En effet, le juge administratif a pris tôt le soin de contrôler que l'exercice du pouvoir de l'administration au moment du recrutement, notamment par concours (A), et tout au long de la carrière publique (B) soit le plus impartial⁴ possible.

A. L'IMPARTIALITÉ DANS LE RÉGIME DES CONCOURS ADMINISTRATIFS

50. Le processus de sélection des fonctionnaires, dont le concours administratif⁵ est la forme privilégiée⁶, doit viser à éliminer tout arbitraire et tout privilège à l'égard de chacun des

¹ Voir notamment G. Morange, « Le déclin du principe d'égalité dans les concours », in *Mélanges offerts à Marcel Waline: Le juge et le droit public*, 1974, p. 621 ; V. Fabre-Alibert, « Le principe d'égal accès aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle », *R.D.P.* 1992, p.425. Certains préfèrent parler de « sous-principe » du principe d'égalité cf. F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.* 1982.

² A propos, notamment, de la demande de l'abolition de la vénalité d'offices et de l'hérédité, voir C. Kaftani, *La formation du concept de fonction publique en France*, préface de G. Conac, L.G.D.J., tome 196, Paris, 1998.

³ Pour une vision générale en la matière, voir J. Puisoye, « Les divers aspects du principe d'égalité dans la fonction publique », *A.J.D.A.* 1961, p. 407.

⁴ Impartial au sens courant du terme (qui n'est pas partial, sans parti pris, cf. J. Rey-Debove et A. Rey (sous la direction de), *Dictionnaire Robert 2008*, Paris 2008). Il ne s'agit pas d'étudier le principe d'impartialité, pour cela voir notamment B. Quiriny « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *R.D.P.* 2006, p. 375.

⁵ Le concours est une notion faussement évidente. Il s'agit d'un « procédé de recrutement de la fonction publique tendant à la désignation, par un jury, à la suite d'épreuves appropriées, du ou des candidats aptes à être nommés par l'autorité compétente ». L'élément essentiel est alors le caractère déterminant des épreuves, qui déterminera le choix des agents recrutés. Trois autres éléments caractérisent le concours : les candidats doivent être appréciés par un jury indépendant de l'autorité hiérarchique ; le nombre de places ouvertes doit être limité ; ils doivent être classés par ordre de mérite ; cf. P. Sardan, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, thèse Bordeaux I, 1972.

⁶ Toutefois le concours n'est pas une exigence constitutionnelle, et un nombre croissant d'emplois publics sont pourvu par d'autres voies (recrutements directs pour les emplois ne nécessitant pas de qualifications particulières, tour extérieur, emploi à la décision du gouvernement, emplois aidés, postes contractuels, etc.). Néanmoins, dans ces situations, un contrôle minimal est effectué, en particulier sur la capacité des nouveaux fonctionnaires à exercer leurs attributions, cf. C.const. 84-179 D.C. du 12 septembre 1984, Limite d'âge des fonctionnaires, *rec.* p. 73, *J.O.* du 14 septembre 1984, p. 2908, ou encore pour les emplois d'assistants d'éducation, cf. C.const. 2003-471 D.C. du 23 avril 2003, loi relative aux assistants d'éducation, *rec.* p. 364,

candidats qui se présente. Pour ce faire, le recrutement par concours est devenu une opération complexe, constituée d'une succession d'actes. Selon Monsieur René Chapus¹, « *ouverture du concours, liste des candidats admissibles, liste des admis, constituent une cascade de décisions dont chacune commande la suivante et est spécialement prise pour en permettre l'intervention. En conséquence, la décision finale, qui est la nomination des candidats déclarés admis, pourra faire l'objet de recours appuyés sur l'illégalité entachant l'une quelconque de ces décisions, contre lesquelles les intéressés ont ainsi pu, sans risque, s'abstenir d'agir. Ils peuvent attendre la fin de l'opération et apprécier alors ce qu'il y a lieu d'entreprendre. C'est dans les mêmes conditions que peuvent être exercés les recours contre les refus de nomination* ». A chacune de ces étapes est accomplie une sélection des candidats, ce qui suppose une opération de distinction soumise au respect du principe d'égalité.

La matière est dominée par l'article 6 de la Déclaration, qui dispose :

« ... *Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »².

Ce texte est appliqué aussi bien par le Conseil constitutionnel³ que par le Conseil d'État. Ce dernier s'est directement fondé sur cet article pour contrôler la validité d'un décret régissant le recrutement de maîtres de conférences des universités⁴ ou des décrets relatifs au statut des administrateurs territoriaux⁵ ou encore pour annuler la décision individuelle de

J.O. du 2 mai 2003, p. 7641. Voir dernièrement, le PACTE : parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État, cf. ordonnance du 2 août 2005 (n° 2005-901) relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État.

¹ R.Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 783, préc. *supra* n° 9.

² Sur ce texte voir, J. Garagnon, « L'origine du principe de l'égalité d'admissibilité de tous aux emplois publics », *Sirey*, 1956. Notons que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, en son article 25, reconnaît à tout citoyen le droit d'accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques de son pays.

³ Par exemple C.const., 14 janv. 1983, *J.O.* du 15 janvier 1983, p. 354, à propos de l'accès à l'ENA. C.const. 82-153 D.C. - 14 janvier 1983 - Loi relative au statut général des fonctionnaires.

⁴ C.E., 2 mars 1988, : *D.A.* 1988, comm. n° 250 ; C.E., 28 déc. 1988, Sabiani, n° 91380, *Inédit* ; C.E., 21 déc. 1990, Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud , *rec.* 1990, p. 378 ; *J.C.P. G.* 1991, IV, p. 100.

⁵ C.E. Ass., 27 octobre 1989, pourvoir n°95714.

nomination au tour extérieur d'un fonctionnaire qui ne possédait pas les « *capacités requises* » pour occuper l'emploi qui lui était destiné¹.

Si, de prime abord, le texte constitutionnel appelle à ouvrir les concours à tous les citoyens, il vise en réalité une règle de sélection dont il détermine les critères pertinents : les capacités, les vertus et les talents. Dès lors, les arrêts et décisions qui se réfèrent à l'article 6 ne visent pas tant l'égalité dans la généralité mais bien les distinctions qui sous-tendent le processus de sélection. Ce texte impose une certaine contrainte dans le choix des critères pertinents de sélection. Car, non seulement il commande de se fonder sur ces trois critères, mais encore, dans le même temps, il est nécessaire de respecter les droits de la personne du candidat². Ainsi, il n'est pas possible d'utiliser un système de sélection des agents publics fondé sur des critères étrangers à la capacité des candidats³. Par ailleurs, l'autorité administrative a l'interdiction de se fonder sur les opinions politiques ou religieuses du candidat pour rejeter sa candidature⁴. L'administration ne peut tirer argument des opinions extériorisées par le candidat avant son recrutement pour en déduire qu'il ne satisfait pas à son obligation de neutralité⁵. Cette dernière obligation ne pèse-t-elle pas d'ailleurs sur le jury lui-même⁶ ?

¹ C.E., Ass., 16 déc. 1988, Bleton et a. c/ Sarrazin, *rec.* 1988, p. 451 ; voir également C.E., 10 janv. 1986, Féd. nat. travailleurs de l'État CGT, *rec.* 1986, p. 5. – C.E., 14 févr. 1990, Féd. synd. FO défense : *A.J.D.A.* 1990, p. 650.

² Voir G. Koubi, « Réflexions sur la qualité de fonctionnaire citoyen », *L.P.A.* 29 juillet 1989, p. 2 ; « Droits civiques des agents publics et application de l'article 5 du statut général des fonctionnaires », *D.* 1989, chron. p. 61.

³ C.E., 10 janv. 1986, Féd. nat. des travailleurs de l'État CGT, *rec.* 1986, p. 5. Il n'est pas possible de réserver l'accès à certains emplois à des personnes provenant d'une entreprise en difficulté (C.E., 14 févr. 1990, Féd. synd. F.O. de la Défense : *D.A.* 1990, comm. p.146).

⁴ Voir C.E. 28 avril 1938, Weiss, *rec.* p. 379, *D.* 1939 III p. 41, conclusions G. Dayras et note M. Waline, qui souligne que le candidat « *ne doit subir aucun contrôle attentatoire à la liberté de conscience* ».

⁵ Obligation qui pèse sur les fonctionnaires durant leur carrière, mais également dès avant, lorsqu'ils postulent à un poste public.

⁶ La jurisprudence Barel (C.E., ass., 28 mai 1954, Barel, *rec.* 1954, p. 308, concl. Letourneur ; *GAJA*, Dalloz, 2003, n° 81) pourrait aller en ce sens. Il s'agissait d'un candidat au concours de l'E.N.A. dont les opinions communiste étaient connues des membres du jury. La mise à l'écart de sa candidature sur ce seul fondement a été censurée par le Conseil d'État. Il peut en être déduit que le jury n'a pas à prendre en compte les opinions des candidats, ce qui pour les opinions communistes (tout du moins à l'époque) ou anarchistes signifiaient une remise en cause ou une destruction de l'État. D'autres états démocratiques, notamment en Europe, interdisent ou ont interdit l'accès de la fonction publique aux communistes (voir par exemple aux États-Unis d'Amérique). Nous pouvons ajouter avec J. Rivero : « *on redouterait fort une administration dont tous les membres, ayant précédemment rêvé de l'État, auraient observé durant toute leur jeunesse, dans l'expression de leurs opinions, la réserve qui sied au haut fonctionnaire. Il serait à craindre que les hommes de caractère y fussent rares* »,

En ce qui concerne l'opinion religieuse, le principe de laïcité conjugué avec le principe d'égalité, impose aux impétrants un devoir de neutralité, qui leur interdit tout signe extérieur d'appartenance à une communauté religieuse. La séparation de l'Église et de l'État¹ a pu mener à des situations extrêmes, signe des tensions que peut susciter de telles questions. Aujourd'hui, l'affirmation de la liberté religieuse et de la non-discrimination en raison de ses croyances, sans remettre en cause le devoir de neutralité du fonctionnaire, impose le respect des convictions de l'agent public, tant qu'elle demeure dans la sphère privée. C'est pourquoi la majorité de la doctrine affirme que la jurisprudence *Abbé Bouteyre*², qui a vu la candidature d'un abbé écartée à un concours d'enseignement de philosophie, en application du principe de laïcité, n'est plus d'actualité³. Cette solution apporte une réponse trop systématique qui, de surcroît, repose sur une présomption discutable : la qualité d'ecclésiastique serait incompatible avec le principe de laïcité. Néanmoins, la candidature d'un impétrant peut toujours être écartée si ses opinions « *se sont manifestées avant la candidature aux fonctions publiques par un fait individuel, par un acte public, qui par sa nature, serait incompatible*

citation reprise par E. Ayoub dans *La fonction publique en vingt principes*, préface d'Y. Gaudement, Editions Frison-Roche, 2ème éd., Paris, 1998, chapitre 10.

¹ Depuis la loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Eglises et de l'Etat.

² Deux décisions Abbé Bouteyre (dont la première C.E. 10 mai 1912, *rec.* p.553, *GAJA* n°26 et C.E., 30 juillet 1920, *rec.* p. 794). M. Hauriou a critiqué une telle jurisprudence car il considérait que l'espèce concernait « *une question de politique générale, où, pourvu que les formes juridiques soient observées, le droit n'a rien à objecter* ». L. Duguit plus incisif souligne : « *Le requérant soutenait que, depuis la séparation des églises et de l'État, la qualité de prêtre n'existe pas aux yeux de la loi civile et ne peut entraîner aucune déchéance. L'argument était irréfutable ; le Conseil d'État n'y répond pas ; et pour cause* », cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 2ème édition, p. 144. M. Gaston Jèze lui répliquait : « *La question est mal posée. Il ne s'agit pas de déchéance, mais du point de savoir si un prêtre qui a fait profession d'obéissance à des dogmes religieux est qualifié pour donner un enseignement public neutre* » (cf. G. Jèze *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3ème édition, p. 435). Toutefois, le Conseil d'État n'a pas admis la mise à l'écart de la candidature au poste d'institutrice suppléante d'une candidate ayant suivie ses études dans des établissements d'enseignement confessionnels cf. C.E. sect. 25 juillet 1939, *Beis*, *rec.* p. 524.

³ Voir en particulier l'arrêt C.E., 7 juill. 1954, *Janinet* : *A.J.D.A.* 1954, II, p. 398. - C.E., 8 déc. 1948, *Pasteau* : *R.D.P.* 1949, p. 73, note M. Waline ; *S.* 1949, 3, p. 43, note J. Rivero, dans lequel l'administration ne peut pas non plus refuser à une personne l'accès à un emploi public en se fondant sur ses opinions religieuses. Les auteurs invoquent également l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État de 1972 (C.E. avis 21 septembre 1972, voir *Grands Avis* du Conseil d'État, p. 105, obs. J.-P. Costa) : la question juridique était de savoir si un enseignant du secondaire qui durant sa mise en disponibilité embrasse l'état ecclésiastique pouvait obtenir de nouveau un poste dans l'enseignement public. Le Conseil d'État répond que les principes de laïcité et de neutralité « *ne font pas obstacle par elles-mêmes à ce que des fonctions... soient confiées à des membres du clergé* », dans l'enseignement secondaire. Mais la Haute juridiction précise que dans le cas où « *sa qualité, s'il l'avait acquise avant sa nomination, eût pu permettre de lui refuser l'accès à certaines fonctions d'enseignement* », la jurisprudence « *Abbé Bouteyre* » n'est pas entièrement « *abrogée* ».

avec l'exercice des fonctions sollicitées »¹. Dans certains cas seulement, il serait loisible à l'administration d'interdire l'accès à certains postes, sur le fondement des opinions religieuses². Monsieur Jèze soulignait d'ailleurs à propos de l'enseignement supérieur : « *il est des enseignements tels que la liberté de recherche scientifique exigée du professeur est incompatible avec la qualité de prêtre : enseignement philosophique, histoire des religions, par exemple* »³. L'incompatibilité avec les fonctions est alors constatée de manière plus casuistique, en considération de l'objet de la fonction.

S'agissant des opinions politiques, il convient de se tourner vers la jurisprudence *Barel*⁴. Il s'agissait d'un candidat dont les opinions communistes étaient connues du jury et dont la candidature avait été écartée pour l'entrée à l'École Normale d'Administration. Le Conseil d'État a clairement affirmé que le Secrétaire d'État chargé d'arrêter la liste des candidats admis à concourir pouvait certes tenir compte des faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer les candidats, mais il ne pouvait pas écarter de la liste l'un d'eux en se fondant uniquement sur ses opinions politiques⁵.

¹ Voir en ce sens la question posée par le commissaire du gouvernement Helbronner dès 1912 cf. arrêt *Bouteyre* précité.

² Cf. F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, Paris, 2005, p. 229 et suivantes. L'auteur souligne que, dans la jurisprudence *Abbé Bouteyre*, il s'agissait d'un recrutement en vue de l'enseignement de la philosophie, et que, dans ce cadre, un prêtre aurait certainement du mal à respecter l'obligation de neutralité, le principe de laïcité et de non prosélytisme. La question est évidemment différente pour un enseignant d'anglais (cf. T.A. Paris, 7 juillet 1970, espagnol, *rec. tables* p. 851), dont la matière prête moins d'occasion d'exposer et de critiquer la doctrine de l'Eglise. Voir également, C.E. 10 avril 2009, req. n°311888, G. Calvés, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *A.J.D.A.* 2009, p.1386.

³ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3ème édition, p. 435. Cette affirmation interroge directement la reconnaissance mutuelle des diplômes entre la France et le Vatican, cf. Décret n° 2009-427 du 16 avril 2009 portant publication de l'accord entre la République française et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur (ensemble un protocole additionnel d'application), signé à Paris le 18 décembre 2008 ; voir *Le Monde* en date du 21 avril 2009.

⁴ C.E., ass., 28 mai 1954, *Barel rec.* 1954, p. 308, concl. Letourneur ; *GAJA*, Dalloz, 2003, n° 81. Confirmé et repris dans une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel. C.const. 62-18 D.C. - 10 juillet 1962 - Résolution modifiant les articles 25, 26, 31, 34, 51, 65, 80, 86, 87, 93, 106, 122 et 155 du Règlement de l'Assemblée nationale *J.O.* du 15 juillet 1962, p. 6971, note L. Favoreu et L. Philip, *R.D.P.* 1962 p.161.

⁵ Dans le même sens à propos d'un ouvrier participant à la vente sur la voie publique d'un hebdomadaire inscrit sur la liste des publications dont l'introduction dans les établissements militaires est interdite (C.E. 3 janvier 1962, *Ministres des Armées c. Hocdé, rec.* p. 3).

Ces jurisprudences trouvent aujourd'hui un renfort dans la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations¹ qui, dans une formule qui concerne, non seulement le recrutement des agents mais également le déroulement de leur carrière, indique :

« Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race »².

51. La première étape du processus de recrutement par concours réside dans la publicité donnée à celui-ci et dans l'admission des candidats à concourir³. Il existe dans l'accès même aux concours une présélection : chacun ne peut concourir à tous les concours administratifs⁴. En effet, il existe des conditions générales d'admission à concourir, lesquelles exigent des candidats qu'ils satisfassent aux qualités requises pour devenir fonctionnaires⁵. A celles-ci

¹ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*J.O.* 17 Novembre 2001) en son article 11 qui modifie l'article 6 alinéa 2 du titre I du statut.

² Formule également reprise dans le Code du travail à l'article L.1132-1: *« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».*, voir *infra*, chapitre suivant.

³ Ainsi, les modifications des règles du concours doivent être portées à la connaissance de tous les candidats au même moment et dans les mêmes conditions, sous peine de rompre l'égalité des candidats, cf. C.E. sect. 13 juillet 1961, Cazés, *rec.* p. 517.

⁴ Voir « Le régime de l'admission à postuler aux emplois publics », note sous C.E. 21 décembre 1960, Serra et Vica-Blanc, comm. R. Chapus, *D.* 1961, p. 421.

⁵ Voir en ce sens l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose : *« Sous réserve des dispositions de l'article 5 bis, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 1° S'il ne possède la nationalité française ; 2° S'il ne jouit de ses droits civiques ; 3° Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ; 4° S'il ne se trouve en position régulière au regard du Code du service national ; 5° S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap ».* Ces règles s'appliquent, même sans texte, à tout concours cf. C.E., 19 mai 1989, Co. de Sainte-Marie *rec.* 1989, p. 128.

s'ajoutent des conditions d'admission spécifiques propres à certains concours en raison du corp et de l'emploi que l'impétrant vise. Ces conditions sont diverses : du diplôme¹ à l'aptitude physique², mais également à l'appréciation des garanties requises pour exercer la fonction, en particulier pour les activités régaliennes de l'État³. Les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires peuvent être différenciées pour tenir compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public⁴. L'administration bénéficie donc d'un pouvoir large dans la définition des conditions d'accès au concours, mais toujours soumis à une exigence d'adéquation, entre les critères de sélection et les postes à pourvoir, propre au principe d'égalité⁵.

52. La marge d'appréciation est plus grande pour la nomination des membres du jury. Cette nomination et l'action de ces membres doit respecter le principe d'impartialité⁶ qui prolonge l'égalité des chances des candidats⁷. Lorsque le jury fait preuve de partialité, les opérations du concours peuvent être annulées⁸.

¹ C.E., 1er déc. 1954, préfet de l'Indre, *rec.* 1954, p. 637. Récemment le Conseil d'État a précisé que le pouvoir réglementaire pouvait au préalable exclure certains diplômes des titres permettant de se présenter à un concours (C.E., 9 juill. 2003, n° 252761, Charbonnier : *J.C.P. A.* 2003, n° 1893, obs. A. Taillefait. - C.E., 9 juill. 2003, n° 251157, Sandras : *J.C.P. A.* 2003, n° 1893, obs. A. Taillefait).

² Voir en particulier la question du handicap, cf. *supra*.

³ Par exemple, un candidat au concours d'entrée de l'école des officiers de gendarmerie ne peut prétendre à concourir s'il a été condamné pour des faits de conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, cf. C.A.A. Nancy, 15 oct. 2002, min. déf. c/ M. L. : *A.J.F.P.* janv.-févr. 2003, p. 22.

⁴ C.E. sect., 12 déc. 2003, n° 245607, Billiemaz : *J.C.P. A.* 2004, comm. 1071, note D. Jean-Pierre ; *D.A.* 2004, comm. 47 et repères 3, obs. J.-B. Auby : en conséquence, il est possible de différencier l'accès au corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et forêts et notamment de prévoir un nombre de postes ouverts différent selon que les candidats sont issus de l'Institut national agronomique Paris-Grignon ou des autres écoles nationales agronomiques de province.

⁵ A propos du contrôle d'adéquation cf. section 2, §1, *infra* et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁶ C'est « une obligation qui s'impose à tous les organismes administratifs », cf. C.E., 7 juill. 1965, Fédération nationale des transports routiers, *rec.* 1965, p. 413.

⁷ Ce qui suppose notamment que, si le jury décide de consulter le dossier d'un candidat pour compléter son appréciation, il doit procéder de la même manière pour tous les candidats, cf. réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel ; en ce sens, cf. C.const. 62-18 D.C. - 10 juillet 1962 - Résolution modifiant les articles 25, 26, 31, 34, 51, 65, 80, 86, 87, 93, 106, 122 et 155 du Règlement de l'Assemblée nationale *J.O.* du 15 juillet 1962, p. 6971- note L. Favoreu et L. Philip, *R.D.P.* 1962 p.161.

⁸ Le jury manque d'impartialité en exerçant des pressions sur certains candidats afin qu'ils ne se présentent pas aux épreuves finales (C.E., 27 oct. 1965, ministère de l'Éducation nationale, *rec.* 1965, p. 557 ; *D.* 1966, p. 145, note M. Gilli) ou en adoptant une attitude de principe hostile aux candidatures féminines (C.E., 9 novembre

Au vu de la jurisprudence du Conseil d'État, c'est avec une certaine réticence que le juge administratif reconnaît la partialité des jurys de concours¹. Par exemple, dans le cas particulier du recrutement des professeurs des universités, la Haute juridiction a estimé que n'était pas contraire au principe d'égalité le fait que trois candidats sur quatre reçus, avaient été sous la direction de certains membres du jury membres ou avaient été accueilli dans les collections dont ces membres sont responsables². En revanche, à l'égard du concours de recrutement de professeurs des universités dit « *à la voie longue* », a manqué à son obligation d'impartialité, le membre de la commission des spécialistes qui fait part³ d'appréciations polémiques⁴ et de différends professionnels l'ayant opposé à celui-ci⁵. La décision qui a suivi ce rapport a été annulée. Ainsi, il faut des situations spécifiques et une partialité assumée⁶ par le membre du jury pour que l'impartialité soit reconnue et l'égalité des chances des candidats rompues.

53. En ce qui concerne les épreuves elles-mêmes, le juge administratif a tiré du principe d'égalité de nombreuses conséquences en matière de concours. Il a estimé qu'il existait une rupture de l'égalité des candidats à un concours lorsque le matériel mis à leur disposition créait des situations inégales dans les épreuves⁷, que certains d'entre eux ont disposaient de

1966, commune de Clohars-Carnöet *rec.* 1966, p. 591 ; *D.* 1967.92, concl. G. Braibant), ou encore des prises de position adoptées avant le concours (C.E. 19 novembre 1958, Butori, *rec.* p.565), ou de la participation au jury de personnes qui ont des liens particuliers avec les candidats (C.E. 16 mars 1983, Spina, *Rec.* 125, *R.D.S.S.* 1984, p. 86, conclusion D. Labetoulle ; C.E. 20 septembre 1991, Blazsek, *A.J.D.A.* 1992, p. 163, obs. O. Schrameck, *R.F.D.A.* 1991 p.1023).

¹ A propos d'un membre du jury qui connaissait plusieurs candidats cf. C.E. 7 oct. 1983, Mme Limoge, *rec.* p.403 ; que l'un des membres du jury ait été le supérieur hiérarchique d'un candidat, cf. C.E. 28 mars 1984, Swoboda, n°40172. Mais ceci suppose que le jury ne doit tenir compte que de la valeur des épreuves cf. C.E. 23 décembre 1955, Lévy, *rec.* p.606, *D.* 1956, concl. D. Larsy.

² C.E., 28 avr. 2004, n° 254012, Attar n° 254012.

³ Directement dans son rapport sur la candidature du requérant.

⁴ Le membre du jury a notamment fait état de ses observations critiques sur les conditions de la création par l'intéressé du laboratoire qu'il dirige.

⁵ C.E., 28 avr. 2004, Brangier, n° 257385.

⁶ Comme dans la dernière jurisprudence la partialité du membre du jury ressort de son rapport.

⁷ C.E., 18 juin 1986, Christian Randon.

photocopies illisibles¹ ou, à l'inverse, de documents particuliers². Les conditions matérielles doivent être les plus identiques possibles³.

54. Enfin, les jurisprudences administrative et constitutionnelle admettent le recrutement par concours qui ne serait ouvert qu'à certaines personnes en particulier, afin d'encourager les bénéficiaires à embrasser la carrière dans la fonction publique. Les juges admettent donc des politiques préférentielles⁴ dans le recrutement. Ainsi, le Conseil d'état a admis que le principe d'égalité ne s'opposait pas à des modes de recrutement différenciés en fonction des besoins du service⁵. Cependant, la possibilité de politique préférentielle est soumise à un contrôle strict depuis une jurisprudence *amicale des anciens élèves de l'E.N.S. de Saint-Cloud et autres et association des anciens élèves de l'ENA*⁶. Une telle préférence peut constituer une inégalité, car « ... la création d'un régime d'accès privilégié à l'école nationale d'administration (...) méconnaît (...) le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ». En effet, ce dernier texte impose que la sélection se fasse sur le fondement des capacités et des mérites ; la juridiction administrative refuse ainsi le privilège en faveur des étudiants de l'E.N.S. sur les autres candidats. Le Conseil constitutionnel semble être plus accueillant pour de telles politiques. Il a ainsi considéré que les dispositions de la loi du 19 janvier 1983 créant une "troisième voie de recrutement" à l'École nationale d'administration permettant à certains candidats de se présenter à un concours spécifique, de recevoir une formation particulière, d'avoir un

¹ C.E., 12 oct. 1992, Lannic.

² C.E., 4 févr. 1983, Liffam : *A.J.D.A.* 1983, p. 558.

³ Toutefois, le Conseil d'État admet que les candidats au premier concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des universités des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion puissent se faire assister dans la préparation de leur leçon dite « de 24 heures », alors que les candidats aux autres concours ne peuvent recourir à une telle assistance cf. C.E., 18 oct. 2002, n° 242896, Catsiapis ; *A.J.D.A.* 2002, p. 1353, note P. Cassia ; *J.C.P. A.* 2002, n° 1177, obs. A. Taillefait ; *A.J.D.A.* 2003, p. 39, rép. J. Catsiapis ; *D.A.* 2003, comm. 70, note R.S.

⁴ Voir Partie 2, titre 2, Chapitre 1, section 2, §2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1.

⁵ C.E., 2 mars 1988, J.-F. Blet : *D.A.* 1988, comm. 250. À l'opposé, répartir les candidats à l'admission aux écoles de vétérinaires selon que ceux-ci se présentent pour la première, la deuxième ou la troisième fois ne respecte pas un tel principe (C.E., 19 oct. 2001, n° 209007, Rivière : *D.A.* 2001, comm. 258, note R.S.).

⁶ C.E., 21 déc. 1990, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud et a. et Assoc. des anciens élèves de l'ENA rec.* 1990, p. 378.

classement distinct des autres élèves et de bénéficiaire d'emplois réservés, n'étaient pas contraires à ce principe¹.

55. En conclusion, si l'impartialité domine l'esprit de la sélection des futurs candidats, ce sont des formes différentes de l'exigence d'égalité qui sont mobilisées selon les problèmes juridiques posés à une telle sélection. Si, à l'origine, c'est « l'égalité devant la loi » qui a été privilégiée lors de l'épreuve matérielle du concours², des manifestations de « l'égalité dans la loi » apparaissent dans le déroulement du concours, en particulier face aux membres du jury. Par ailleurs, il existe des manifestations de « l'égalité par la loi », qui vise à compenser les situations de certaines populations en particulier³.

L'exigence d'égalité en matière de concours administratifs vise pour l'essentiel d'assurer l'impartialité dans l'appréciation des mérites et capacités des candidats. Ce souci d'objectivité est également présent au droit applicable aux fonctionnaires durant leurs carrières, mais les réformes récentes de la fonction publique⁴ tendent à individualiser le traitement des fonctionnaires.

B. L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES AGENTS PUBLICS⁵ : DE L'ÉGALITÉ FORMELLE À L'ÉGALITÉ CONCRÈTE ?

56. À la suite de son recrutement, l'agent public peut connaître divers actes qui vont affecter sa carrière. Ces actes peuvent être le fruit d'une sélection par l'autorité administrative, qui peut, par exemple, décider de promouvoir tel fonctionnaire et refuser la même promotion

¹ Y. Gaudemet, La réforme du statut général et la "troisième voie" d'entrée à l'École nationale d'administration : *A.J.D.A.* 1983, p. 312. - La loi du 23 décembre 1986 a abrogé la loi du 19 janvier 1983 et la loi du 2 janvier 1990 a mis en place un « troisième concours » pour l'accès à l'ENA.

² Chacun doit connaître des mêmes conditions matérielles.

³ A propos des politiques de compensations, cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁴ Conseil d'État, *Réflexions sur la fonction publique*, La documentation française, Paris, 2003, p.225 et suivantes ; J.L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La documentation française, Paris, 2008.

⁵ A propos de l'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps, M. Pochard soulignait : « si l'on veut... comprendre le système de fonction publique, il faut savoir que le maître mot qui caractérise son fonctionnement comme la mentalité collective des agents et de leur représentants est celui de l'égalité de traitement », cf. M. Pochard, *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État : rapport au Premier ministre*, 25 septembre 2006, Paris: La Documentation française, 2007.

à un autre. La jurisprudence du Conseil d'État fait preuve d'un grand formalisme en la matière.

De manière classique, la Haute juridiction administrative, comme le Conseil constitutionnel¹, acceptent que des règles différentes soient appliquées entre les corps et les grades de fonctionnaires², mais refusent les distinctions en leur sein³. En effet, le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps est consacré par une jurisprudence ancienne⁴ :

« ... les agents faisant partie d'un même cadre ou d'un même corps ont, en principe, le droit de prétendre à une égalité de traitement faisant obstacle à l'institution de tableaux et de règles d'avancement distincts ».

Ce principe, depuis érigé en principe général du droit⁵, signifie que les membres d'un même corps ou cadre doivent être traités de manière égale non seulement⁶ dans leur carrière⁷,

¹ C.const., 15 juill. 1976, déc. n° 76-67 D.C. : *Rec.* 1976, p. 35 ; *Rec.* 1976, I, p. 39 *J.O.* du 20 juillet 1976, p. 4330 ; C.const., 12 sept. 1984, déc. n° 84-179 D.C. : *Rec.* 1984, I, p. 197 *J.O.* du 14 septembre 1984, p. 2908, ou plus récemment, dans sa décision, « Statut de la magistrature », C. const., du 27 janvier 1994, déc. n° 93-336 D.C., *Rec.* 1994, I, p. 579 *J.O.* du 1er février 1994, p. 1773. Sur l'interprétation du principe d'égalité que cette jurisprudence implique, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

² Notons toutefois qu'il a été institué un principe de parité entre les différentes fonctions publiques, plus particulièrement entre la fonction publique d'État et la fonction publique territoriale. Il impose une équivalence de traitement entre fonctionnaires territoriaux et fonctionnaires d'État qui occupent des fonctions similaires. Un tel principe constitue en cela une limite à la libre administration des collectivités locales. Pour une étude approfondie, voir D. Garreau « Le principe de parité dans la fonction publique territoriale ou la clause du fonctionnaire équivalent le plus favorisé », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Université libre de Bruxelles et Centre interuniversitaire de droit public (Bruxelles), Bruxelles: E. Bruylant, 1972.

³ A condition néanmoins d'être déjà nommés dans le corps, cf. C.E., 29 mai 1963, préfet de police c/ Bonnaure : *A.J.D.A.* 1963, p. 699 ; C.E., 21 nov. 1984, Beyssac, *rec.* 1984, tables, p. 650. La règle générale de l'égalité de traitement ne saurait en effet être invoquée en cas de nomination dans un corps. Pour une critique voir A. Zaraca, « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *A.J.F.P.* 2005, p. 10 ; du même auteur « L'application du principe d'égalité entre fonctionnaire de corps différents, face cachée de la jurisprudence », *A.J.F.P.* 2005, p. 60.

⁴ C.E., 4 juill. 1951, Rochefort et a. *rec.* 1951, p. 390. - C.E., 24 oct. 1951, Fédération syndicale des travailleurs PTT *rec.* 1951, p. 495 ; C.E. Ass. 6 mars 1959, Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances, *rec.* p. 163 ; C.E. Ass., 13 mai 1960, Molina et Guidoux, *rec.* 1960, p. 324.

⁵ C.E., 3 avr. 1957, Milliard et a. *rec.* 1957, p. 232. - C.E., 14 janv. 1991, n° 86891, Mouchoux. - C.E., 28 janv. 2002, Chaumet, *A.J.F.P.* 2002, n° 6, p. 47.

⁶ Cette liste n'est pas limitative, voir par exemple en matière de distinction pour une promotion qui se fonde sur l'ancienneté et les conditions de recrutement cf. C.E., 15 avr. 1983, Ancelin et a., préc.

⁷ Par exemple en matière de mutation C.E., 17 nov. 1963, Synd. nat. ingénieurs des eaux et forêts *rec.* 1963, p. 608 ; C.E., 28 juin 1991, Syndicat national lycées et collèges FO *rec.* 1991, p. 264.

mais également dans leur avancement¹, en matière de mutation², ou encore en matière de traitement³ et de limite d'âge⁴.

Le Conseil constitutionnel a repris le principe d'égalité dans les corps de fonctionnaires⁵ et l'a prolongé par une règle de « transparence des nominations ». Ainsi, par exemple, dans l'avancement des magistrats, la modalité de l'égalité devant la loi oblige-t-elle à publier les emplois vacants et la liste des magistrats présentés pour une inscription au tableau d'avancement⁶. Il convient d'ajouter que l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature⁷ garantit l'égalité de traitement des magistrats⁸, en les protégeant des promotions arbitraires proposées par le pouvoir exécutif. L'égalité est, comme dans les concours, garantie par la procédure elle-même. Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires implique que soient recherchés dans la procédure les moyens d'éliminer les mesures discriminatoires lorsque celles-ci découlent de facteurs subjectifs, par exemple liés à l'origine des personnels ou à la date de leur recrutement.

En dehors des procédures de sélection, les jurisprudences des deux juridictions s'intéressent également au traitement distinct au sein d'un même corps. Elles suivent alors l'égalité dans la généralité : les règles doivent être les mêmes pour tous ceux qui appartiennent au même corps de la fonction publique⁹. Aussi, l'institution des corps de fonctionnaires se définit-elle à l'aune de l'identité des règles statutaires applicables à ses

¹ C.E., 15 avril 1983, Ancelin et a. *rec.* 1983, p. 150 ; C.E. 25 novembre 2006, n°271063, *A.J.D.A.* 2007, p. 158.

² C.E., 17 novembre 1963, Syndicat national des ingénieurs des eaux et forêts *rec.* 1963, p. 608. Dans le même sens en cas d'extinction de corps : les mesures d'option et de reclassement des anciens fonctionnaires dans les autres corps de la fonction publique apparaissent comme étant les modes normaux d'extinction des corps. Le Conseil d'État considère ainsi, que de telles mesures sont susceptibles d'être modifiées au regard des règles régissant le recrutement dans les corps du reclassement, sans qu'elles puissent s'accompagner de discriminations (C.E., 11 oct. 1967, Agniel *rec.* 1967, p. 831).

³ C.E., 31 janv. 2000, Ajolet: *D.A.* 2000, comm. 66, note G. Le Chatellier *rec.* 2000, tables, p. 1067.

⁴ C.E., 22 nov. 1963, Ruffel *rec.* C.E. 1963, p. 567.

⁵ C.const., déc. n° 76-67 D.C., 15 juill. 1976, Statut général des fonctionnaires *J.O.* du 20 juillet 1976, p. 4330.

⁶ C.const., déc. n° 93-336 D.C., 27 janv. 1994 *rec.* 1994, p. 47, *J.O.* du 1er février 1994, p. 1773.

⁷ Depuis la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 et la loi organique n° 94-101 du 5 février 1994 (*J.O.* 8 février 1994)

⁸ Néanmoins une différence est faite entre les magistrats du siège, pour lesquels l'avis du Conseil est un avis conforme, alors que pour les magistrats du parquet l'avis n'est que consultatif.

⁹ Les corps rassemblent les fonctionnaires soumis au même statut particulier et ayant vocation aux mêmes grades (*L. 11 janv. 1984, art. 29, al. 2*).

membres. De même, l'appartenance à un corps entraîne-t-elle l'égalité devant les règles statutaires.

Dans le même temps, le corps est un élément de différenciation de traitement entre fonctionnaires. Le Conseil d'État a ainsi jugé que leur appartenance à des corps différents supposait des carrières distinctes, de sorte qu'ils n'ont pas vocation à bénéficier de droits et avantages similaires¹. Le juge administratif a depuis lors confirmé à de nombreuses reprises sa jurisprudence. Il a considéré qu'« aucune disposition législative et réglementaire ni aucun principe général du droit n'exige que des avantages équivalents soient accordés aux fonctionnaires appartenant à des corps ou cadres différents d'une même administration »². Suivant cette approche formaliste, il est loisible de prévoir des conditions très différentes (de recrutement, de mutation, de traitement,...) entre les corps³.

57. Toutefois, il est apparu dans les deux jurisprudences étudiées dans ce chapitre une nouvelle tendance, empreinte d'une approche plus en termes « d'égalité par la loi ». Si bien qu'elles admettent plus facilement dorénavant des distinctions au sein même des corps et des cadres. La tendance est donc de passer d'une approche « formelle » à une approche « concrète », au plus proche de l'activité réellement exercée par le fonctionnaire. Toutefois, cette tendance ne s'exprime que dans certains domaines⁴.

Ainsi le juge administratif a-t-il reconnu licite des distinctions dès lors qu'elles étaient fondées sur des conditions différentes d'exercice des fonctions. Il a par exemple admis que la durée des services pris en compte pour l'avancement au grade d'ingénieur divisionnaire du contrôle de la navigation aérienne soit différente lorsque les fonctions s'exerçaient dans des conditions différentes⁵. Le juge admet alors une distinction au sein d'un même corps et d'un même cadre. Cette prise en considération des conditions d'exercice des tâches accomplies montre que le juge admet de ne plus se référer aux seuls cadres et emplois définis dans le

¹ C.E., 4 juill. 1951, Rochefort et a. *rec.* 1951, p. 390.

² C.E., 17 janv. 1964, Bigay *rec.* 1964, tables, p. 917 ; A.J.D.A. 1964, p. 387, note V. Silvera. - C.E., 24 mars 1999, Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales, *rec.* 1999, tables, p. 839.

³ Par exemple pour la définition des modalités de nomination dans un statut d'emploi d'agents appartenant à des corps différents cf. C.E., 11 janv. 2002, Union nationale des affaires sociales CGT, *rec.* 2002, p. 2.

⁴ Voir Partie 2, titre 1, Chapitre 2, Section 1.

⁵ C.E. 8 sept. 1997, Syndicat général de la navigation aérienne [CGNA CFTC] : A.J.F.P. 1998, n° 3, p. 15.

statut de la fonction publique. Une telle démarche permet une gestion plus individualisée des fonctionnaires.

Le juge administratif semble vouloir opérer un resserrement du principe d'égalité. L'application de ce principe exige non plus seulement l'appartenance à un corps, mais des conditions de recrutement et de carrière similaires¹. Cette nouvelle orientation provoque certains hésitations et tâtonnements dans la jurisprudence. Depuis une jurisprudence récente², le Conseil d'État admet les distinctions fondées, non plus sur les corps auxquels les fonctionnaires appartiennent, mais sur les emplois qu'ils occupent. La Haute juridiction juge en effet que les « modalités de mise en œuvre du principe d'égalité sont applicables à l'édition de normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois ». Dans cette décision, le juge administratif, contrairement à sa jurisprudence traditionnelle, applique le principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires de corps différents. Traditionnellement, l'Administration peut légalement modifier les modalités de nomination selon les conditions imposées pour l'accès à un corps³. Dans un même sens, le Conseil d'État a admis que le principe de l'égalité de traitement ne s'imposait pas pour la détermination des conditions dans lesquelles un nouveau corps était constitué par voie d'intégration d'agents appartenant à d'autres corps⁴. La nouvelle orientation qui se dessine dans la jurisprudence administrative semble être justifiée uniquement lorsque l'appartenance à un corps ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de traitement. Le Conseil d'État avait précédemment déjà pris, ponctuellement, une telle orientation en certaines matières. En effet, il en va ainsi lorsque les fonctionnaires sont placés dans la même situation juridique ou encore lorsqu'ils sont pourvus des mêmes titres que les agents auxquels ils se comparent⁵.

¹ C.E., 12 juill. 1995, Synd. nat. puéricultrices *rec.*1995, p. 884. - C.E., 13 janv. 1999, Garban et a.; *D.A.* 1999, comm. 78 ; *Cah. fonct. publ.* 1999, n° 178, p. 44.

² C.E., 9 févr. 2005, Syndicat national unitaire indépendant des officiers de police, *rec.* 2005, p. 35 ; *J.C.P. A.* 2005, p. 642-645, note D. Jean-Pierre ; *A.J.D.A.* 2005, p. 1238, note E. Aubin. Il s'agissait du décret n° 2001-48 du 16 janvier 2001 qui pose des conditions d'ancienneté de services différentes entre fonctionnaires civils, policiers et enseignants, n'appartenant pas aux mêmes corps d'emplois pour le bénéfice des avantages de carrière liés à l'exercice des fonctions dans des zones urbaines sensibles.

³ C.E., 29 mai 1963, préfet de police c/ Bonnaure, *préc.*

⁴ C.E., 16 mai 1962, Boyer : *A.J.D.A.* 1962, p. 631. - C.E., 11 oct. 1967, Darpoux, *A.J.D.A.* 1968, p. 303.

⁵ C.E., 20 déc. 1963, Abitbol : *A.J.D.A.* 1964, p. 390.

Une tendance identique se fait jour dans quelques décisions du Conseil Constitutionnel. Ainsi, dans sa décision du 12 septembre 1984¹, la juridiction constitutionnelle devait contrôler la conformité à la Constitution d'une disposition législative prévoyant que le Vice-président du Conseil d'État, le Premier président et le Procureur général de la Cour des comptes pourraient quitter leurs fonctions à l'âge de soixante-huit ans, alors que les autres membres de ces deux institutions devraient impérativement cesser les leurs à l'âge de soixante-cinq ans au plus tard, comme les autres fonctionnaires d'État. Selon les députés, auteurs de l'un des deux recours adressés au Conseil Constitutionnel, cette différence de traitement aboutissait à conférer un « *avantage de carrière* ». Cette faveur apparaît comme choquante. En effet, ceux qui exercent ces fonctions ne sont pas des supérieurs hiérarchiques, bénéficiant d'un grade plus élevé que les autres membres de ces juridictions. Ils ne sont que les « *pimus inter pares* » siégeant dans des instances collégiales. Toutefois, pour le Conseil Constitutionnel, « ... *les fonctions confiées au Vice-président du Conseil d'État, au Premier président et au Procureur général de la Cour des comptes sont différentes de celles exercées par les autres membres de ces deux institutions (...) par suite, la loi a pu, sans porter atteinte au principe d'égalité fixer des limites d'âge spécifiques pour les titulaires de ces fonctions* »². Ce considérant laconique offre au législateur une large possibilité de différencier, car celui-ci aurait parfaitement pu, si l'on en croit l'argumentation du Conseil constitutionnel, instaurer des limites d'âge différentes pour les présidents de section du Conseil d'État, voire de sous-section, ou encore pour les conseillers d'État en service ordinaire.

En somme si les juges se fondent moins sur le corps des fonctionnaires que sur l'emploi (ou la fonction ou encore l'activité occupé), cela permet l'application du principe d'égalité entre des fonctionnaires de corps différents, qui exercent des fonctions similaires. Une telle jurisprudence fait exploser les corps, car elle permet de distinguer en leur sein et casse leur unité. Un tel changement est à rapprocher des réformes de la fonction publique en cours, qui tendent à vouloir mettre fin aux « rigidités » qui découlent de l'existence des corps

¹ C.const. 84-179 D.C. - 12 septembre 1984 - Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public *J.O.* du 14 septembre 1984, p. 2908.

² Considérant 6.

de fonctionnaires¹. Cette nouvelle orientation dans la « gouvernance »² de la fonction publique permet les politiques d'individualisation³. Ce n'est plus donc l'indifférenciation, mais la différence qui est au centre du droit de la fonction publique.

58. Ces évolutions démontrent la malléabilité du principe d'égalité qui, dans un même domaine, peut connaître des manifestations diversifiées. Les juridictions tendent à privilégier un principe d'égalité formelle, sans toutefois empêcher, dans certains cas, l'auteur de la décision de prendre l'initiative de prendre en considération des situations de fait différentes. Ainsi, le détenteur du pouvoir, à condition de satisfaire à un contrôle plus strict, peut même instituer des politiques préférentielles⁴. Les jurisprudences administrative et constitutionnelle relatives au principe d'égalité permettent d'épouser la volonté de l'auteur de l'acte, qui est, soit d'énoncer la norme la plus générale possible, soit au contraire de différencier. Toutefois, malgré la souplesse du principe, il existe certains cas où la différence de situation ne peut justifier la différence de traitement. Le pouvoir peut alors invoquer une raison d'intérêt général.

PARAGRAPHE 2 : LA JUSTIFICATION TIRÉE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL⁵

59. L'intérêt général constitue le second type de justification d'une différence de traitement admis par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel⁶. Alors qu'une telle

¹ « L'égalitarisme » est souvent dénoncé car il rendrait impossible la valorisation des efforts fournis par les agents et la prise en compte de la diversité des affectations, cf. Rapport Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, précité, p. 256 ; dans le même sens F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2005.

² Sur ce concept voir I. Meftah, *La gouvernance et les accords de gestion de l'emploi* et P.-A. Adèle, *La gouvernance des systèmes de santé*, thèses en cours.

³ Le droit positif porte déjà certaines dispositions en ce sens, voir en particulier le décret n°2004-1082 du 13 octobre 2004 relatif à l'indemnité de fonctions et de résultats en faveur de certains personnels des administrations centrales. Dans son article 1^{er} : « Il est institué une indemnité de fonctions et de résultats, destinée à prendre en compte la nature des fonctions exercées et la manière de servir ».

⁴ Voir *supra*.

⁵ A propos de la justification voir, Partie 2, Titre 2 et plus particulièrement Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁶ La référence à l'intérêt général n'apparaît pas dans la première décision du Conseil constitutionnel, cf. D.C. 78-101 (C.const. 78-101 D.C. - 17 janvier 1979 - Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes), mais ce manque sera rapidement corrigé, six mois après cf. D.C. 79-107 (C.const. 79-107 D.C. - 12 juillet 1979 - Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales *J.O.* du 13 juillet 1979).

réserve pourrait être considérée comme applicable à tous les droits et libertés, il est intéressant qu'elle soit explicitée dans la formulation du principe d'égalité. Il convient de noter que peu nombreuses sont les décisions du Conseil constitutionnel directement fondées sur justification d'intérêt général, que ce soit pour valider ou censurer une disposition législative. Les deux juridictions préfèrent fonder leurs décisions sur la différence de situation¹, qui revêt des atours plus objectifs.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la réserve d'intérêt général pourrait faire apparaître le principe d'égalité comme un principe « à *protection constitutionnellement atténuée* »². En effet, un objectif d'intérêt général qui peut résider aussi bien dans une norme constitutionnelle que dans une norme législative autorise la dérogation au principe d'égalité³.

En droit administratif, il découle de la tradition républicaine française et de la jurisprudence du Conseil d'État à propos de l'intérêt général, la considération suivante : « *Défini par le législateur, il inspire la politique du Gouvernement et justifie l'action de l'administration dont il permet le contrôle attentif par le juge administratif* »⁴.

S'il semble impossible de définir positivement l'intérêt général⁵, celui-ci a néanmoins un contenu différent selon le pouvoir contrôlé. La justification admissible n'est pas la même. Ainsi, l'intérêt général mobilisé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (I) diffère de celui dans la jurisprudence du Conseil d'État, en particulier à propos de l'intérêt du service (II).

¹ Voir en ce sens B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, STH, 1988. Confirmé par l'analyse statistique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaboré par F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997 (voir en particulier les annexes).

² Sur cette expression voir L. Favoreu, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamée par la Déclaration de 1789 », in *Conseil constitutionnel, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p.133.

³ Voir en ce sens G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2004.

⁴ Rapport du Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport Public 1999, p.265.

⁵ Voir les ouvrages coordonnés par le CURAPP : J. Chevallier (dir), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, volume 1 et 2, P.U.F., Paris, 1978 et 1979.

I. DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, NORME CONSTITUTIONNELLE¹

60. Le Conseil constitutionnel a pour fonction de contrôler le pouvoir législatif. La loi est l'« *essence de l'État et... ciment de la société* »², elle représente l'expression de la volonté générale et constitue en ce sens la réalisation de l'intérêt général. Néanmoins, la référence à l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel³ pourrait être interprétée comme une démarcation quant aux textes constitutionnels eux-mêmes. En effet, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 fait référence à « *l'utilité commune* »⁴ et non à l'intérêt général. Même si l'on peut considérer que ces deux notions sont pour le moins voisines⁵, le juge constitutionnel ne s'est jamais référé à cet article. Une explication a été avancée par Monsieur Braibant, qui affirme que cet article « *a sans doute été considéré comme trop général et trop vague, et la notion d'utilité commune, qui a seule vocation à justifier les distinctions sociales, a dû apparaître à la fois trop politique et trop incertaine* »⁶. Néanmoins, il demeure difficile de justifier en quoi la notion d'utilité commune serait plus politique et moins vague que celle d'intérêt général. Monsieur Leben⁷ explique, quant à lui, le refus de recourir à cet article pour des raisons stratégiques. La formulation de l'article 1^{er} invite en vérité le juge à exercer un contrôle sur l'appréciation législative de l'intérêt général. En effet, cet article oblige le législateur à justifier les distinctions sociales par l'utilité commune. Si le juge constitutionnel s'était saisi du pouvoir qu'il peut tirer de l'article 1^{er} de la Déclaration, il « *subordonnerait la quasi-totalité de l'activité législative à un contrôle de fond du Conseil constitutionnel qui serait appelé à décider, en dernière instance, du bien-fondé au regard de « l'utilité commune » de n'importe quel choix opéré par le*

¹ Ce titre est une reprise du colloque et de la publication qui en a suivi, cf. B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, 2007, Paris. Voir en particulier les contributions de G. Merland et de D. Simon.

² Rapport Public du Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, préc. p. 263.

³ La première référence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît dans la Décision C.const. du 12 juillet 1979, n°79-107, rec p.31, *Op cit.*

⁴ « ... *Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

⁵ En ce sens F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997 p. 182 ; G. Péliissier, *Le principe d'égalité*, *Op. cit.* p. 45 et F. Luchaire *Le Conseil constitutionnel*, *Op. cit.* p. 121.

⁶ G. Braibant dans « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989, p 99.

⁷ Ch. Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.* 1982, p. 308.

Parlement »¹. Le Conseil a sans doute préféré recourir à la notion d'intérêt général, mobilisée par ailleurs, sans la rattacher à un texte².

Deux difficultés, au moins, se posent quant à la notion d'intérêt général. Tout d'abord, il faut bien convenir qu'elle constitue un standard³, caractérisé par son indétermination. Plus spécifiquement s'agissant du principe d'égalité, il convient de s'interroger sur l'articulation du type de justification assis sur l'intérêt général avec celui de la différence de situation.

61. L'intérêt général est difficilement définissable⁴ en raison notamment de sa relativité et de sa fragmentation⁵. Il constitue en cela un standard du droit⁶. Pour autant, affirmer que l'on ne peut savoir de façon stricte ce qu'est l'intérêt général, n'empêche pas que le détenteur du pouvoir puisse déterminer ce qu'est l'intérêt général, invocation qui lui permet d'ailleurs de légitimer son action. En effet, l'intérêt général constitue l'unique finalité de la puissance publique, laquelle ne peut légitimement vouloir autre chose que sa réalisation et sa

¹ *Ibid*, p. 344.

² Une importante proportion du contentieux constitutionnel relatif à l'intérêt général, dans le cadre du principe d'égalité, concerne la matière fiscale. A ce sujet voir P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Thèse, L.G.D.J., 1969. et B. Castagnède, « Le contrôle de constitutionnel d'égalité fiscale », *L.P.A.* 2001 n°86-87 p.4.

³ La notion de standard désigne « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportement et de situations en termes de normalité, (...). Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas nécessairement l'exclusivité : -Il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ; - Il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ; - il permet une régularisation permanente du système juridique », Voir en ce sens S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Th., s.n, 1978.. Bien que cet auteur s'intéresse pour l'essentiel à la notion d'utilité publique, il considère l'intérêt général comme un standard qui peut être marqué par son caractère particulièrement vague, mais qui se rapproche de la conception exposée de normalité, cf. spéc. S.Rials, *Ibid*. p.107. Pour une critique de la notion de standard en droit du travail, voir F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2000.

⁴ cf. D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse de doctorat, [s.n.], 1975 ; D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977 ; F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986 ; Y. Tanguy, *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, Préf. J.-Cl. Hélin et Y. Parts, L.G.D.J. 1979, p. 223 : « Le fait est que toute démarche exclusivement juridique pour définir la notion d'intérêt général aboutit à une impasse et suscite inmanquablement une impression de vacuité ».

⁵ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004.

⁶ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., tome 135, Paris 1980.

préservation. Dans cette perspective, et fort logiquement, l'intérêt général est capable de justifier nombre des actions menées par la puissance publique, même lorsque celles-ci consistent à introduire des différences de traitement.

S'il n'est pas possible de définir substantiellement l'intérêt général, il est possible de déterminer ce qu'il n'est pas. Le qualificatif « général » tend à faire penser qu'il s'agit d'un intérêt d'une collectivité, par opposition à un intérêt particulier. Traditionnellement, depuis la Révolution française, les intérêts particuliers ne coïncident pas avec l'intérêt général. Ce dernier rejoint donc la conception de l'égalité sur l'exigence que la loi doit être exsangue de tout privilège en faveur de certains individus. Aujourd'hui la distinction entre intérêt général et intérêt particulier n'est plus aussi nette qu'avant¹. Plus précisément, l'intérêt général n'est pas exclusif des intérêts particuliers. Ainsi par exemple, le législateur peut poursuivre une politique d'aide aux entreprises dans un objectif de lutte contre le chômage : l'intérêt particulier de l'entreprise (l'aide au développement de son activité) rejoint ici l'intérêt général (la lutte contre le chômage). Néanmoins, intérêt général et intérêt particulier, sans être exclusifs, ne doivent pas se confondre.

L'intérêt général est une norme de référence. Monsieur Truchet voit en cette notion une norme de mesure, de contrôle et de raison². En tant que norme de mesure, elle permet de justifier *a posteriori* l'atteinte à certains principes fondamentaux, dont le principe d'égalité³. Néanmoins, cette mesure n'est pas l'œuvre du juge. Le juge constitutionnel délègue à l'auteur de la loi la liberté d'apprécier ce qui, selon lui, relève de l'intérêt général⁴. Le Conseil constitutionnel refuse de se doter d'une conception propre de l'intérêt général qu'il pourrait opposer au législateur. Cette prudence est motivée par la volonté de conserver la légitimité du Conseil et celle de préserver la représentation nationale d'une censure qui trouverait son fondement dans une approche subjective de l'intérêt général. Il appartient donc au pouvoir

¹ cf. D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général*, *Op.cit.* et D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général...Op.cit.*

² D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général*, Rapport public du Conseil d'État, p. 361.

³ G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op.cit.*

⁴ C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public, dans laquelle le Conseil affirme en effet : « Considérant que, sans qu'il soit besoin de rappeler que, sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur,... » *J.O.* du 22 juillet 1983, p. 2267.

législatif de définir ce qu'il estime devoir relever de l'intérêt général, notamment en énonçant les motifs de la loi. Ainsi serait-il considérés comme tels par le Conseil constitutionnel.

62. Toutefois, le législateur ne détient pas de pouvoir absolu en la matière. Le Conseil constitutionnel contrôle que l'intérêt général poursuivi est compatible avec les normes constitutionnelles. Ainsi, lorsqu'en 1982¹, le législateur a voulu introduire dans le Code électoral une disposition interdisant les listes comportant plus de 75% de candidats du même sexe aux élections municipales, le Conseil a estimé que malgré l'objectif louable de favoriser l'accès des femmes au monde politique², la disposition en cause était contraire à l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958³. La loi s'est donc heurtée à la non-discrimination sexuelle et n'a pu être justifiée sur le fondement de l'intérêt général. Dès lors que l'intérêt général ne porte pas atteinte à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle, le législateur est libre de l'apprécier. Dans le cas contraire, la compétence revient au constituant.

Le pouvoir d'appréciation du législateur est également limité lorsque l'intérêt général est exprimé dans une norme constitutionnelle⁴. Dans ce cas, la liberté du législateur d'apprécier l'intérêt général est mise en échec. Les objectifs à valeur constitutionnelle, sans être des principes⁵, constituent des objectifs dont le résultat s'impose aux pouvoirs législatif et exécutif. Ces derniers, bien qu'ils conservent une liberté quant aux moyens pour atteindre de tels objectifs, voient leur action déterminée par la Constitution elle-même. Le juge constitutionnel veille à ce que le législateur respecte les principes et objectifs de valeur

¹ C.const. 82-146 D.C. - 18 novembre 1982 - Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales *J.O.* du 19 novembre 1982, p. 3475, rectificatif *J.O.* du 20 novembre 1982. Dans le même sens, cf. C.const. 98-407 D.C. - 14 janvier 1999 - Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux *J.O.* du 20 janvier 1999, p. 1028. Ce qui poussera le pouvoir constituant à inscrire la parité dans la Constitution elle-même.

² C.const. 98-407 D.C. - 14 janvier 1999, précité.

³ « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

⁴ Voir par exemple la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent cf. C.const. 94-359 D.C. - 19 janvier 1995 - Loi relative à la diversité de l'habitat. ; Ou de renforcer la lutte contre le terrorisme cf. C.const. 96-377 D.C. - 16 juillet 1996 - Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire *J.O.* du 23 juillet 1996, p. 11108.

⁵ Au sens où le Conseil constitutionnel les reconnaît et les applique, tel le principe d'égalité.

constitutionnelle¹. Ces objectifs peuvent permettre au législateur de limiter des droits fondamentaux, mais dans le même temps, il ne peut les méconnaître et faire obstacle à leur réalisation.

63. La justification² fondée sur l'intérêt général impose au législateur de formuler les objectifs poursuivis à l'appui de son dispositif³. Ainsi, les finalités poursuivies identifiées par le Conseil sont qualifiées d'intérêt général. La juridiction se garde ainsi d'accuser la représentation nationale d'avoir poursuivi un but autre que l'intérêt général. Une telle démarche suppose donc que le juge constitutionnel s'interdise toute préconception de ce que peut recouvrir la notion d'intérêt général.

Cependant, dans quelques décisions isolées, le Conseil constitutionnel semble avoir formulé une approche propre de l'intérêt général. Ainsi, dans sa décision du 29 décembre 2005⁴, le Conseil se réfère à un « *intérêt général véritable* ». L'adjectif « véritable » suppose une appréciation substantielle de l'objectif avancé : pour pouvoir affirmer que la finalité poursuivie constitue bien un motif d'intérêt général véritable, il est nécessaire au préalable d'avoir une conception de cette « vérité » de l'intérêt général. Une telle décision pourrait marquer un tournant et engagerait le Conseil dans un travail ardu de détermination conceptuelle de l'intérêt général⁵. Néanmoins, cette décision doit être relativisée, car le Conseil revient quelques lignes plus loin à sa jurisprudence classique et fait référence à un « *intérêt général suffisant* », qui suppose, non pas tant une appréciation de la substance de l'intérêt général, mais de la proportionnalité des moyens aux fins.

¹ Par exemple l'examen sur le fond effectué par le Conseil à propos du droit d'obtenir un emploi C.const. 2001-453 D.C. - 18 décembre 2001 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 *J.O.* du 26 décembre 2001, p. 20582. Pour un exemple de censure en matière de logement décent cf. C.const. 95-371 D.C. - 29 décembre 1995 - Loi de finances rectificative pour 1995 *J.O.* du 31 décembre 1995, p. 19108.

² Sur la notion de justification, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

³ Par exemple à propos d'une différence de traitement en faveur des entreprises auparavant établies en dehors de l'U.E. qui se domiciliaient de nouveau en France est justifié par l'objectif de « *rapatriement d'emplois, d'investissements précédemment transférés hors de France, afin d'en faire profiter l'économie nationale et de lutter contre le chômage* », cf. C.const. 2004-511 D.C. - 29 décembre 2004 - Loi de finances pour 2005, considérant 12, *J.O.* du 31 décembre 2004, p. 22571.

⁴ C.const. 2005-530 D.C. - 29 décembre 2005 - Loi de finances pour 2006 (à propos de la complexité de la loi, une disposition fiscale, qui peut être admise que si motif d'intérêt général).

⁵ G. Merland, « Le contrôle par le Conseil constitutionnel de l'intérêt général poursuivi par le législateur », in B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, précité.

En matière d'exigence d'égalité dans la fonction publique, une décision a amené également les auteurs à penser que le Conseil, contrairement à son habitude, se reconnaissait le pouvoir d'apprécier le caractère d'intérêt général. Ainsi, après avoir reconnu que la différence de situation invoquée ne justifiait pas la différence de traitement, le juge constitutionnel a estimé utile d'ajouter : « *qu'au surplus, ces distinctions entre agents publics relevant d'un même statut quant au mode de nomination et à la durée éventuelle des fonctions, ne sont pas justifiées par des motifs d'intérêt général* »¹. Le Conseil se reconnaît alors le pouvoir d'apprécier ce qu'est une justification qui relève de l'intérêt général et ce qui ne l'est pas, démarche qui tranche avec sa jurisprudence habituelle². Mais cette décision pourrait être interprétée différemment. En effet, il s'avère que la différence en cause³ n'a, à aucun moment, été justifiée par la poursuite d'un quelconque objectif, si bien que le Conseil sanctionne le législateur non pas tant sur le fondement d'un intérêt général que le juge aurait lui-même prédéterminé, que pour ne pas s'être expliqué et avoir motivé l'établissement d'une telle différence. Le Conseil sanctionne l'incompétence négative du législateur. Une telle interprétation s'inscrit alors dans la jurisprudence constitutionnelle propre à l'intérêt général⁴. Dans cette perspective, il n'y aurait pas d'autonomie de régime de l'intérêt général dans le cadre du principe d'égalité.

Si l'objectif poursuivi par le législateur est « *présupposé d'intérêt général* »⁵, encore faut-il qu'il se fonde sur un motif qui puisse être le support d'une telle qualification.

64. Le flou et la disponibilité offerte au législateur de la notion d'intérêt général explique certainement, pour une grande part la réticence du Conseil soit à censurer le législateur, soit à valider une disposition qui distingue là où les situations ne justifient pas une différence de

¹ C.const. 91-297 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant réforme hospitalière, Loi portant réforme hospitalière (Journal officiel du 2 août 1991, p. 10310), considérant 14.

² cf. D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1990-1991 », *R.D.P.* 1992, p.109 et C. Boutin, *L.P.A.* 24 janvier 1992, n°11, p.11. Cette décision serait d'autant plus remarquable que le Conseil passe du registre de la compatibilité à celui plus exigeant de la justification cf. Th. Renoux, *R.F.D.C.* 1991, p.721.

³ A savoir la différence des modes de nomination entre les chefs de service et les chefs de département.

⁴ Voir par exemple, à propos du droit de propriété, cf. C.const. 2000-434 D.C. - 20 juillet 2000 - Loi relative à la chasse, en particulier le considérant 31 : « *la faculté ouverte à l'autorité administrative de choisir une autre période hebdomadaire de vingt-quatre heures "au regard des circonstances locales", sans que ni les termes de la disposition critiquée, ni les débats parlementaires ne précisent les motifs d'intérêt général justifiant une telle prohibition, est de nature à porter au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution* ». *J.O.* du 27 juillet 2000, p. 11550.

⁵ B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.*, 1995, n°51, p.4.

traitement. Il est vrai que cette notion apparaît comme trop subjective, alors que l'argument qui repose sur une différence de situation est de prime abord plus objectif¹. C'est pourquoi la justification de l'intérêt général est un critère alternatif², voire subsidiaire.

65. Tout d'abord, il est, généralement, une justification alternative et non cumulative. Le principe d'égalité commande en effet que la différence de traitement soit justifiée ou bien par une différence de situation ou bien par un motif d'intérêt général.

L'examen par le Conseil constitutionnel de la justification de la différence de traitement peut comporter deux étapes. Dans un premier temps, il vérifie si une différence de situation existe. Si tel n'est pas le cas, et dans ce cas seulement, il poursuit dans un second temps par la recherche d'une raison d'intérêt général. Ce caractère secondaire du motif d'intérêt général est illustré dans une décision du 29 juillet 1991³, dans laquelle le juge constitutionnel avait été appelé par les requérants parlementaires à contrôler la validité d'une disposition législative instaurant une différence de traitement entre chefs de service et chefs de départements hospitaliers. Concrètement, la mesure en question prévoyait, d'une part, que les chefs de service devraient être nommés par le ministre de la santé et que la cessation de leurs fonctions pourrait être écourtée dans l'« *intérêt du service* » ; alors que, d'autre part, les chefs de département, quant à eux, seraient désignés pour une durée de cinq ans par le conseil d'administration de l'hôpital sans que soient précisées d'éventuelles causes d'interruption anticipées de leur fonctions. Pour les sénateurs, auteurs de la saisine, cette disposition, visant à modifier l'article L.714-21 du Code de la santé publique, méconnaissait tant le principe d'égalité de traitement des praticiens hospitaliers dans le déroulement de leur carrière que le principe de leur égal accès aux emplois publics. Faisant droit à cette requête, le Conseil constitutionnel a jugé, au terme de sa démonstration, qu'il n'existait pas de véritables différences de situation entre les services et les départements hospitaliers puisque l'une et l'autre de ces entités correspondent en fait à des regroupements « *d'unités fonctionnelles de*

¹ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2.

² Contra E. Ayoub, préface de Y. Gaudemet *La fonction publique en vingt principes*, Editions Frison-Roche, 2ème éd., Paris, 1998, chapitre 10, qui voit dans la spécificité de la situation et le besoin du service public deux critères associés pour apprécier la légitimité de la discrimination.

³ C.const. 91-297 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant réforme hospitalière, *rec.* 1991, I, p. 46, *J.O.* du 2 août 1991, p. 10310.

même discipline ». Ce n'est donc qu'après avoir procédé à cette constatation de l'absence de différence de situation que la juridiction constitutionnelle a ajouté qu'« ... *au surplus, ces distinctions entre agents publics relevant d'un même statut quant au mode de nomination et à la durée éventuelle des fonctions ne sont pas justifiées par des motifs d'intérêt général* »¹. Il apparaît donc clairement de cette décision exemplaire que le Conseil ne recourt à la notion d'intérêt général que dans l'hypothèse où les situations ne sont pas différentes mais essentiellement semblables.

Ce caractère alternatif² apparaît très clairement lorsque le Conseil constitutionnel établit que la « *différence de situation suffit à elle seule, pour justifier la différence de régime appliquée par la loi* »³. Et, de manière plus nette encore, à propos du régime dérogatoire en faveur des représentants des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance, le juge affirme, après avoir admis la différence de situation de ces représentants, qu'« *il n'y a donc pas lieu de rechercher si l'intérêt général pourrait justifier une atteinte au principe d'égalité* »⁴. Ce caractère subsidiaire peut apparaître dans certaines décisions comme cumulatif⁵ mais, dans ces cas, l'argument de l'intérêt général est en fait surabondant⁶ et il permet au juge d'insister sur la justification de la distinction renforçant un peu plus la légitimité.

Le caractère secondaire s'exprime également dans la rareté des décisions où la différence de traitement ne trouve de justification que sur le seul fondement de l'intérêt

¹ Considérant 14.

² Le caractère alternatif de la justification fondée sur la différence de situation ou sur celui de l'intérêt général n'est pas systématiquement rappelé, ce que les auteurs justifient par un souci d'économie d'écriture ou de plume.

³ Voir par exemple D.C. 79-112 C.const. 79-112 D.C. - 09 janvier 1980 - Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale, *J.O.* du 11 janvier 1980, p. 85, comm.L. Hamon, *D.* 1980, J., p.420.

⁴ C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public, *J.O.* du 22 juillet 1983, p. 2267.

⁵ En ce sens, G. Braibant, *Op cit.* p. 106, qui se fonde sur la Décision C.const. 89-266 D.C. - 09 janvier 1990 - Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France: « *Considérant qu'eu égard tant à la situation particulière dans laquelle se trouvent les étrangers tombant sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière qu'aux raisons d'intérêt général poursuivies par le législateur et qui sont en rapport avec l'objet de l'article 1er de la loi, les règles spécifiques instituées par ce texte ne portent pas atteinte au principe d'égalité* » (Considérant 8) *J.O.* du 11 janvier 1990, p. 464.

⁶ Qui ressort bien dans la décision : C.const.87-232 D.C. - 07 janvier 1988 - Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole : « *qu'au surplus, le législateur a pu tenir compte de l'intérêt général* », (Considérant 13) *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482.

général. Il en a été ainsi par exemple, à propos d'une nouvelle législation sur les plans d'épargne retraite¹, qui prévoyait plusieurs différences de traitement entre les salariés, selon que leur entreprise existe à la date d'entrée en vigueur de la promulgation de la loi et celle parmi les Français selon qu'ils résident ou non sur le territoire français. Cette première différence est justifiée « *par des considérations d'intérêt général tirées de la prise en compte des conditions de l'entrée en vigueur progressive de la loi* »² et la seconde « *a entendu favoriser la constitution d'une épargne retraite par les citoyens français résidant hors de France, quelle que soit leur situation professionnelle, afin d'encourager la mobilité géographique et d'assurer une meilleure protection sociale des Français travaillant à l'étranger ; que l'article 2 répond dès lors à un but d'intérêt général* »³.

66. Par ailleurs, la réserve d'intérêt général⁴ : s'il arrive qu'une différence de traitement ne soit justifiée ni par une différence de situation ni par un motif d'intérêt général⁵, le Conseil se borne à constater que la différence de traitement n'est pas fondée sur une différence de situation et elle est de ce seul fait injustifiée⁶ ; sans se poser la question de l'existence d'un motif d'intérêt général⁷.

¹ C.const. 97-388 D.C. - 20 mars 1997 - Loi créant les plans d'épargne retraite, *J.O.* du 26 mars 1997, p. 4661.

² Considérant 32.

³ Considérant 34.

⁴ A l'exception du principe d'égalité devant le suffrage, cf. G. Merland et D. Rousseau, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Op cit.* p. 176.

⁵ Par exemple C.const. 81-132 D.C. - 16 janvier 1982 - Loi de nationalisation *J.O.* du 17 janvier 1982, p. 299 ; C.const. 91-297 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant réforme hospitalière *J.O.* du 2 août 1991, p. 10310 ; C.const. 91-302 D.C. - 30 décembre 1991 - Loi de finances pour 1992 *J.O.* du 31 décembre 1991, p. 17434 ; C.const. 92-316 D.C. - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques *J.O.* du 22 janvier 1993, p. 1118 ; C.const. 94-348 D.C. - 03 août 1994 - Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes *J.O.* du 6 août 1994, p. 11482 ; C.const. 2000-441 D.C. - 28 décembre 2000 - Loi de finances rectificative pour 2000, *J.O.* du 31 décembre 2000, p. 21204.

⁶ Voir C.const. 96-385 D.C. - 30 décembre 1996 - Loi de finances pour 1997 *J.O.* du 31 décembre 1996, p. 19557 et C.const. 2000-435 D.C. - 07 décembre 2000 - Loi d'orientation pour l'outre-mer *J.O.* du 14 décembre 2000, p. 19830.

⁷ Certains auteurs en sont même venus à douter de l'effectivité du critère de l'intérêt général, réduit à un argument surabondant, cf. C.const. 91-297 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant réforme hospitalière, *J.O.* du 2 août 1991, p. 10310 ; voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnel 1990-1991 », *R.D.P.* 1992, p.109 ; voir également C.const. 87-232 D.C. - 07 janvier 1988 - Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482.

L'intérêt général est une « *notion-balai* »¹. La réserve d'intérêt général intervient toujours en second². Ainsi, dans sa démarche, le Conseil s'intéresse tout d'abord à la différence de situation et, dans les hypothèses où il n'en existe pas d'objective, il considère « *par ailleurs* »³ ou « *en outre* »⁴ qu'aucun motif n'est de nature à justifier la distinction. En définitive l'intérêt général est « *un argument de dernière chance, une « bouée de sauvetage » lancée au législateur lorsqu'il s'avère qu'il n'existe pas de différence de situation pouvant justifier les distinctions qu'il souhaitait créer* »⁵.

67. L'obligation faite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel au législateur de préciser les motifs, qui pourront par la suite être qualifiés d'intérêt général, a une grande portée pour l'administration. Ce sont ces mêmes motifs qui justifient la compétence de cette dernière et qui doivent fonder son action. L'intérêt général apparaît alors comme le fondement du droit administratif, sans être toutefois son critère unique de définition⁶. L'action de l'administration poursuit l'intérêt général et suit les évolutions de cette notion, qui apporte une garantie légale censée éliminer tout risque de pouvoir arbitraire de l'autorité administrative dans l'exercice de sa compétence⁷.

¹ D. Loschak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, éd. STH 1990, p.104

² Voir P.-E. Spitz, « A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°96-377 D.C. du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *R.F.D.A.* 1997, p.538 ; C.const. 96-377 D.C. - 16 juillet 1996 - Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.* du 23 juillet 1996, p. 11108.

³ C.const. 91-302 D.C. - 30 décembre 1991 - Loi de finances pour 1992, *J.O.* du 31 décembre 1991, p. 17434.

⁴ C.const. 92-316 D.C. - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *J.O.* du 22 janvier 1993, p. 1118.

⁵ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit*, p.189.

⁶ A propos de la définition du droit administratif et la critique des crises qui le traversent, voir « Quelle crise pour le droit administratif ? », L. Frachon, intervention au cours du colloque « *Crise et droit* », université Paris-Ouest Nanterre le 26 mai 2009, publié sur le site : <http://www.unitedudroit.org>.

⁷ Voir en ce sens G. Merland et D. Rousseau, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* *Op cit*. p. 117. Toutefois, compte tenu de la plasticité de la notion de l'intérêt général, nécessaire pour s'adapter aux évolutions de l'action publique, est-elle à même de contenir l'arbitraire dans l'action d l'administration ?

II. L'INTÉRÊT DU SERVICE : UNE EXPRESSION SPÉCIFIQUE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

68. Dès lors que le Conseil constitutionnel qualifie un objectif du législateur d'intérêt général, celui-ci devient le cadre de l'action de l'administration qui a la charge d'appliquer la loi. L'administration est enserrée dans le cadre des lois. Il revient alors au Conseil d'État le soin de faire respecter cet intérêt général¹. Si le Conseil constitutionnel veille aux domaines de compétence respectifs des pouvoirs législatif et exécutif, cela implique également que l'intérêt général, qui légitime et limite ces deux pouvoirs, varie selon le pouvoirs considéré². Si l'intérêt général en droit administratif ne doit pas être confondu avec l'intérêt général constitutionnel, il n'en présente pas moins les mêmes caractéristiques.

69. L'intérêt général est souvent présenté comme « *l'épine dorsale* »³, « *l'âme* »⁴ du droit public. Il est devenu la « *substance nourricière de l'administration* »⁵. Il apparaît à la base de divers concepts fondamentaux du droit administratif, tels que le service public⁶, le domaine public⁷ et irradie l'ensemble du droit public¹. La notion d'intérêt général est considérée par beaucoup comme la « *notion-mère du droit administratif* »².

¹ Le Conseil constitutionnel condamne l'octroi par le législateur d'un pouvoir arbitraire à d'autres autorités, ainsi par exemple pour le Président du Tribunal de grande instance dans ses décisions non juridictionnelles, cf. C.const. 75-56 D.C. - 23 juillet 1975 - Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, *J.O.* du 24 juillet 1975, p. 7533, ou contre le pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration cf. C.const. 85-189 D.C. - 17 juillet 1985 - Loi relative à la définition et à la mise en oeuvre de principes d'aménagement *J.O.* du 19 juillet 1985, p. 8200. Mais cet octroi de pouvoir n'est plus arbitraire dès lors que des garanties existent, notamment procédurales cf. C.const. 85-198 D.C. - 13 décembre 1985 - Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle *J.O.* du 14 décembre 1985, p. 14574, ou de contrôle du juge cf. C.const. 85-189 D.C. - 17 juillet 1985, *J.O.* du 19 juillet 1985, p. 8200.

² Par exemple le Conseil constitutionnel dans C.const. 86-207 D.C. - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social a affirmé à propos d'une politique de l'emploi qui ouvrait la possibilité de différences de traitement entre les emplois des jeunes travailleurs et des travailleurs plus âgés, a affirmé qu'elle devait répondre à « *une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier* » *J.O.* du 27 juin 1986, p. 7978.

³ Rapport public du Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, *Op cit.*, p. 277.

⁴ J. Rivero, « Droit public et droit privé : conquête, ou statu quo ? », *D.* 1947, Chr., p. 69.

⁵ M.-P. Deswarte, « Intérêt général, bien commun », *R.D.P.* 1988, p. 1289.

⁶ Le service public encadre une activité d'intérêt général. Le juge administratif comme le juge judiciaire (voir par exemple Cass. 1^{ère} civ. 19 avril 1977, *D.* 1979, p. 197, J.-Y. Plouvin, qui évoque le service public en le qualifiant « d'activité d'intérêt général ») établissent un lien entre le service public et l'intérêt général.

⁷ Sur ce point voir D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, Paris, L.G.D.J. 1977, p. 74.

Néanmoins, dans la définition jurisprudentielle du principe d'égalité, l'intérêt général conserve son caractère subsidiaire :

« *L'existence de différences de situations ou la présence d'un intérêt général justifient alternativement la rupture de l'égalité ... ; si la première est de nature à autoriser une discrimination, il est inutile de rechercher si la seconde justification existe. C'est pourquoi, dans bien des cas, aucune référence n'est faite à l'intérêt général* »³.

La notion d'intérêt général a dans un premier temps été un instrument de limitation du pouvoir de l'administration. Ainsi, au cours de la période révolutionnaire, la volonté de lutter contre l'absolutisme monarchique et, plus particulièrement, contre l'administration du roi a permis l'émergence de cette notion « ... *comme la notion-clé pour établir ce principe de limitation* »⁴. L'administration a dans cette perspective pour mission de poursuivre les orientations fixées par le législateur⁵, dans le respect de l'intérêt général.

Cependant, dans la jurisprudence administrative, la fonction de l'intérêt général de limite au pouvoir discrétionnaire de l'administration⁶ est devenue, à titre principal, une « *condition positive de la légalité de l'action administrative* »⁷. L'intérêt général est aujourd'hui pour l'administration moins une notion limitative qu'incitative. Sa fonction est moins d'empêcher l'administration d'agir que de lui permettre d'intervenir, notamment dans le domaine des droits et libertés, qui peuvent être limités au nom de l'intérêt général et

¹ Ainsi par exemple pour les actes unilatéraux (cf. notamment J. P. Markus, « Sursis à exécution et intérêt général », *A.J.D.A.* 1996, doctr., p. 251), concernant les contrats administratifs (cf. le pouvoir exorbitant de l'administration cf. C.E. 21 mars 1910, *Cie générale des tramways*, *rec.* p. 216) et en matière de responsabilité publique (cf. certains cas de responsabilité sans faute de l'État sont justifiés directement par l'intérêt général cf. M. Deguegue, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *A.J.D.A.* 1995, n° spécial, p. 211.

² cf. M. Waline, *Juris-classeur administratif* 1952, p. 9. Certains y ont même vu le critère de compétence du juge administratif, voir par exemple Arnault de Praneuf, *Traité de la juridiction administrative*, 1868, p. 43 ; Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, 2ème édition, 1818, p. 309 ; position aujourd'hui abandonnée.

³ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *Op cit.*

⁴ J. Chevallier, « L'intérêt général dans l'administration française », *R.I.S.A.* 1975, p.329.

⁵ « *L'administration n'est que le bras séculier de la Nation, chargé de traduire ses intentions en actes concrets et de les faire accéder au réel en la matérialisant* », cf. J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2ème éd. 1994, p.540.

⁶ Par exemple l'arrêt *Outin*, C.E. 25 mai 1811, *rec.* p. 276, dans lequel le Conseil d'État annule une décision préfectorale à propos d'un vannage, prise que pour trancher un litige entre particuliers.

⁷ G.Vedel, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, La documentation française*, 1990, p. 171 et suivantes, voir spécialement p. 175.

permettre l'action de l'administration¹. La fonction de l'intérêt général au sein du principe d'égalité n'est pas exactement du même ordre.

70. Dans le cadre de l'application du principe d'égalité, le Conseil d'État utilise couramment, depuis le début des années 1950², la notion d'intérêt général pour contrôler les différences de traitement³. La différence de traitement doit reposer sur le fondement d'un intérêt général « suffisant »⁴.

L'intérêt général a également un caractère subsidiaire dans les justifications des dérogations au principe d'égalité, en droit administratif. A titre d'illustration, en droit de la fonction publique, le Conseil d'État a jugé qu'il pouvait être légalement dérogé au principe de l'égalité de traitement en organisant au profit des agents d'un corps déterminé l'accès par promotion interne⁵, à un corps de niveau hiérarchique supérieur au sein d'une même administration, lorsque l'intérêt du service dans le corps de niveau hiérarchique l'exigeait⁶.

Par ailleurs, l'intérêt général invoqué par l'administration est contingent du service en cause⁷. Il est moins abstrait et surtout sa détermination n'est pas entièrement dévolue au pouvoir normatif, contrairement à l'intérêt général législatif ou constitutionnel. Ainsi, dans

¹ Voir par exemple en matière d'expropriation, qui constitue un espace de dialogue entre juge administratif et juge judiciaire, cf. S. Gilbert, *Le juge judiciaire gardien de la propriété privée immobilière. Etude de droit administratif*, Thèse Nantes, 2006.

² cf. C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *rec.*, p. 151. Voir G. Péliissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse, Paris, dact., 1995. Néanmoins, la notion d'intérêt général est déjà apparue dans des arrêts antérieurs, voir par exemple C.E., ass., 1^{er} avr. 1938, Sté l'alcool dénaturé de Coubert, *préc. supra*, n° 7.

³ Le caractère alternatif de la justification fondée sur l'intérêt général ressort clairement de l'expression employée dans l'arrêt de principe Denoyez et Chorques, *précité*, cf. l'emploi du terme « soit ».

⁴ C.E. Ass. 18 juillet 1973, Ville de Limoges, *rec.* p. 530 ; C.E. sect. 16 décembre 1994, Polyclinique des Minguettes, *R.D.S.S.* 1995, p. 288, concl. De C. Vigouroux.

⁵ Il s'agissait d'un corps de fonctionnaires qui comptait, après la fusion de deux anciens corps, deux spécialités (spécialité « urbanisme-aménagement » et « patrimoine architectural urbain et paysager »), dont la promotion interne n'était réservé qu'à l'une d'elle. Le Conseil d'État ne tire pas argument de l'existence de ces deux spécialités pour justifier la différence de traitement, bien qu'elle y insiste, pour ne retenir que l'argument de l'intérêt de service invoqué par le gouvernement.

⁶ C.E. 10 janv. 2001, Syndicat national des administratifs et techniciens de l'environnement, de l'architecture et de l'urbanisme [NATEAU-FEN] ; *rec.* 2001, tables, p. 1005.

⁷ Ainsi dans l'arrêt C.E. 2 mars 1988, req. n°61534, le Conseil d'État en reprenant le diptyque classique des fondements possibles d'une dérogation au principe d'égalité énonce « *les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires [peuvent être] différenciées pour tenir compte tant de la variété des situations que de celle des besoins des services publics* », cette dernière expression vient en lieu et place de l'intérêt général et montre qu'il convient de s'attacher au service en cause.

une décision qui portait sur la création d'un nouveau corps de la fonction publique dont l'intégration était soumise à des conditions d'ancienneté, le Conseil d'État a mis en évidence son approche *in concreto*. Il a estimé ces conditions valables au regard des « *circonstances exceptionnelles et transitoires afférentes à la constitution du nouveau corps, comme justifiée par l'intérêt du service* »¹. En vérité, le contrôle de la justification de l'intérêt général se rapproche du contrôle du détournement de pouvoir. La Haute juridiction fait référence aux « *circonstances exceptionnelles* ». Cette expression marque la particularité de la situation du service et la démarche restrictive des juges dans l'admission d'une justification fondée sur l'intérêt du service.

Néanmoins, le Conseil d'État répond également à un souci pragmatique : conférer à l'administration une certaine marge d'appréciation. La juridiction administrative entend laisser à l'administration le choix des moyens de son action. Celle-ci n'est pas cantonnée aux seules obligations. L'administration peut créer des avantages, dont l'objet est l'incitation². Par exemple, il a jugé qu'en instaurant une bonification d'ancienneté pour l'avancement d'échelon³ en faveur des anciens présidents d'université, le gouvernement n'avait pas méconnu le principe d'égalité de traitement entre les agents d'un même corps⁴, car l'intérêt général s'attache à ce que soient encouragées les candidatures à ces fonctions⁵.

La réserve d'intérêt général en droit administratif repose sur l'idée que le principe d'égalité ne doit pas paralyser une évolution du service public conforme à sa finalité et à sa

¹ C.E., 14 déc. 1979, Neumeier : *rec.* 1979, p. 470.

² Sur la notion d'incitation, voir S. Leroy, *Le droit et l'incitation : les leçons de la protection sociale*, Thèse en cours.

³ Avancement d'une durée égale à 60 % de la durée effective d'un seul mandat au bénéfice des maîtres de conférences et professeurs d'université ayant exercé des responsabilités de président ou de directeur d'établissement public d'enseignement supérieur pendant au moins trois ans.

⁴ Compte tenu tant des responsabilités et sujétions administratives liées aux fonctions de chef d'établissement.

⁵ C.E., 17 déc. 2003, Synd. autonome personnel enseignant sciences juridiques, politiques, économiques et gestion des universités *rec.* C.E. 2003, tables, p. 827. De même dans l'arrêt C.E. syndicat départemental C.F.D.T. de la D.D.E. du Gard, 2001, dans lequel était contestée la modulation territoriale d'une prime, qui visait à rendre certains départements plus attractifs, ne fait plus référence aux circonstances exceptionnelles mais à l'intérêt général qui consiste ici « à ce que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service ». Toutefois, la condition de circonstances exceptionnelles est réapparue dans l'arrêt C.E. ass., 28 juin 2002, Chaumet, *D.A.* 2002, n° 145, qui semble bien plus restrictif que la simple référence à un intérêt général.

raison d'être. Le principe général d'égalité doit en conséquence « *s'adapter à la plasticité du service public dans le cadre du donné social* »¹.

71. En conclusion, le contrôle qui découle du principe d'égalité semble sous-tendu par deux idées. Tout d'abord, les deux juridictions entendent ce principe comme celui qui vise la plus grande généralité, si bien que seules les différences déclenchent le contrôle sur le fondement du principe d'égalité. Ensuite, les juges semblent soucieux de ménager leurs offices, afin de ne pas entraver par trop l'action du Parlement ou de l'Administration. Si les deux jurisprudences offrent une certaine souplesse à l'auteur de l'acte juridique, notamment grâce à la justification de l'intérêt général, le contrôle n'en est pas moins réel. Il se fonde sur l'adéquation de la distinction opérée avec l'objet de la norme.

SECTION 2 : LA PRÉPONDÉRANCE DE L'OBJET DE LA NORME

72. Le contrôle du respect du principe d'égalité, par le Conseil constitutionnel comme par le Conseil d'État, se fait à l'aune de l'objet de la norme². Celui-ci permet de déterminer aussi bien le critère pertinent de comparaison des situations que le respect de l'intérêt général (§1). La référence à l'objet de la norme n'est pas hermétique au but poursuivi par l'auteur, ce qui laisse à ce dernier une grande marge d'appréciation. En particulier en matière économique et sociale, les exigences de l'État providence commande la possibilité de distinguer entre les différentes situations (§2).

¹ V. R. Savatier, note sous C.E., ass., 19 févr. 1960, Chambre syndicale des médecins de la Seine, *J.C.P.* 1960. II. 11550.

² A notre sens objet et but doivent être distingués. En effet, le but renvoie aux motifs de l'auteur de la norme, ce qui dans le cas d'assemblée délibérante rend la tâche complexe, en raison de la pluralité des votants. En outre, ces raisons restent souvent des considérations « en dehors du droit ». L'objet au contraire permet de prendre en considération ce que l'auteur de la norme entend faire de celle-ci en tant qu'instrument. Sur cette question, voir Partie 2, Titre 1, chapitre 2, Section 2.

PARAGRAPHE 1 : LA JUSTIFICATION DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT

73. Le principe d'égalité participe de l'État de droit¹ qui permet un contrôle minimal des pouvoirs en cause (I). Il impose une certaine relation entre les situations juridiques, un souci d'assurer un certain équilibre entre les situations traitées lors de l'édition de normes ; il légitime le contrôle juridictionnel de cette relation². Les deux juridictions ont donc été amenées à définir la méthodologie de la comparaison propre au principe d'égalité (II).

I. UN CONTRÔLE DES POUVOIRS PUBLICS

74. Sous l'apparence d'une détermination commune de ce qu'autorise le principe d'égalité, l'intensité du contrôle exercé par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel n'est pas nécessairement la même, car chacune de ces juridictions ne contrôlent pas les mêmes pouvoirs. D'un point de vue fonctionnel, pouvoirs législatif et exécutif ne peuvent être confondus³.

75. Néanmoins, dans les deux cas, il s'agit de contrôler l'exercice de ce pouvoir au travers d'un acte (législatif ou réglementaire), qui en est l'expression. Les deux juridictions se refusent de déterminer et de définir le droit applicable à une situation particulière ou exceptionnelle. La distinction doit apparaître directement ou indirectement dans l'acte lui-même. La rupture d'égalité ne peut naître d'une différence de traitement dégagée de la succession d'actes individuels⁴, et ce, d'autant plus si certains d'entre eux ont été jugés

¹ L'État de droit est caractérisé par la volonté d'éliminer l'arbitraire des gouvernants. Il suppose la séparation des pouvoirs, la proclamation des libertés et des droits, ... Dans cette perspective, la garantie des droits fondamentaux emporte la construction d'un ordre juridique hiérarchisé. Le principe d'égalité constitue l'un des piliers les plus solides de l'État de droit, car il encadre le pouvoir tout en étant un droit fondamental des citoyens. Sur le concept d'État de droit, voir J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992 ; voir aussi, J. Bell, « Le règne du droit et le règne du juge : vers une interprétation substantielle de l'État de droit », in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, 1996, p.15.

² G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op cit.* p. 19.

³ C'est ce qu'illustre notamment leur différence de contrôle de l'intérêt général, cf. section 1, § 2, *supra*.

⁴ Voir en particulier dans le contentieux de la responsabilité administrative, cf., G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op cit.* p. 36-37.

illégaux¹. L'administration n'est pas obligée d'étendre la mesure gracieuse à tous les individus², car elle ne constitue pas un droit de l'individu, mais seulement une faveur de l'administration. Ainsi l'impossibilité de faire valoir les décisions individuelles antérieures est un principe constant du droit fiscal³, qui est également appliqué aux sanctions disciplinaires infligées aux fonctionnaires : une sanction ne peut être contestée sur le fondement de ce que « *des faits semblables commis antérieurement par d'autres agents n'auraient pas été sanctionnés* »⁴. Les précédents ne lient pas l'administration⁵. Étant donné que le contrôle porte sur l'acte lui-même, l'administré n'a aucun droit de revendiquer sa différence pour obtenir la création d'une catégorie dont il serait le premier membre⁶. Le Conseil constitutionnel poursuit la même philosophie lorsqu'il se fonde sur les catégories juridiques élaborées par le constituant⁷ ou le législateur lui-même⁸. Formellement, il ne crée pas de nouvelles catégories. En ce sens, le principe d'égalité n'est pas « *générateur de droit* »⁹. Le principe d'égalité régit des normes générales et non des actes, qui par leur essence, sont individuels.

Dans la jurisprudence du Conseil d'État, cette démarche formaliste aboutit à ce qu'« *une personne à laquelle une règle de droit est correctement appliquée n'est pas fondée à prétendre que le principe d'égalité a été méconnu à son encontre en se prévalant de l'illégalité qui résulterait de ce que cette même règle n'aurait pas été appliquée à d'autres*

¹ Voir en ce sens, C.E. 11 octobre 1967, Agniel, *rec. Tables*, p. 683 et C.E. 4 avril 1936, de Lassus, Pujo et Real del Sarthe, *rec. p.* 455. A propos du refus de maintenir un régime discriminatoire, C.E., 15 juillet 1964, Syndicat général des producteurs de sucre et de rhum des Antilles françaises, *rec. Tables*, p. 831.

² C.E. 24 juillet 1981, Letailleur, *rec. tables*, p. 683.

³ C.E. 12 juin 1986, Cne. De Gaillac, req. N°78335.

⁴ C.E. 1^{er} octobre 1976, Soucasse, *D.* 1977, p. 552, note Pacteau.

⁵ Alors que, dans un autre registre, la technique du précédent utilisé par les juridictions britannique trouve l'une de ses justifications dans l'égalité, cf. H. Lévy-Ullman, *Le système juridique de l'Angleterre*, Coll. Les introuvables, Paris 1999 et O. Salvat, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse, Paris 2, 1983.

⁶ J. Carbajo, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *A.J.D.A.* 1981, p. 179.

⁷ Par exemple la Nation, les citoyens.

⁸ Voir à propos du corps de fonctionnaires, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

⁹ Expression de A. Werner, « Le précédent administratif, source de légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1987, p. 438 ; reprise par G. Pélissier, *Le principe d'égalité*, *Op. cit.* p. 35.

personnes se trouvant dans la même situation »¹. La Haute autorité s'est prononcée en ce sens à diverses reprises, notamment à propos d'avantages accordés aux agents publics², ou encore, de l'intervention d'un décret d'extradition³. Le juge administratif, lorsqu'il est saisi, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, d'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité, se place normalement sous un angle formel et abstrait. Une telle approche peut aboutir au maintien de distorsions de fait dans l'application de la norme. Le juge refuse de porter les prémices de son raisonnement sur la comparaison des situations. En effet, si la juridiction faisait reposer entièrement son contrôle sur la comparaison des situations, cela reviendrait à obliger le détenteur du pouvoir à prendre en considération toutes les différences de situations. Une telle démarche trouve une justification institutionnelle. Le juge entend respecter le caractère discrétionnaire du pouvoir et se refuse de choisir parmi les différentes situations celles qui méritent plus d'attention que les autres⁴. Il n'entre pas dans le rôle du juge d'imposer aux pouvoirs publics une relation d'égalité qu'il aurait déterminée *a priori*, mais de contrôler le respect par les organes exerçant le pouvoir législatif ou réglementaire du principe d'égalité juridique. Il n'appartient pas au juge constitutionnel de légiférer en lieu et place du législateur⁵, pas plus qu'il n'appartient au juge administratif d'administrer. Ainsi, il n'entre pas dans l'office de ces juridictions d'exercer un contrôle en opportunité⁶ mais un contrôle sur

¹ Le Président Odent (*jurisclasseur fasc.* 5, p. 1735). En sens inverse, un fonctionnaire qui n'est pas dans une situation régulière ne peut bénéficier d'une majoration de traitement Outre-Mer, cf. C.E. 10 novembre 2006, M. M, n°295631, A.J.D.A. 2007, p. 158.

² C.E., sect., 10 janv. 1969, Pierre-Justin, *rec.* p. 20

³ C.E. 20 sept. 1993, Sanchez del Arco, req. n° 142761, *rec. table*, p. 575.

⁴ Voir en ce sens section 1, § 1, *supra*.

⁵ Il existe un débat entre C. Leben et F. Luchaire quant aux pouvoirs du Conseil constitutionnel dans la délimitation d'une loi. Le premier affirme qu'un tel pouvoir relève de l'appréciation du législateur sans contrôle du Conseil constitutionnel (cf. C. Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.* 1982, pp. 295-353), il se fonde sur l'article 61 de la Constitution, qui ne confère pas au Conseil un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement et cite l'exemple de la décision C.const. 74-54 D.C. - 15 janvier 1975 - Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse *J.O.* du 16 janvier 1975, p. 671. Une telle approche vide le principe d'égalité de sa substance, sauf pour les discriminations expressément prohibées par la Constitution. Au contraire, pour F. Luchaire, il existe dans la pratique du Conseil un contrôle de la détermination du champ d'application de la loi cf. F. Luchaire, « La protection constitutionnelle des droits et libertés », *Economica*, 1987, p. 229.

⁶ Par exemple, l'administration a pu décider de manière discrétionnaire des critères de sélection des membres du corps de fonctionnaires amené à disparaître qui bénéficieraient du reclassement, et ce en l'absence de tout contrôle juridictionnel de l'opportunité (C.E., 31 juill. 1948, Tromi : *rec.* 1948, p. 619).

le fondement du principe d'égalité. Un tel contrôle leur permet de trouver un équilibre dépourvu de déférence excessive et d'activisme judiciaire¹.

L'articulation des actes législatifs et réglementaires suppose également une articulation des contrôles juridictionnels de ces actes. Ainsi, l'identification de la différence de traitement peut apparaître simple à repérer lorsque l'acte est général et impersonnel, telle que la loi. A la lecture de celui-ci peut figurer expressément la catégorie bénéficiaire et *a contrario* celle(s) qui ne le sont pas. L'objet du contrôle qui résulte du principe d'égalité est précisément ce critère général de distinction. La mise en œuvre de cet acte général et impersonnel peut nécessiter des actes individuels, qui présentent une nature différente : son objet est par définition particulier. Le contrôle du principe d'égalité dans ce cadre ne saurait résulter de la comparaison avec un autre acte individuel ayant le même objet, car le juge rejette le précédent². Le principe d'égalité se confond alors avec la conformité de l'acte individuel avec une norme générale ayant le même objet. Le refus par le juge administratif du précédent, qui pourrait constituer un élément de comparaison pour établir le respect de l'égalité entre administrés, réduit le nombre des comparaisons possibles et limite le principe d'égalité. L'acte individuel, étant renvoyé à sa spécificité propre, le juge administratif écarte le jeu de la comparaison et réduit le champ d'application possible du principe d'égalité. Ainsi, lorsque la norme générale ne définit pas elle-même les modalités de répartition, celui-ci ne peut être invoqué que pour contester les critères de la distribution mais non la distribution elle-même³. En d'autres termes, plus la norme supérieure générale est précise, plus le contrôle du principe d'égalité se confond avec un contrôle de la violation de la norme supérieure. A l'inverse, moins cette norme supérieure est précise, plus le principe d'égalité constitue une référence. Une telle conception du principe d'égalité permet de laisser une marge d'appréciation plus grande à l'administration qui ne se trouve pas liée par les actes individuels qu'elle aurait pu édicter précédemment.

¹ Sur cette notion voir, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2.

² Au sens de précédent jurisprudentiel, à l'image du système juridique anglais. Un tel système est contraire à la tradition française, qui interdit les arrêts de réglemets, dont l'article 5 du Code civil est l'expression la plus nette.

³ Cf. C.E. 14 décembre 1988, S.A. Gilbert Marine, *A.J.D.A.* 1989, p. 266.

76. Les cadres de l'exercice du contrôle des deux juridictions ayant été déterminés, il convient de s'attarder sur la méthodologie adoptée pour déterminer la comparaison des situations.

II. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ : LA MÉTHODE DE CONTRÔLE

77. A suivre la formulation commune du principe d'égalité, les juges se fondent sur trois éléments. Le premier est le constat de la différence de situation qui constitue le motif de la règle spécifique. Le deuxième est la différence de solution, qui est l'objet de la règle spécifique. Le troisième, le but, s'entend non de la règle spécifique, mais de la loi qui la contient. La règle spécifique sera déclarée conforme au principe d'égalité à la condition qu'il existe un lien continu entre ces trois éléments¹.

Les juges doivent en tout d'abord déterminer la différence de situation pour ensuite apprécier celle-ci au regard du but poursuivi. En réalité, l'identité parfaite n'existant pas, les points de distinction entre deux situations sont quasi-infinis, si bien qu'il faut une méthode pour déterminer quels sont les points de similitude ou de différence pertinents². La sélection de ces éléments découle de l'objectif poursuivi par le pouvoir normatif. A titre d'illustration, le Conseil constitutionnel dans sa décision relative aux nationalisations, a rejeté la distinction faite par le législateur entre les banques mutualistes et les autres, différence de traitement qui n'avait pas de pertinence quant à la nationalisation³. La place de l'objectif poursuivi est primordial dans le travail de comparaison : « *Comment peut-on, en effet, si l'on admet que toute différence de situation ne justifie pas une différence de traitement, juger de la pertinence de la distinction opérée par le législateur sans avoir à l'esprit les raisons qui l'ont conduit à opérer cette distinction ?* »⁴.

Si les deux juridictions laissent une marge certaine dans la détermination de l'objectif que les pouvoirs normatifs peuvent poursuivre, elles leur laissent, ce faisant, le soin de sélectionner les éléments pertinents de comparaison. En vérité, le contrôle qui résulte du

¹ Cf. F. Luchaire, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *R.D.P.* 1983, p.1229.

² Sur cette question voir Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

³ C.const. 81-132 D.C. - 16 janvier 1982 - Loi de nationalisation *J.O.* du 17 janvier 1982, p. 299, voir L.Favoreu, L.Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, *Op cit*, n°28, p 423.

⁴ cf. D. Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr.Soc.* 1987, p. 785.

principe d'égalité apparaît alors plus comme un contrôle de cohérence que comme, un contrôle d'adéquation¹.

Néanmoins, que ce soit le législateur ou l'administration, ils ne bénéficient pas d'une liberté totale dans la définition du but poursuivi. En effet, la poursuite de cet objectif doit être conforme avec la compétence du pouvoir en cause. Il existe, par ailleurs, des motifs qui ne peuvent en aucun cas justifier une différence de traitement valide, ce sont les motifs discriminatoires². Il convient d'ajouter, que le législateur ne peut méconnaître dans son action des valeurs et des objectifs que lui impose la Constitution. Ainsi, il doit respecter les droits et libertés fondamentaux ainsi que les objectifs à valeur constitutionnelle. Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel peut opposer un droit fondamental à l'objectif poursuivi par le législateur, ce qui, par ricochet, lui interdit certaines distinctions. Par exemple, à propos de la garde à vue³, le texte, qui prévoit un droit différé de s'entretenir avec un avocat en cas d'infraction touchant au trafic de stupéfiant ou de terrorisme, « *méconnaît s'agissant du droit à la défense, l'égalité entre les justiciables* ». La distinction constitue une rupture d'égalité, car elle remet en cause l'exercice d'un droit fondamental⁴.

Ces trois impératifs qui pèsent sur le contrôle de l'objet expliquent la plasticité du principe d'égalité, qui est souvent dénoncée⁵. Il est souvent prêté au principe d'égalité des applications spécifiques en fonction du domaine⁶. Ces variations⁷ du principe d'égalité ont été comparées, dans une phrase célèbre, à des piliers de cathédrale : le principe d'égalité

¹ cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit.*

² Voir section 1, §1, I.

³ C.const. 93-326 D.C. - 11 août 1993 - Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale *J.O.* du 15 août 1993, p. 11599.

⁴ Sur l'articulation de l'égalité et des droits fondamentaux, voir Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1.

⁵ Cf J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p. 349, in *Le notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966.

⁶ Il suffit de renvoyer à titre d'exemple à D. Chagnollaud et G. Drago (sous la direction de), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, (voir spécialement p.354 et suivantes), qui sous la plume de G. Calvès envisage l'égalité en différents domaines, comme autant d'expression spécifique du principe cf. égalité devant les suffrages, devant les charges publiques, devant le service public et devant la justice et enfin devant les emplois publics, pour les principaux.

⁷ Ces variations proviennent des textes constitutionnels eux-mêmes, qui visent notamment : l'égalité des suffrages, des justiciables, devant les charges publiques,...

« s'épanouit et se diversifie... en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte »¹.

En raison de sa perméabilité aux finalités en jeux, la substance du principe d'égalité ne peut être synthétisée dans une formule unique. Le Conseil constitutionnel définit alors un double degré de contrôle² : un contrôle strict pour les discriminations expressément interdites par la Constitution ou en cas de combinaison du principe d'égalité avec un autre droit fondamental ; un contrôle normal dans les autres cas³.

78. Lorsque le Conseil constitutionnel doit exercer un contrôle strict, le critère de distinction peut être déclaré illicite, soit qu'il s'agisse d'un critère discriminatoire, soit qu'il introduise une distinction qui porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental. Dans de tels cas, le juge oppose au législateur une finalité - le respect d'un droit fondamental ou l'interdiction de recourir à un motif discriminatoire -, dont il n'a visiblement pas pris compte, mais qui s'impose à lui de par la Constitution.

En revanche, en cas de contrôle normal, la détermination du « *tertium comparatis* », c'est-à-dire celui avec lequel on établit la comparaison, peut difficilement être arrêté abstraitement. Ce serait prendre trop de pouvoir : soit il est trop vague et devient rapidement inopérant, car les éléments qu'ils désignent sont trop nombreux ; soit il est trop précis et chaque situation devient une catégorie qui mérite un traitement différent. Dès lors, une démarche fonctionnelle, qui respecte la marge d'appréciation du pouvoir contrôlé, s'impose. Le contrôle est alors finaliste.

Dans cette perspective, le but poursuivi dans l'acte en cause joue un rôle évident. L'auteur doit se décider en fonction des fins qu'il entend poursuivre. Ce qui influence nécessairement son regard qu'il porte sur les situations qu'il doit traiter. Dans ce cadre, les situations peuvent être regroupées en deux catégories distinctes : celles déclarées identiques,

¹ cf. J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p. 349, in *Le notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966. L'égalité a également été décrite comme un « principe-gigogne », cf. F. Mielo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.* 1982, p.115.

² En ce sens, L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Trémeau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2002 p. 304.

³ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit.*

auxquelles il convient d'appliquer le même traitement, et celles qui ne le sont pas et pour lesquelles le pouvoir dispose d'une entière liberté.

79. Le contrôle normal suppose donc un contrôle de l'adéquation¹. Récemment ce contrôle est devenu plus poussé. En effet, le Conseil constitutionnel, tout comme le Conseil d'État², a ajouté à sa définition l'adjectif « direct »³ :

*« le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »*⁴.

Si, dans la décision de 1996, l'ajout de la condition d'un rapport direct ne concerne que les justifications fondées sur l'intérêt général, elle sera étendue peu après à celles des différences de situation⁵.

A cette occasion, la frontière entre le registre de la comparaison et celui de l'intérêt général est devenue moins nette. Car le contrôle qui découle du principe d'égalité a fait l'objet d'un resserrement⁶, appliqué à ces deux registres. Le juge accomplit alors un contrôle plus approfondi et plus attentif de l'objectif poursuivi.

En effet, la comparaison des situations et l'intérêt général n'appartiennent pas au même registre de justification⁷. En particulier lorsque l'intérêt général permet de distinguer là où la différence de situations ne le permet pas. Néanmoins, dans les deux cas, il s'agit de contrôler le dispositif au regard de l'objet, qu'il paraît difficile de distinguer de la finalité poursuivie⁸. En effet, la justification tirée de l'intérêt général est étroitement liée à la finalité

¹ Ainsi par exemple le juge administratif vérifie que telle infirmité ou telle maladie n'est pas incompatible avec certaines fonctions, cf. C.E. 26 juillet 1952, Loubeyre, *rec.* p. 397.

² Voir par exemple C.E. 31 octobre 1990, req. n° 82793.

³ C.const. du 9 avril 1996 n°96-375, diverses dispositions d'ordre économique et financier, *R.J.C.* I-668.

⁴ Considérant 8, c'est nous qui soulignons.

⁵ Voir en ce sens, F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

⁶ Nous reprenons l'expression G. Merland et D. Rousseau, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris: L.G.D.J., 2004 p.300.

⁷ A propos de la théorie des justifications, voir Partie 2, Titre 2, chapitre 2, section 1, §2.

⁸ Sur la question du rapport entre l'objet de la norme et la finalité poursuivie par l'auteur de la norme, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2.

de la loi¹. Le Conseil constitutionnel, en la matière, a d'ailleurs recours à un vocable qui ressort plus de celui de la finalité que de la raison². L'intérêt général, dans le cadre du principe d'égalité, commande un contrôle de l'adéquation³ à l'image de la comparaison des situations.

L'ajout de l'adjectif « direct » dans l'énoncé du principe d'égalité n'est pas de pure forme, mais au contraire témoigne du resserrement du contrôle du juge constitutionnel. Il renforce l'exigence d'adéquation entre le dispositif et la finalité de la loi. Elle s'est traduite par une plus grande vigilance du Conseil constitutionnel quant à l'intérêt invoqué par le législateur. Le Conseil constitutionnel n'hésite plus à affirmer que celui-ci a établi « *une différence de traitement sans rapport direct avec l'objectif qu'il s'était fixé* »⁴. Dans la décision du 13 janvier 2000, par exemple, l'espèce concernait la réduction négociée du temps de travail, qui était assortie du bénéfice d'un complément différentiel de salaire en faveur des seuls salariés rémunérés au SMIC, afin d'éviter toute baisse de leurs salaires. Le dispositif excluait du bénéfice du complément différentiel certains travailleurs à temps partiel, qui occupait des postes équivalents à ceux des salariés bénéficiaires de cet avantage. Cette exclusion a été jugée contraire au principe d'égalité, car sans lien direct avec l'objet de la loi.

¹ En ce sens, V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.* 1997, p.243.

² Par exemple : C.const. 89-266 D.C. - 09 janvier 1990 - Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, « *Considérant que, dans ce cadre juridique où les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux, la loi déférée a, dans le dessein d'assurer l'exécution effective de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière tout en sauvegardant les droits des intéressés, organisé une procédure spécifique leur permettant de contester devant la juridiction administrative la légalité de la mesure d'éloignement qui les frappe* » (considérant 7, c'est nous qui soulignons). Dans le commentaire de cette décision Th S. Renoux, parle de « *finalité d'intérêt général* », *R.F.D.C.* 1990, p.328. Sur la différence entre l'objet et la finalité poursuivie, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2, §2.

³ Cette adéquation a été particulièrement bien mise en évidence à propos de la loi de finance pour 1992. Le législateur voulait faciliter la transmission de patrimoines du vivant de leurs détenteurs, sans toutefois donner de prime aux fraudes fiscales antérieures. Le législateur, dans sa volonté de lutter contre fraude fiscale, a exclu du bénéfice des nouvelles mesures les donations antérieures par acte sous seing privé et les a réservés aux dons officiellement déclarés par acte notarié. Le Conseil constitutionnel censure une telle distinction, car la volonté de lutte contre la fraude fiscale, qui est d'intérêt général, ne commande pas de distinguer entre acte sous seing privé et acte notarié, qui l'un comme l'autre ne peuvent être présumés frauduleux.

⁴ Par exemple C.const. 99-423 D.C. - 13 janvier 2000 - Loi relative à la réduction négociée du temps de travail *J.O.* du 20 janvier 2000 p. 992.

80. Le principe d'égalité, que ce soit par la comparaison ou par l'intérêt général¹, commande un contrôle de l'adéquation² de la distinction opérée avec l'objet de la norme³. Un tel contrôle transparaît le plus clairement à compter de la décision D.C. 87-232, dans laquelle le Conseil constitutionnel exige, pour la première fois expressément, que la distinction « *doit être en rapport avec l'objet qui l'établit* »⁴. Il ne suffit pas d'invoquer alors un quelconque objectif, « *il faut un lien nécessaire, un rapport logique entre la règle discriminatoire et l'intérêt général précisément poursuivi par l'objet de la loi* »⁵. Cette adéquation permet de lutter contre un éventuel détournement de pouvoir, au cas où le législateur poursuivrait secrètement d'autres objectifs que ceux affichés. M. Renoux précise qu'une telle exigence revient à « *exiger un simple respect de la rationalité (adéquation des moyens aux fins), c'est-*

¹ En sus exige de justifier d'un intérêt général « suffisant » cf. principe de responsabilité ou dérogation à la complexité. Suppose contrôle de proportionnalité stricte. L'intérêt invoqué doit revêtir une certaine importance pour que l'atteinte au droit ou à la liberté soit déclaré conforme. Mais c'est le juge qui évalue discrétionnairement ce caractère suffisant. Ce qui lui permet de porter une appréciation, sans se substituer au législateur.

² Sur la différence entre un contrôle d'adéquation et un contrôle de pertinence, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

³ Cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit.* p. 191. cf. C.const. 87-232 D.C. - 07 janvier 1988 - Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482 : « *Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » (Considérant 10 ; c'est nous qui soulignons). Cette formulation est désormais de jurisprudence constante (voir par exemple C.const. 92-316 D.C. - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques *J.O.* du 22 janvier 1993, p. 1118 et C.const. 94-348 D.C. - 03 août 1994 - Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes *J.O.* du 6 août 1994, p. 11482). Précédemment le Conseil faisait référence à la finalité de la loi, cf. C.const. 81-132 D.C. - 16 janvier 1982 - Loi de nationalisation « *Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi* » (considérant 30). Le Conseil constitutionnel a repris la jurisprudence du Conseil d'État, cf. C.E. 12 novembre 1958 *rec.* p.544, C.E. sect. 12 mars 1965, *rec.* p.169, C.E. 7 octobre 1988, *rec.* p.333. Voir également le rapport public du Conseil d'État de 1996 portant sur *Le principe d'égalité*, Études et Documents n°48, La Documentation française, 1997, dans lequel est souligné que l'invocation d'un motif d'intérêt général doit être « *en rapport avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause* ».

⁴ Considérant 10.

⁵ G. Merland et D. Rousseau, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Op. cit.* p. 420.

à-dire de la cohérence interne de la loi »¹. Ainsi, la justification de l'intérêt général, aussi légitime qu'il puisse être, ne permet-elle pas de justifier n'importe quelle distinction².

L'intérêt général laisse au juge administratif une marge de manœuvre très efficace pour donner un caractère plus réaliste et, partant, plus juste au contrôle opéré sur l'activité de l'administration³.

L'intérêt général est bien souvent le fondement de la justification de politiques préférentielles. Il n'est pas rare que le législateur institue juridiquement une différence de traitement soit pour compenser, soit pour corriger une différence de situation dans les faits⁴. Ce faisant l'auteur institue une sorte de privilège juridique entre des personnes, qui du point de vue formelle auraient dû être considérées comme dans des situations identiques. Dans la mesure où, le juge refuse que la mesure puisse être justifiée par la différence de situation, l'auteur peut malgré tout tenter de justifier sa décision par un motif d'intérêt général. Ainsi, dans la décision *Troisième voie d'accès à l'ENA*⁵ le Conseil constitutionnel admet que les personnes recrutés par ce concours se voient réserver des places lors du classement final⁶. La seule limite posée par le Conseil constitutionnel a été l'interdiction de tenir compte dans l'exercice des nouvelles fonctions des années d'ancienneté que les recrutés auraient acquises dans l'accomplissement de leur activités antérieures.

Le Conseil constitutionnel a admis également des discriminations « positives ». Si sa jurisprudence est particulièrement restrictive dans l'application du principe de parité⁷, il a récemment admis comme conforme à la Constitution que la composition des commissions administratives paritaires et comités de sélection repose notamment sur la considération du sexe de leurs membres afin de « concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et

¹ T.-S. Renoux, « L'exception, telle est la question », *R.F.D.C.* 1990, p. 651. Dans le même sens B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.* 1995, n°125, p.6.

² Il ne peut, dès lors, être réduit à un contrôle d'opportunité cf. contra D.Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J. 1977 p. 317 et s.

³ Si souple, que pour certains auteurs, il va jusqu'au contrôle d'opportunité cf. D. Truchet, préc. p. 317 et s.

⁴ Sur la distinction entre politique de compensation et politique de correction, voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Paris, 2004. Voir également Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁵ C.const 14 janvier 1983, précitée.

⁶ cf. C.Franck, « Le principe d'égalité », in *L'apport de la jurisprudence intervenue sur saisine parlementaire*, *A.I.J.C.* 1985, p.191.

⁷ Sur cette question voir Partie 2, titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 et Partie 2, titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1.

les hommes »¹. Les discriminations « positives » ne sont conformes à la Constitution qu'en l'absence de quota « rigide » ; la prise en considération du critère discriminatoire ne doit être alors qu'un critère parmi d'autres. La lutte contre les discriminations ne peut pas supplanter l'objet même de la sélection, comme par exemple, les capacités et les mérites lors d'un recrutement dans la fonction publique.

81. Le contrôle fondé sur le principe d'égalité varie selon les domaines considérés. Ainsi, les deux juridictions semblent opérer un contrôle particulièrement souple dans le domaine des politiques sociales.

PARAGRAPHE 2 : LES POLITIQUES SOCIALES ET LES DISTINCTIONS MULTIPLIÉES

82. Les politiques sociales menées par les pouvoirs publics trouvent leur fondement dans la République sociale². Si la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen relève d'une philosophie essentiellement individualiste, se méfiant des corporations et des intérêts collectifs³, le constituant de 1946 s'en est démarqué et a proclamé le caractère social de la République⁴. La Constitution de de la V^{ème} République est héritière de ses deux philosophies. Dorénavant l'action de l'État dans les domaines économiques et sociaux jouit d'une assise constitutionnelle. L'État, en vue d'assurer la solidarité au sein de la Nation, est débiteur de « droits-créances »⁵ et reconnaît le droit à tout un chacun d'exiger de l'État certaines

¹ C.const. 2001-455 D.C. - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053.

² M. Borgetto et R. Lafore, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, Paris, 2000, dont les développements qui suivent sont, pour une large part, inspirés.

³ Dont la loi Le chapelier, des 14-17 juin 1791, est le symbole. Cette loi exprime deux négations : celle de tout corps intermédiaire entre l'individu et la Nation et celle de la notion d'intérêt commun. Seul existe l'intérêt général. Voir en ce sens F. Soubiran-Paillet, « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde et la loi Le chapelier », in *Deux siècles de droit du travail*, dir. J.P. Le Crom, Paris, Editions de l'Atelier, 1998, p. 17.

⁴ L'alinéa 2 du préambule dispose : « Il [le peuple français] proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux (...) » (c'est nous qui soulignons).

⁵ Voir en particulier L.Ferry et A.Renaut « Droits libertés et droits créances », *Droits 2*, 1985, p.75 ; F. Rangeon « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 » in *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p.169.

prestations. Parmi ces droits figurent notamment le droit à l'emploi¹, le droit à la protection sociale², l'égal accès à l'instruction³.

Ainsi, l'acquisition du caractère social par la République a mené à la reconnaissance de droits particuliers aux travailleurs⁴, afin de mieux les protéger face à la subordination qui caractérise le lien contractuel qui les lie à leur employeur. Le droit au travail consacre non seulement le droit de travailler, mais également, sous son versant négatif, l'interdiction du travail forcé et de l'esclavagisme⁵. La République sociale suppose également la reconnaissance du droit de coalition ou droit de grève⁶, la liberté syndicale⁷, le principe de participation⁸ qui recouvre le droit à la négociation collective et à être consulté,...

Ces droits, bien que le Conseil constitutionnel ait été relativement peu saisi en la matière, sont affirmés dans le bloc de constitutionnalité. Le Conseil les envisage comme des « droits-libertés » plus que comme des « droits créances »⁹, si bien qu'il n'a pas eu besoin de

¹ E. Durlach-Vallerin, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006.

² Alinéa 10 du préambule de 1946 : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Et alinéa 11 du préambule de 1946 : « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Voir L. Camaji, *La personne dans la protection sociale - recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, L.G.D.J., Paris, 2008.

³ Alinéa 13 du préambule de 1946 : « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

⁴ Sur les droits constitutionnels des travailleurs, voir V. Bernaud et L. Favoreu, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

⁵ *Ibid.*, n°224.

⁶ C.const. 79-105 D.C. - 25 juillet 1979 - Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, *J.O.* du 27 juillet 1979; Soc. 20 mai 1992. Cf, J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008.

⁷ Voir par exemple C.const. 82-144 - 22 octobre 1982 - Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel *J.O.* du 23 octobre 1982, p. 3210 cf. *Dr.Soc.* 1983, p.131, note Loschak ; *A.J.D.A.* 1983, p.74 note Boulouis.

⁸ C.const. 96-383 D.C. - 06 novembre 1996 - Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, *J.O.* du 13 novembre 1996, p. 16531. Cf, *Les grands arrêts du droit du travail*, *Ibid.*

⁹ Voir par exemple J.Rivero, *Les libertés publiques*, T.1, PUF, 2^{ème} éd., 1978, pp.115 ; L. Ferry, A. Renaut, *Philosophie politique*, t. 3, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985, p. 26 et L. Ferry et A.

recourir au principe d'égalité pour leur conférer plein effet. En effet, le Conseil constitutionnel emploie parfois le principe d'égalité dans une fonction de suppléance, qui permet de faire respecter un autre droit fondamental, ou de « droit-support » qui vient renforcer certains droits fondamentaux¹.

Si ces droits des personnes sont formellement reconnus à chacun et semblent ressortir de l'égalité formelle², certains droits sociaux visent en réalité des catégories particulières de personnes, comme les travailleurs, s'agissant du droit à l'emploi³, par exemple. Plus encore, le caractère « social » de la République va justifier des politiques en faveur de populations « cibles », qui relèvent d'une logique d'égalité par la règle de droit. Ainsi ont été mis en place des dispositifs d'emplois réservés aux handicapés⁴, d'aide au logement social⁵,... Le législateur ou l'exécutif peuvent ainsi avantager sur le plan juridique le faible par rapport au fort et compenser par un avantage juridique une inégalité de fait.

Ce tournant « social » a également été consacré peu à peu par le Conseil d'État qui a reconnu certains principes généraux du droit à caractères sociaux, en particulier en faveur des travailleurs étrangers⁶ et de leurs familles⁷. Le Conseil d'État a initialement semblé réticent à

Renaut, « Droits-libertés et droits-créances. Raymon Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, n°2/1985, p. 75-84 s. Le clivage entre « droits-libertés » et « droits-créances » se révèle moins net qu'il n'y paraît, cf. L. Gay évoque ainsi une « *opposition relative promue par la doctrine* », cf. *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2008, spéc. p. 33.

¹ Comme par exemple le droit de propriété, cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit.* p. 303, cf. C.const. 89-256 D.C. - 25 juillet 1989 - Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles *J.O.* du 28 juillet 1989, p. 9501.

² Ainsi la vocation universelle de certaine prestation sociale, comme l'assurance maladie.

³ Sur la construction de droits catégoriels cf. M. Borgetto et R. Lafore, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, Paris, 2000, p. 222. Voir Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 2.

⁴ C.const. 77-79 D.C. - 05 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale *J.O.* du 6 juillet 1977, p. 3560.

⁵ N. Boccadoro, *Le droit au logement*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2007.

⁶ Dans l'accès aux prestations sociales l'assimilation des étrangers aux nationaux est largement réalisée (cf. D. Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr.Soc.* 1990, p.76) sauf pour les prestations « non contributives ». A chaque fois que des maires ont voulu réserver aux français le bénéfice de certaines prestations au niveau communal, celle-ci ont été censurée pour discrimination en raison de la nationalité cf. T.A. Paris, 2/1/1986, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c. B.A.S. de Châtillon et T.A. Paris 19/3/1986, M. Lévy c. Maire de Paris.

⁷ C.E. Ass. 8 déc. 1978, GISTI et autres, *rec.* 493, *Dr.Soc.* p. 57, concl. Bonboux, *D.* 1979, p. 661, note L. Hamon, *D.O.* p.1 note Bonnechère ; *GAJA* n°92. Cet arrêt consacre dans le cadre du droit à une vie familiale normale la protection sociale de l'étranger et de sa famille, qui s'oppose à l'interdiction générale d'occupation d'un emploi par les membres de la famille du ressortissant étrangers (cf. décret 10 novembre 1977).

reconnaître des principes généraux en ce domaine¹, il va s'en saisir par la suite. Ceux-ci vont remplir une fonction particulière : étendre la protection dont jouissent certains travailleurs à d'autres qui n'en profitent pas. En effet, nombre de principes généraux « découverts » par le Conseil d'État sont en réalité directement tirés du Code du travail². La découverte de ces principes généraux permet d'appliquer certaines règles de ce Code aux agents publics non titulaires³, qui ne bénéficient ni des dispositions du code du travail, ni de celles du statut de la fonction publique. Cette méthode procède d'une certaine idée d'égalisation, selon laquelle les travailleurs, quels qu'ils soient, doivent bénéficier d'un socle commun de droits et de protection.

Si la distinction souvent avancée entre droits civils et politiques d'un côté et droits économiques et sociaux de l'autre est discutable⁴, il ressort néanmoins des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, que les premiers s'inscrivent tendanciellement dans une égalité-uniformité⁵, qui aboutit à une égalité formelle, alors que les seconds

Jurisprudence confirmée par C.E. 30 juin 1989, ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c. Lévy, *rec.* 157, *Dr.Soc.* 1989, p. 767, note Prétot, *R.F.D.A.* 1990, p. 575, concl. Lévis, qui sur le fondement du principe d'égalité a jugé que les étrangers ne pouvaient pas du seul fait de leur nationalité être écartés du bénéfice d'une prestation sociale d'assistance ; voir également cf. C.const. 89-269 D.C. - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé ; *R.F.D.A.* 1990 p. 406, note Genevois ; *Dr.Soc.* 1990, p. 352, note X. Prétot ; *R.D.S.S.* 1990, p. 437, note Prétot.

¹ cf. C.E. 26 mai 1982, Caïus, *Rec.* 188, à propos des droits des stagiaires. Sur cette question voir *GAJA* n°92.

² Le PGD, à caractère social, tiré du code du travail, « un employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier un salarié en état de grossesse », qui s'applique aux femmes employées dans un service public (en l'espèce un agent non titulaire de l'État), « lorsque aucune nécessité propre à ces services ne s'y opposent » cf. C.E. ass. Dame Peynet, 8 juin 1973, concl. S. Grévisse, *J.C.P.* 1975.II.17957, note Saint-Jours.

³ Devenu PGD : interdiction à l'employeur d'édicter des mesures discriminatoires en matière de rémunération et avantage sociaux, cf. C.E. 1 novembre 1990, Malher, *rec.* 321, *D.O.* 1991, p. 340, note Saramito, *D.* 1992.S.C.159, obs. Chelle et Prétot; l'interdiction de résilier le contrat de travail d'un salarié en raison de sa situation de famille (côté proche discrimination) C.E. 27 mars 2000, Mme Brodbeck, *rec.* 129, *J.C.P.* 2000.II.10428, concl. Boissard ; l'obligation de reclasser un salarié inapte physiquement à ses fonctions cf. C.E. 26 oct. 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe et Moselle.

⁴ Certaines typologies retracent chronologiquement l'émergence des différents droits fondamentaux, distinguant les droits civils et politiques, dits de 1^{ère} génération, des droits économiques et sociaux, dits de la 2^e génération. V. R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *R.D.P.*, 1981, p. 53-68 ; K. Vasak, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 11-23 ; Voir également G. Haarscher, « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), précité, p. 25-46.

⁵ A notre sens, la question de la représentation des salariés ressort plutôt de cette logique d'égalité-uniformité, ce qui explique notamment les censures en ce domaine proportionnellement plus nombreuses que dans les matières proprement sociales, cf. C.const. 78-101 D.C. - 17 janvier 1979 - Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes *J.O.* du 18 janvier 1978 et C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public *J.O.* du 22 juillet 1983, p.

supposent des politiques ciblées, et donc, des distinctions entre les personnes¹. Ces dernières sont d'ailleurs facilement justifiées, notamment par des motifs d'intérêt général², au nom du droit à l'emploi par exemple³. Cette différence d'appréciation se ressent également à propos de la non-discrimination. En effet, le Conseil constitutionnel a prohibé dans un premier temps toute considération fondée sur le sexe dans l'élaboration des listes électorales⁴. Il a fallu une réforme constitutionnelle pour passer l'obstacle que constitue cette jurisprudence⁵. En revanche, en matière économique et sociale, si le Conseil refuse tout quota rigide, il a admis que le législateur impose à l'autorité qui compose les jurys de le faire en considération du genre. Le Conseil admet alors l'objectif de discrimination « positive » et non le quota qui en est l'une des concrétisations⁶.

83. Le principe, ou plutôt l'idée d'égalité, en matière de droits sociaux n'est pas tant une justification des politiques menées en ce domaine qu'un principe structurant. En effet,

2267. A propos du respect strict de la proportionnalité dans la détermination du nombre de salariés dans la mise en place des institutions représentatives du personnel, cf. nombre d'heures des travailleurs à temps partiel, cf. C.const. 80-128 D.C. - 21 janvier 1981- Travail à temps partiel, *rec.* p. 29, *J.O.* du 24 janvier 1981, p. 332. Le Conseil constitutionnel admet néanmoins la prise en considération des différences de structure juridique ou de poids économiques pour la détermination de modalités différentes dans la représentation des salariés cf. C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public *J.O.* du 22 juillet 1983, p. 2267, C.const. 91-296 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant diverses mesures d'ordre social, *J.O.* du 31 juillet 1991, p. 10162.

¹ La distinction entre droits politiques et droits sociaux apparaît clairement dans C.const. 82-148 D.C. - 14 décembre 1982 - Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale, *rec.* p.73, *J.O.* du 15 décembre 1982, p. 3750. Elle permet au législateur de réserver l'initiative de candidatures à certaines organisations en raison de leur nature et de leur représentativité au plan national pour représenter les assurés sociaux. Au contraire, en matière de droit politique le Conseil fait preuve de la plus grande rigueur, au nom du respect de la souveraineté nationale.

² A propos de distinctions fondées sur l'âge cf. C.const. 77-79 D.C. - 5 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *J.O.* du 6 juillet 1977, p. 3560 et C. const.81-134 D.C. - 5 janvier 1982 - Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social.

³ cf. C.const. 84-183 D.C. - 18 janvier 1985 - Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *J.O.* du 20 janvier 1985, p. 820 et cf. C.const. 86-207 D.C. - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *J.O.* Journal officiel du 27 juin 1986, p. 7978. Le droit à l'emploi est moins un droit subjectif dont les individus peuvent se prévaloir à l'encontre des pouvoirs publics qu'un objectif assigné par le constituant au législateur.

⁴ C.const. 82-144 - 22 octobre 1982 - Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel cf. *D.S.* 1983, p.131, note Loschak ; *A.J.D.A.* 1983, p.74 note Boulouis.

⁵ Sur l'étude de cette jurisprudence et de la réforme constitutionnelle qui s'en est suivie, cf. Partie 2, Titre 2, chapitre 1, Section 2, §2.

⁶ Dans le même sens F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*

l'égalité ne commande pas aux pouvoirs publics de mettre des dispositifs en faveur des personnes âgées sans ressources. Elle peut tout à la fois justifier une abstention en ce domaine (personne ne bénéficie d'avantages, tout le monde alors est égal), qu'une intervention (seuls certains, dans une situation particulière – être âgé et sans ressource –, bénéficient de cet avantage). En vérité, le principe d'égalité est un principe de structuration¹, qui ne commande pas à l'État d'agir, mais qui encadre les modalités de ses actions. Il conditionne et structure l'ensemble du système juridique. Le principe d'égalité offre la possibilité au Parlement et à l'administration de créer des différenciations, mais il ne les oblige en rien à distinguer entre certaines situations, en particulier de mener des politiques à destination de certaines catégories de personnes démunies².

Le principe d'égalité devient alors le bras armé de la solidarité. Dès lors, il ne s'agit plus tellement de l'égalité devant la règle de droit (qui refuse de prendre en considération la situation personnelle de chacun) ou de l'égalité dans la règle de droit (lorsque l'institution investie du pouvoir choisit de prendre en compte les situations de chacun), mais de l'égalité par la règle de droit³, inspirée d'une vision plus « concrète » et « correctrice », d'une philosophie redistributrice. Ainsi, au nom de la solidarité et de la fraternité⁴, le principe d'égalité devient l'instrument de réduction de certaines inégalités réelles⁵. Cette philosophie redistributrice inscrit le principe d'égalité dans des justifications moins individualistes et plus collectives, particulièrement prégnantes dans le droit à l'emploi et dans les nombreux

¹ L'expression est de M. Borgetto et R. Lafore, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, P.U.F., coll. La politique éclatée, Paris, 2000, p. 88 et suivantes.

² Le Conseil constitutionnel souligne parfois cette possibilité, qui n'est pas une obligation de différenciation : C.const. 79-107 D.C. - 12 juillet 1979 - Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.* du 13 juillet 1979; cf par exemple la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion prévoit des tarifs qui « peuvent être fixés en fonction du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer » (c'est nous qui soulignons). Voir supra, section 1, §1, I.

³ Cette « trinité » de l'égalité est de J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Le notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966, p. 349.

⁴ Cf. M. Borgetto et R. Lafore, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, P.U.F., coll. La politique éclatée, Paris, 2000, p. 100 et M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1993.

⁵ Voir, par exemple, l'exposé des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1945 qui vise la mise en place de la Sécurité Sociale et qui vise la réduction des inégalités.

dispositifs de politiques en faveur de populations « cibles »¹. Ces dispositifs, fondés sur la prise en compte d'intérêts collectifs supérieurs aux seuls intérêts individuels, peuvent dans tous les cas, se réclamer de l'intérêt général² et être ainsi légitimés³.

La matière économique et sociale est, avec le droit fiscal⁴, le terrain privilégié de l'égalité par la règle de droit. Cette approche du principe d'égalité, loin d'être censurée par les juges administratif et constitutionnel, a été largement avalisée par ces derniers. Ainsi, le juge administratif au travers de son arrêt *Denoyez et Chorques*⁵ permet à l'administration de prendre des mesures qui visent à corriger des inégalités de fait, à condition néanmoins de justifier de situations différentes ou d'un intérêt général suffisant. Ne s'agit-il pas de considérer que « *la pire des inégalités consisterait à traiter tous les usagers de la même façon, car l'inégalité des moyens a vite fait d'anéantir l'égalité juridique* »⁶ ? Une telle approche a permis de mettre entre parenthèse l'égalité formelle et d'autoriser ainsi des politiques qui tendent vers une égalité de fait. Ainsi, l'aide au logement peut être soumise à un plafond de ressources, ou encore, les tarifs de services publics peuvent être modulés (cantines scolaires, crèches municipales, ...) en fonction des ressources et/ou des charges de famille⁷. La jurisprudence constitutionnelle va dans le même sens⁸.

84. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas hésité à reconnaître des politiques préférentielles, en soulignant que, « *loin de méconnaître le principe d'égalité devant la loi, [il] permet d'en assurer l'application à des situations différentes* »⁹. Il s'agit alors de créer

¹ Voir à ce propos la très belle thèse de Mlle E. Durlach-Vallerin, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006 en particulier les pages 171 et suivantes.

² Si jamais la différence de situation n'est pas suffisante à justifier la distinction à l'œuvre.

³ Voir, en particulier, les décisions propres aux dispositifs fondés sur l'âge qui sans s'attarder sur le travail de comparaison affirme qu'ils sont justifiés par l'intérêt général ; voir parmi d'autres cf. C. const. 81-134 D.C. - 5 janvier 1982 - Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social.

⁴ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *Op cit.*

⁵ Cf. *supra*.

⁶ J.-F. Lachaume, *Grands services publics*, Masson, 1989, p. 308.

⁷ Voir par exemple C.E. 29 décembre 1997, Cnes de Gennevilliers et de Nanterre, note M. Borgetto, *R.D.P.* 1998, p. 899.

⁸ A propos de dispositif en faveur de jeunes âgés de 18 à 25 ans, cf. C.const. 86-207 D.C. - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *J.O.* du 27 juin 1986, p. 7978.

⁹ C.const. 89-257 D.C. - 25 juillet 1989 - Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion *J.O.* du 28 juillet 1989, p. 9503 et C.const. 94-358 D.C. - 26

des distinctions en faveur de certaines catégories de personnes. Le juge permet ainsi la mise en œuvre de cette idée ancienne selon laquelle « *les inégalités servent l'égalité* »¹.

janvier 1995 - Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire *J.O* du 1er février 1995, p. 1706.

¹ D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, 1996, p. 183.

CONCLUSION DU CHAPITRE

85. La conception du principe d'égalité par le Conseil d'Etat et la Conseil constitutionnel est consubstantiellement liée à l'idée d'universalité des droits. Toute norme qui ne distingue pas est jugée conforme au principe d'égalité. En revanche, toute différence de traitement doit être justifiée, afin de ne pas être jugée contraire au principe d'égalité. Le pouvoir contrôlé peut justifier la différence de traitement soit en faisant référence à une différence de situation soit en invoquant un intérêt général suffisant. Dans les deux cas, la distinction doit apparaître comme rationnelle, c'est-à-dire que la justification doit être cohérente avec l'objet de la norme. Le principe d'égalité aurait pu constituer un sérieux obstacle dans l'action du législateur et du gouvernement en leur imposant systématiquement la plus grande généralité dans chacune de leurs actions, mais les deux juridictions ont su déserrer l'étau qu'aurait pu représenter ce principe. Leur souci de ne pas entraver l'action des pouvoirs publics est un élément remarquable et saillant de leurs jurisprudences respectives. Ainsi, elles ont su faire coexister une exigence (originelle) d'égalité, fondée sur la généralité et l'abstraction et une exigence d'égalité concrète, plus récente, dont l'appréciation repose sur les situations de « fait ». Cette seconde exigence n'est pas instrumentalisée par les juges pour obliger les détenteurs de pouvoirs à distinguer là où ils n'auraient pas distingué, mais bien au contraire pour valider les distinctions qu'ils auraient opérées. Cette dernière démarche, en particulier dans le domaine des politiques économiques et sociales, est marquée par un souci d'égalisation. Dès lors un glissement s'opère : l'exigence d'égalité, qui originellement vise à encadrer l'activité normative en prohibant les privilèges, devient une justification, un objectif de l'action publique.

S'il existe une « convergence formelle »¹ des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, quant à la définition du principe d'égalité, une différence substantielle demeure². Celle-ci tient essentiellement à la nature différente des pouvoirs

¹ Voir l'expression de F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op cit*, p.39.

² Par exemple dans le contrôle en matière d'égalité des citoyens devant le suffrage le Conseil constitutionnel opère un contrôle de l'erreur manifeste cf. C.const. 85-196 D.C. - 08 août 1985 - Loi sur l'évolution de la

contrôlés par les deux juridictions. Ainsi, le juge constitutionnel se révèle-t-il bien souvent moins exigeant et plus respectueux de la prééminence du législateur au sein des institutions. « *Le Conseil constitutionnel a plus de difficultés que le Conseil d'État à manipuler le principe d'égalité, et ceci se comprend. L'administration ne peut quand même opérer des variations sur le principe d'égalité qu'assez limitées, car elle est enserrée dans le cadre des lois. Le législateur, au contraire, peut aller beaucoup plus loin et, notamment pour combattre les inégalités ou pour des raisons d'intérêt général qu'il juge supérieures, porter de sérieuses atteintes au principe d'égalité* »¹.

86. L'exigence d'égalité en droit public puise ses racines dans des jurisprudences centenaires et une tradition de liberté publique et de droit de l'Homme. Celle-ci, a su jusqu'à présent faire face aux développements de l'Etat, notamment de l'Etat providence. L'exigence d'égalité opposée à l'employeur et aux interlocuteurs sociaux est apparue plus récemment. Elle est apparue concomitamment avec ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui les droits et libertés fondamentaux.

Nouvelle-Calédonie *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125, alors que le juge administratif opère un contrôle normal cf. C.E. 13 novembre 1998, Commune d'Armoy et autres, et C.E. Sect., 6 janvier 1999, M. Lavaurs, *rec.* p.1.

¹ G. Vedel, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, La documentation française*, 1990, p.179.

CHAPITRE 2 : LA COUR DE CASSATION ET LA DÉCOUVERTE DE L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ EN DROIT DU TRAVAIL

87. L'application d'un principe d'égalité en droit du travail pourrait, a priori, étonner. En effet, cette branche du droit est tout entière construite sur le constat d'une inégalité : celle de l'employeur et du salarié. Certes, le contrat de travail, à l'instar de tous les contrats régis par le Code civil, est conçu en référence au primat de l'autonomie de la volonté de cocontractants libres et égaux en droit¹. Toutefois, le critère qui distingue le contrat de travail des autres contrats est l'existence d'un lien de subordination. Ainsi, l'employeur exerce un pouvoir de direction, de surveillance et de sanction sur son cocontractant, le salarié². La reconnaissance et le légitimation du pouvoir de l'employeur « *a pour effet de détruire l'égalité théorique des contractants* »³. Afin de compenser cette inégalité le droit du travail instaure un statut en faveur de salarié qui ne serait être écarté par la volonté des parties. En outre, les relations de travail suppose également la prise en considération de l'intérêt collectif des salariés et le principe de participation confère à ces derniers le droit d'être représentés⁴. Le droit du travail

¹ Voir par exemple : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Paris, 1912, p. 3 ; A.-J Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, p. 198 ; J-E-M Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Ed. Confluences, 1999, p. 51.

² Dans sa jurisprudence du 13 novembre 1996, la Cour de cassation affirme que « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* », cf. Soc.13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Bull.* 1996 V N° 386 p. 275 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, , Dalloz, Paris, 2008 n°2, p.3.

³ E. Vogel-Polsky, « Des contradictions de l'égalité en droit du travail », in R. Dekkers, P.Foiers, C. Perelman, L. Ingber (dir.), *L'égalité*, Travaux du Centre de philosophie du droit, vol. IV, ULB, Bruxelles, p. 38.

⁴ Nous n'étudierons toutefois pas l'application de l'exigence d'égalité aux organisations syndicales. En effet, dans le cadre du dialogue nous sommes amenés à cantonner l'étude à des objets communs, partagés avec les autres juridictions. Néanmoins, précisons que cette question connaît une actualité avec la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 (Q.P.C. 2010-42), selon laquelle : « *Considérant, en second lieu, que les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales ; qu'en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté* » (considérant n°7). Plus particulièrement, sur les distinctions opérées au sein même des conventions collectives

autorise le rapport de force, susceptible de rééquilibrer les relations de travail. Enfin, certains voient dans le « renouveau » du contrat de travail¹, un moyen pour le salarié de résister à certains projets de l'employeur. La conception du contrat alors offerte par les juges de la chambre sociale serait inscrite dans le solidarisme contractuel² qui, au-delà de la fraternité entre les cocontractants, vise à « rééquilibrer » la relation contractuelle, orientation empreinte d'une idée d'égalisation des relations contractuelles³.

Toutefois, l'ensemble de ces considérations, si elles sont sous-tendues par une idée d'égalité et plus particulièrement de rendre les parties au contrat concrètement « plus égales », n'entrent pas dans l'exigence d'égalité en droit du travail. Celle-ci ne remet pas en cause l'essence de la relation de l'employeur et du salarié, qui reste régit par le pouvoir de l'un sur l'autre et donc d'une relation essentiellement inégale⁴. L'exigence d'égalité ne vise pas la remise en cause du pouvoir de l'employeur, mais bien au contraire a pour fonction d'en encadrer l'exercice. En effet, l'exigence d'égalité, à l'instar du droit public, a pour fonction d'encadrer le pouvoir, en l'occurrence celui de l'employeur. Dès lors, l'exigence d'égalité tout en encadrant le pouvoir de ce dernier le légitime dans le même temps. De telle sorte que, l'exigence d'égalité s'apprécie eu égard aux traitements appliqués aux salariés dans leur ensemble. Elle vise non pas seulement le rapport de l'employeur avec un salarié pris individuellement, mais suppose de contrôler le traitement réserver à l'un d'entre eux à l'aune des traitements appliqués en faveurs des autres.

Le droit du travail connaît depuis longtemps de dispositifs de non-discrimination. Ceux-ci ont fait récemment l'objet, sous la pression du droit de l'Union européenne, de nombreuses réformes législatives et connaissent d'un contentieux croissant. En outre, la Cour

entre organisations syndicales (signataires/non signataires ; représentatives/nonreprésentatives et en fonction de l'audience électorale), voir G. Borenfreund, « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2001, p.821 et du même auteur « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. soc.* 2008, p.106.

¹ P. Waquet, « *Le renouveau du contrat de travail* », RJS 1999, p. 383.

² Voir notamment : A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006 ; D.Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges Terré*, Dalloz 1999, p. 603 ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges Ghestin*, p.301.

³ Voir en particulier A. Vittolo-Ludmann, *Egalité, liberté et relation contractuelle de travail*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004.

⁴ A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. Soc.*, 1990, p. 68.

de cassation n'a dégagé le principe d'égalité de traitement¹ qu'à compter de la jurisprudence *Ponsolle*, le 29 octobre 1996. L'affirmation de l'exigence d'égalité est donc (relativement) récente en droit du travail, mais aujourd'hui clairement établie, au point que la chambre sociale compte désormais une section spécialement dédiée à ces questions².

88. En droit du travail, la reconnaissance de l'exigence d'égalité s'inscrit dans deux mouvements « de fond » qui ont marqué la matière. Le premier a émergé avec les lois dites « Auroux » de 1982 et de 1983 qui concrétisent une « *vague de pénétration de la citoyenneté dans l'entreprise des années 80* »³. Ainsi, la qualité de citoyen du salarié emporte que celui-ci continue de jouir de ses droits et libertés fondamentaux sur le lieu de travail et durant le temps de travail. Le thème de la citoyenneté du salarié dans l'entreprise a connu un prolongement dans la constitutionnalisation⁴ croissante de la branche « droit du travail » et par l'apparition et l'extension des droits et libertés fondamentaux⁵. L'exigence d'égalité s'inscrit pleinement dans ce sillage. Néanmoins, il est remarquable que les règles de non-discriminations ont toujours fait l'objet d'un dispositif spécifique au sein du Code du travail. L'affirmation du principe d'égalité de traitement est le fruit d'une consécration jurisprudentielle. Ainsi, l'exigence d'égalité a été reconnue en dehors de l'article L.1121-1 du Code du travail, qui fait figure de disposition matricielle du respect des droits fondamentaux du salarié⁶.

Le second mouvement est celui du contrôle du pouvoir de l'employeur. La reconnaissance d'un pouvoir et donc des contraintes que l'un peut imposer à l'autre, rapproche le droit du travail du droit public, qui vise le pouvoir unilatéral des autorités

¹ Initialement sous la dénomination du principe « à travail égal, salaire égal ».

² Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport de la Cour de cassation, La Documentation française, 2008.

³ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24e éd. p. 726.

⁴ A. Jeammaud, « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », A.J.D.A. 1991, p.612 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 6e éd., p. 643.

⁵ I. Vacarie et A. Lyon-Caen, « Droits fondamentaux et droit du travail », *Études en l'honneur du Président Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, décembre 2000 ; G. Lyon-Caen, *Rapport sur les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992 ; P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Liaisons, 2003.

⁶ Précisons que cet article ne protège pas uniquement les droits et libertés fondamentaux, mais également des libertés non fondamentales, cf. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40273 arrêt Bermuda, comm. F. Guiomard, « L'entreprise et le bermuda, (à propos d'un arrêt un peu « short ») », *D.* 2003, p.2718.

étatiques¹. Suite à cette reconnaissance, la Cour de cassation a élaboré une jurisprudence qui vise à encadrer, sans le remettre en cause, le pouvoir discrétionnaire de l'employeur². L'un des instruments de ce contrôle, aujourd'hui, est l'exigence d'égalité.

Le droit du travail constitue sans nul doute le domaine du « droit privé » dans lequel l'exigence d'égalité se déploie le plus. A cet égard, le rapport 2008 de la Cour de cassation³ relatif à la non-discrimination consacre une large part de ses développements au droit du travail.

89. Il convient dans un premier temps de retracer la consécration et les évolutions qui ont touchés les dispositifs de non-discrimination et du principe d'égalité de traitement (section 1), afin d'en étudier dans un second temps le contrôle et les contraintes qui en découlent pour les employeurs et les interlocuteurs sociaux (section 2).

SECTION 1 : DES RÈGLES DE NON-DISCRIMINATION À L'ÉGALITÉ DES SALARIÉS

90. Si le Code du travail compte, depuis plus de vingt ans, des dispositions qui prohibent le recours à certains critères⁴ déterminés, c'est-à-dire des règles de non-discrimination, ces dernières ont longtemps fait l'objet d'une mobilisation parcimonieuse dans le contentieux. Cependant, depuis un peu plus de dix ans, ces règles font l'objet d'un nombre exponentiel d'invocations et d'une attention accrue de la part des juges de la Cour de cassation, qui en ont renforcé le régime juridique en faveur des victimes de discrimination (§1.). Concomitamment, la Cour de cassation a découvert un principe « *à travail égal, salaire égal* », pierre fondatrice d'un principe d'égalité de traitement d'application plus étendue (§2.).

¹ Notons, que d'un point de vue académique, « l'ancêtre » du droit du travail, le droit ouvrier, était inscrit dans le droit public et non au côté du droit civil. Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que le droit du travail est inscrit dans le « droit privé », cf. M. Touzeil-Divina, allocution d'ouverture du colloque « Droit(s) des du travail et fonctions publiques: Unité(s) des droits ? », Paris Ouest Nanterre la Défense, 30 septembre 2010.

² Voir P. Lokiec, *Contrat et pouvoir- Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004.

³ Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2008.

⁴ Le Code vise les « motifs » de discrimination (voir en particulier l'article L.5321-2 du Code du travail). Le terme de motif peut être entendu au sens de mobile discriminatoire, qui suppose de prendre en considération la subjectivité de l'auteur de l'acte. Or, l'une des évolutions les plus notables en la matière vise précisément à ne plus prendre en considération l'intention de l'auteur dans la qualification de la discrimination.

PARAGRAPHE 1 : LE RENFORCEMENT DES RÈGLES DE NON-DISCRIMINATION

91. L'article L.1132-1 du Code du travail¹, anciennement codifié sous le numéro L. 122-45 du même code, constitue le cœur du dispositif antidiscriminatoire en droit du travail² français. L'une des premières lois³ ayant instauré une règle de non-discrimination a été celle du 4 août 1982⁴, qui n'avait pour champ d'application que les licenciements et les sanctions disciplinaires. Ce dispositif a, depuis, été l'objet de modifications, de rectifications et d'enrichissements⁵ réguliers⁶. Ces réformes ont concrétisé dans un premier temps la

¹ « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

² Le dispositif antidiscriminatoire était avant la recodification éclaté dans le code du travail, cf. L-122-45, L.122-46, L.122-49, L.123-1, L.123-5, L.412-2 du Code du travail.

³ La première fût celle du 27 avril 1956 relative à la discrimination syndicale. Aujourd'hui codifiée à l'article L.1132-1 du Code du travail.

⁴ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 art. 1 *J.O.* du 6 août 1982. A. Junter-Loiseau, « La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle », *Dr. Soc.* 1987, p.143.

⁵ En particulier, sous l'influence du législateur et du juge de l'Union européenne, voir Partie 2.

⁶ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 dite "loi Roudy" portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ; loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (*J.O.* du 4 janvier 1985) ; loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (*J.O.* du 26 juillet 1985) ; loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 portant réforme du code de la mutualité (*J.O.* du 26 juillet 1985) ; loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap (*J.O.* du 13 juillet 1990) ; loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (*J.O.* du 1er janvier 1993) ; loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*J.O.* du 17 novembre 2001) ; loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale – article 164 - (*J.O.* du 18 janvier 2002), cf. M. Keller, « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *D.* 2002.1355 ; loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*J.O.* du 5 mars 2002) ; loi n°2001-1247 du 21 décembre 2001 visant à accorder une priorité dans l'attribution des logements sociaux aux personnes en situation de handicap ou aux familles ayant à leur charge une personne en situation de handicap ; loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ; loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, cf. J. F. Cesaro *J.C.P. S.* 2006, 1273 ; loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (*J.O.* n°0123 du 28 mai 2008 page 8801), *Comm.* : J.-F. Cesaro, *Dr. Soc.* 2008, p. 654, K. Said, *R.D.T.* 2008, p.393 et M.-T. Lanquetin, *Dr. Soc.* 2008, 778.

généralisation de l'application du dispositif à l'ensemble des actes de l'employeur, puis dans un deuxième temps ont ajouté de nouveaux critères et ont marqué un enrichissement conceptuel¹.

Ces réformes législatives ont été accompagnées d'une mobilisation accrue dans le contentieux² qui a permis une évolution notable de l'interprétation jurisprudentielle en la matière (I). Les affaires relatives à la discrimination syndicale sont les plus symboliques du renforcement du dispositif antidiscriminatoire³ (II).

I. LE RENFORT JURISPRUDENTIEL DU DISPOSITIF ANTIDISCRIMINATOIRE

92. L'article L.1132-1 du Code du travail se caractérise par une construction complexe. Le législateur concentre en une phrase la liste de l'ensemble des domaines d'application du dispositif, suivie de celle de l'ensemble des critères considérés comme discriminatoires, sans oublier les différentes formes (directe ou indirecte⁴) de discrimination prohibée. S'agissant de critères prohibés, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit, sous peine de nullité, tout acte ou disposition pris en considération de l'origine du travailleur, de son sexe⁵, de ses mœurs⁶, de son orientation sexuelle¹, de son âge², de sa situation de famille³ ou de sa

¹ En particulier celui de la discrimination indirecte.

² Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2008, p. 89 : « Il convient tout d'abord de remarquer que si le nombre de pourvois portant, à titre principal ou à titre accessoire, sur des demandes au titre de la discrimination ont été en constante augmentation jusqu'à l'année 2006, l'année 2007 marque une stagnation, voire une diminution du contentieux sur ce point. En 2006, 139 décisions avaient été rendues, évoquant la discrimination (ou l'absence de discrimination) ; en 2007, on ne compte plus que 111 décisions. Le contentieux de la discrimination, au moins devant la Cour de cassation semble donc être moins exponentiel qu'on avait pu le penser. L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives pourrait toutefois conduire à un nouvel accroissement, au moins provisoire, des pourvois ». Néanmoins, ces pourvois font l'objet d'un taux de non-admission ou de rejet supérieur à la moyenne des recours devant la Cour de cassation qui s'explique, selon cette dernière, par une jurisprudence stable et par le renvoi à l'appréciation souveraine des juges du fond.

³ Le thème de la discrimination syndicale génère un contentieux important et appelle une attention particulière de la doctrine, voire notamment P.-Y. Verkindt, « Regards sur la discrimination syndicale » *J.S.L.* 2005, n° 173, p.1.

⁴ Le Code du travail a accueilli tardivement cette notion cf. loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, *Op. cit.*

⁵ Sous réserve de l'article L. 1142-2, alinéa 1 du Code du travail.

⁶ Ce critère, introduit par la loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, a certainement vu son utilité réduite depuis que l'orientation sexuelle et la situation de famille comptent parmi les critères discriminatoires. Toutefois, ce critère peut receler encore quelque intérêt comme le montre une décision de la HALDE qui, dans sa délibération n°2007-32 du 12 février 2007, affirme : « *Le refus d'embauche d'une*

grossesse, de ses caractéristiques génétiques⁴, de son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie⁵, une nation⁶ ou une race⁷, de ses opinions politiques, de ses

personne au seul motif qu'elle fume ou la subordination de son embauche à une condition liée à l'absence de tabagisme constitue une discrimination en raison de ses mœurs ».

¹ À propos de l'affaire du sacristain homosexuel, cf. Soc. 17 avril 1991, *D.* 1991, IR .10 ; *J.C.P.* 1991.II.21724, note Sériaux ; *Dr.Soc.* 1991, p.485, note J. Savatier ; *R.J.S.* 1991, p.297, n°558.

² Voir par exemple Soc. 21 décembre 2006, n°0512816. Sous réserve de l'article L. 1133-2 du Code du travail, aujourd'hui applicable, qui définit un régime spécifique pour le critère de l'âge. Cet article dispose : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Ces différences peuvent notamment consister en : 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite* ». Le salarié mis à la retraite en raison de son âge alors qu'il ne remplit pas les conditions légales prévues pour ce mode de rupture est juridiquement victime d'une discrimination fondée sur l'âge (Soc., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 412, pourvoi n° 05-12.816).

³ Soc. 10 février 1999 (lien conjugal, création d'une société concurrente par le conjoint) *D.* 1999, IR 68 ; *R.J.S.* 1999, p.360, N°363 ; *Dr. Soc.* 1999.410, obs. M.Bonnechère ; Soc. 1 juin 1999 (lien de filiation à un autre salarié de l'entreprise), *Dr. Soc.* 1999, p.838, obs. C.Roy-Lousterneau ; *R.J.S.* 1999, p.554, n°898. Voir cependant Soc. 26 février 2002, *Dr. Soc.* 2002, p.560, obs. J. Savatier : qui admet qu'un avantage soit déterminé sur le fondement d'un critère indépendant du travail fourni en l'occurrence la situation de famille de l'agent (dans le statut des mineurs). Le licenciement est autorisé s'il crée un trouble objectif causé à l'employeur, cf. par exemple Soc. 14 novembre 2000, *R.J.S.* 2001.18, n°21.

⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, cf. Y. Lambert-Faivre, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé - II - Les droits des malades, usagers du système de santé », *D.* 2002, chron. p. 1291.

⁵ Voir la décision C.const.15 novembre 2007, D.C. n° 2007-557, relative à la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, dans laquelle le Conseil constitutionnel établit que l'ethnie et la race ne peuvent constituer des données objectives pour les besoins de l'étude de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration, cf. C. Willmann, « Définir la race et l'ethnie, préalable contre le racisme en entreprise », *Dr.Soc.* 2007, p.936 ; Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1.

⁶ Soc. 10 décembre 2002, *R.J.S.* 2003, n°152 et chron. J.-P.Lhernould, *R.J.S.* 2003, p. 207. Toutefois ce critère ne permet pas la revendication d'avantages octroyés à des salariés dont le contrat relève d'un autre droit national, cf. Soc. 17 juin 2003, *Dr. Soc.* 2004.694, note A. Jeammaud ; *D.* 2003, IR, 2209, *R.J.S.* 2003.662, n°974. De même n'est pas discriminatoire la prime versée aux salariés étrangers, qui vise à compenser l'inconvénient de l'installation de l'individu dans un pays étrangers, cf. Soc. 9 novembre 2005, *D.* 2005, IR 2972 ; *D.* 2006, Pan. 419, obs. F. Guiomard ; *R.J.S.* 2006, p.127, n°210 ; *Dr. Soc.* 2006, p.221, obs. Jeammaud. En effet, estimant que l'embauche ne revêt un caractère définitif qu'à l'expiration de la période d'essai, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait condamné pour refus d'embauche discriminatoire un employeur qui avait rompu la période d'essai d'un salarié en raison de sa nationalité marocaine (Cass. crim., 14 oct. 1986, n° 85-96.369 *Bull. crim.* 1986, n° 287 ; *Rev. sc. crim.* 1987, p. 460, obs. A. Lyon-Caen. – T.G.I. Châlons-sur-Marne, 22 oct. 1997 : *D.O.* 1999, p. 71, note M. Miné). Voir également à propos de ce critère Partie 2, titre 2, Chapitre 1, section 1.

⁷ C.A. Paris 17 oct. 2003, Restaurants du Moulin Rouge, cf. M. Miné, « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal: À propos de la décision Moulin rouge », *D.O.* 2003.270 ; M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni », *Travail et Emploi* 1999, p.91 ; C. Haguenu-Moizard : « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *R.I.D.C.* 1999, p.281 ; A. Gardin et A. L. Zabel, « Les discriminations raciales au travail », *R.J.S.* 2003, chron. p. 87 ; C. Willmann, « Définir la race et l'ethnie, préalable contre le racisme en entreprise », *Dr.Soc.* 2007, 936. La

activités syndicales¹ ou mutualistes, de ses convictions religieuses², de son apparence physique³, de son nom de famille et enfin, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail⁴, de son état de santé⁵ ou de son handicap⁶. Quant au domaine d'application de la non-discrimination, il s'étend à tous les aspects de la relation de travail⁷, du recrutement⁸ à la rupture du contrat de travail⁹, en passant par la rémunération, la formation, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle¹⁰, la mutation, le renouvellement de contrat, les sanctions disciplinaires, le licenciement¹¹, la représentation du personnel, la mise à la retraite¹². La liste de ces domaines n'est pas limitative¹³. La chambre

prohibition du racisme s'applique évidemment aux salariés eux-mêmes, cf. au sujet de propos racistes (première affaire) ou antisémites (seconde affaire) envoyés par la messagerie professionnelle, qui constitue une faute grave, cf. Soc. 2 juin 2004, pourvoi n°02-44904 et 03-45269, *Bull.* 2004 V N° 150 p. 143, *L.S.*, bref social n°14151.

¹ Voir II de ce paragraphe.

² La jurisprudence ne semble pas, en l'état actuel, accueillante à ce critère de discrimination. En effet, la chambre sociale semble considérer que la manifestation de sa religion doit rester en dehors du contrat de travail, l'employeur peut exiger du salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché (Soc. 24 mars 1998, *Dr. Soc.* 1998.614, obs. J. Savatier). A propos du port du foulard, voir Paris 19 juin 2003, *D. Somm.* 174, obs. Pousson ; *R.J.S.* 2003.767, n°1116 ; C.P.H. Lyon, 16 janvier 2004 et C.P.H. de Paris, 17 décembre 2002, *Dr. Soc.* 2007.358, obs. Savatier. A propos des entreprises de tendances, voir Soc. 20 novembre 1986, *Dr. Soc.* 1987, note J. Savatier ; *J.C.P.* 1987.II.20798, note Revet ; voir également Partie 2, Titre 1, chapitre 2. Cette question est néanmoins devenue une préoccupation première de la HALDE, cf. délibération 2007-301, voir comm. K. Berthou, *R.D.T.* 2008, p. 238 ; ce qui pourrait amener la jurisprudence à évoluer.

³ C.A. Orléans, 21 juin 2007, *R.D.T.* 2008, 106, obs. K. Berthou.

⁴ Soc. 28 janvier 1998, *Dr. Soc.* 1998.406, obs. A. Mazeaud

⁵ Sur ce critère, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, section 2, I, A. Voir également J.P. Laborde, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 615.

⁶ J.-P. Laborde, « A propos du projet de loi sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », *Dr. Soc.* 2004, 986. Voir la thèse en cours de L. Joly « Discriminations et emploi des personnes handicapées ». Egalement l'article 1133-3 du code du travail : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ».

⁷ G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2006, 822.

⁸ A propos des mentions interdites dans les offres d'emploi, cf. L. 5331-2 et L.1142-1 du Code du travail.

⁹ Licenciement, mise à la retraite notamment.

¹⁰ Soc. 16 juillet 1998, *Dr. Soc.* 1998, 947, obs. M.-T. Lanquetin

¹¹ C'est précisément parce que l'article L. 122-45 ne visait initialement que les sanctions disciplinaires et le licenciement et que cela avait pour effet d'exclure de son champ d'application toutes les ruptures du contrat de travail qui n'étaient pas qualifiées de licenciement que, dans un premier temps, la jurisprudence a refusé d'appliquer ce texte à la rupture de la période d'essai (CA Versailles, 5e ch. soc., 9 mai 1986, Joubin c/ AEFTI : *D.* 1987, p. 5, note J.-P. Karaquillo).

¹² Soc. 15 juin 1999, *Dr. Soc.* 1999.779, obs. J. Savatier.

¹³ L'article L. 1132-1 du Code du travail emploie l'adverbe « *notamment* » avant l'énoncé de la liste des domaines d'application.

sociale n'a pas hésité à l'étendre, par exemple, à la rupture en cours de période d'essai¹, hypothèse non visée le Code du travail. Dès lors, la prohibition de la discrimination s'applique à tous les actes de la relation de travail.

Si l'article L.1132-1 du Code du travail constitue le cœur du dispositif antidiscriminatoire, il existe des dispositions complémentaires. Tout d'abord, l'article L. 1321-3 du Code du travail, qui est relatif au règlement intérieur, reprend la même liste de critères, à cette différence près qu'il exige que la discrimination des salariés dans leur emploi ou leur travail soit « *à capacité professionnelle égale* ». Une telle rédaction suppose donc que la discrimination ne peut être constatée que suite à une comparaison entre les situations des salariés de l'entreprise. Cette condition n'existe pourtant pas dans l'article L.1132-1 du Code du travail, si bien qu'il apparaît douteux, sauf à prendre cette dernière expression à la lettre, que les règles de non-discriminations ne trouvent alors à s'appliquer qu'entre salariés possédant la même qualification professionnelle. Imposer une comparaison affaiblirait de fait les règles de discrimination en la matière, ce qui est manifestement contraire à l'intention du législateur et au mouvement de la jurisprudence qui tend à étendre le dispositif antidiscriminatoire à tous les actes de la relation de travail² et qui reconnaît la possibilité de qualification d'une discrimination en dehors de toute comparaison³. Cela modifierait leur nature même. D'autres différences existent au sein du dispositif antidiscriminatoire dans le Code du travail. Certains critères ont un régime spécifique⁴, qui ne se résume pas à la simple

¹ Soc. 16 février 2005, pourvoi n° 02-43.402, *S.S.L.* 7 mars 2005, n°1205, p. 10, obs. F.V. ; *J.S.L.* 2005, n° 164-2, obs. M. Hautefort ; *T.P.S.* 2005, comm. 113, note P.-Y. Verkindt ; *R.J.S.* 2005, n° 469, p. 339 ; *D.*2005, I.R., p. 668. A propos de la période d'essai, voir D. Noguéro, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. Soc.* 2002, p. 589, spéc. p. 602. et M.-C. Amauger-Lattes, « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *J.C.P. E.* 2004, 154. Cet arrêt retient l'attention précisément en ce qu'il porte la lutte contre les discriminations au cœur de la période d'essai. Néanmoins, la jurisprudence refuse jusqu'à aujourd'hui, malgré les critiques répétées de la doctrine, d'étendre la protection de la femme enceinte contre le licenciement à la rupture en cours de période d'essai, cf. Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n°05-44806, a précisé qu'« *il est exact que les dispositions de l'article L. 122-25-2 du Code du travail relatives à l'annulation du licenciement d'une salariée en état de grossesse en cas de connaissance postérieure par l'employeur de cet état ne sont pas applicables à la rupture en période d'essai* » ; pour une critique voir par exemple les observations de J. Savatier, *Dr. Soc.* 2007, p.357.

² En ce sens voir E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, Paris, 2010, n°163 et suivants.

³ Soc. 10 novembre 2009, n° du pourvoi 07-42849 ; S. Maillard, « Discrimination et harcèlement : précisions de la Cour de cassation », *D.*2009, p.2857 ; N. Léger, « Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles », *J.C.P. S.* 2009, act. 602.

⁴ Bien que l'état de santé soit mentionné dans l'article L. 1132-1 du code du travail, celui-ci connaît un régime quelque peu à part, car reposant sur le constat d'un médecin.

prohibition du recours au critère discriminatoire. Ainsi, la protection des grévistes suppose l'exercice normal du droit de grève¹. En outre, des différences de traitement sont admises, dans une certaine mesure², pour les critères du sexe³, de l'âge⁴ et du handicap⁵.

Les dispositions du Code du travail sont complétées par celles du Code pénal. Certaines discriminations en droit du travail sont réprimées pénalement. Les articles 225-1⁶ et

¹ L. 1132-2 du code du travail : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève* ». La règle de non-discrimination pour fait de grève a été consacré comme un principe général du droit par la Conseil d'État cf.: C.E.12 novembre 1990, D. 1992, somm. 159, obs. D. Chelle et X. Prétot.

² Voir en particulier Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

³ Voir l'article R.1142-1 du Code du travail, qui dispose : « *Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :*

1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;

2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;

3° Modèles masculins et féminins. »

⁴ L'article L.1133-2 du Code du travail dispose : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Ces différences peuvent notamment consister en : 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite* ».

⁵ L'article L.5213-6 du Code du travail dispose : « *Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3* ». Ce dernier article dispose : « *Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination* ».

⁶ L'article dispose : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.* » C'est un délit dont la peine encourue est de trois ans d'emprisonnement. Voir A. Cerf-Hollender., « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof* ; P. Guerder, « Poursuite et répression pénale des discriminations en

225-2-3^o et 5^o¹ du Code pénal punissent de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende la discrimination² qui consiste à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier en raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'état de santé ou d'un handicap, des mœurs, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion. Cependant, l'article 225-3-2^o du Code pénal exclut de la répression pénale les discriminations en raison de l'état de santé ou du handicap en cas de refus d'embauche, si l'inaptitude a valablement été constatée par le médecin du travail. L'article 225-3-3^o du Code pénal exclut de la condamnation pénale toute distinction fondée sur le sexe lorsque ce critère constitue, en vertu des dispositions du Code du travail, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. Outre le champ plus restreint des discriminations réprimées pénalement, les victimes de discrimination privilégient rarement l'action pénale sur l'action civile, car, outre la preuve de l'élément matériel³, il est nécessaire de rapporter celle de l'élément intentionnel. Or, celui qui s'estime victime de discrimination est confronté en pratique à des difficultés notables chaque fois que l'intention discriminatoire ne ressort pas expressément des propos, des écrits ou d'autres manifestations de nature à éclairer les juges sur les dispositions d'esprit de celui qui est suspecté de commettre l'acte discriminatoire⁴. La chambre criminelle de la

droit du travail », *Dr. soc.* 1995, p.447. Voir les thèses de M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, 1984 et D. Decheneaud, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., Paris, 2008. Voir également, E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *A.J.P.* 2008 p. 303 ; cette dernière revue, dans son numéro 7-8/2008, a consacré un dossier à la « Lutte contre la discrimination : la voie pénale ». Soucieuse de ne pas dépasser les termes de la loi, la chambre criminelle a aussi, fort justement, considéré que des propos blessants et racistes pouvaient cependant ne pas relever du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, prévu par l'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881, cf. *Crim.*, 29 janvier 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 25, pourvoi n° 07-83.695.

¹ Qui dispose : « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste : (...) 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; (...) 5° A subordonner une offre d'emploi, (...)* ».

² Les personnes morales peuvent également être condamnées de ce chef, dans les conditions définies de l'article 225-4 du Code pénal, depuis le 1^{er} janvier 2006.

³ C'est-à-dire la preuve du refus d'embauche, du licenciement ou de la sanction disciplinaire.

⁴ Par exemple, l'entrée d'un établissement (bibliothèque, casino, etc.) peut être l'objet d'une sélection sur la base de critères plus ou moins objectifs comme l'apparence vestimentaire. Il est évident que de telles motivations peuvent en dissimuler d'autres moins honorables. Les juges s'abstiennent cependant d'entrer en répression lorsqu'un doute subsiste, cf. *Crim.* 25 avril 1989, pourvoi n° 8696046. De même les juges se sont montrés cléments quant à la maladresse de l'auteur de l'acte cf. *Crim.* 17 janv. 1984, *D.* 1984, IR 230, pour un employeur ayant préféré un homme à une femme pour pourvoir un poste de psychologue en se fondant sur des critères professionnels et techniques mais en notifiant sa décision à la candidate malheureuse de façon très maladroitement.

Cour de cassation a ouvert la voie à des modes alternatifs de preuves, tels que le « testing »¹. Le procédé consiste dans un premier temps à demander à plusieurs personnes ou groupes de personnes, qui sont, par exemple, en apparence d'origines différentes, de se présenter successivement devant une discothèque, de postuler à un emploi ou encore de solliciter un logement, puis dans un second temps, à enregistrer la manière dont chacune d'elles est accueillie. Lorsque les candidats, clients ou postulants d'origine étrangère se voient, contrairement aux autres, systématiquement opposer un refus, les organisateurs du « testing » suscitent ou provoquent l'engagement de poursuites du chef de discrimination, en l'occurrence de discrimination raciale. Toutefois, cette dernière méthode semble hasardeuse² et, mis à part quelques « coups » médiatiques retentissants, d'une efficacité relative³.

93. En matière de non-discrimination, tout est affaire de critères. Toute décision ou mesure prise sur le fondement de l'un de ceux visés par la loi est illégitime, car dénuée de raison. Il n'est pas réellement nécessaire de recourir à la comparaison : l'unique salarié d'une entreprise, qui n'aurait donc pas d'autres collègues avec qui se comparer, peut être victime d'une discrimination en raison de son sexe ou de ses convictions religieuses ou politiques⁴. L'absence de nécessité de comparaison a été clairement rappelée par la chambre sociale :

« Attendu, cependant, que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »⁵.

Les règles de non-discrimination visent à lutter contre les décisions arbitraires. Une décision à l'égard d'un salarié motivée par l'un des critères discriminatoires est en elle-même

¹ Crim. 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 131; *R.S.C.* 2002, p.879, obs. Renucci ; *R.T.D. civ.* 2002, p.498, obs. Mestre et Fagès. *Adde*: Collet-Askri, « Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.* 2003. Chron. 1309. Voir également C.A. Toulouse, 5 oct. 2004, *J.C.P.* 2005. IV. 1318.

² Dont le caractère déloyal est dénoncé, cf. J.-F. Renucci, « La loyauté des preuves et les procédés dit de « testing » », *R.S.C.* 2002 p. 879; du même auteur « Le principe de loyauté des preuves », *R.S.C.* 2006 p. 879.

³ J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *A.J.P.* 2008 p. 310 ; T. Sagardoytho, « Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire », *A.J. P.* 2008 p.313.

⁴ Voir en ce sens J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, , Dalloz, Paris, 2008 et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, Paris 2009.

⁵ Soc. 10 novembre 2009, n° du pourvoi 07-42849 ; S. Maillard, « Discrimination et harcèlement : précisions de la Cour de cassation », *D.*2009, p.2857 ; N. Léger, « Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles », *J.C.P. S.* 2009, act. 602.

arbitraire¹. Comme l'écrit Monsieur Jeammaud², ces critères sont exclus des raisons admissibles d'une décision de l'employeur. Les règles de non-discrimination ne visent pas tant le contenu de la décision ou de l'acte, mais plutôt sa « racine », la motivation de son auteur³. Les règles antidiscriminatoires répriment également les décisions qui ont un effet discriminatoire⁴. Ces règles connaissent quelques exceptions, notamment si la prise en compte du critère discriminatoire est justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁵. Par exemple, le Code du travail⁶ ne réprime pas une offre d'embauche exclusivement adressée à des actrices⁷, excluant *de facto* les acteurs⁸. D'autres règles de non-discrimination ne visent pas la prohibition de recourir à certains critères discriminatoires, mais visent au contraire à encadrer leur recours⁹. Une décision fondée sur l'état de santé du salarié n'est pas nécessairement illicite, mais elle doit respecter une procédure et nécessite de recueillir l'avis du médecin du travail au préalable¹⁰.

94. La chambre sociale s'est longtemps attachée à l'élément intentionnel, refusant de caractériser l'existence de la discrimination en fonction des effets discriminatoires de la décision¹¹. La discrimination indirecte¹ n'a donc été que tardivement reconnue par le juge

¹ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.

² A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, en particulier p.695.

³ Néanmoins le contenu de l'acte ou de la décision, de par son énoncé, est un élément premier de la preuve des critères de son auteur.

⁴ Voir en particulier le concept de discrimination indirecte, *infra* et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, II.

⁵ Cf. L.1133-1 du Code du travail : « *L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Cf. Partie 2, titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, I.

⁶ Article L.1142-2 du Code du travail, qui dispose : « *Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables* ».

⁷ En application de l'article R.1142-1 *Op.cit.*

⁸ En sens inverse le métier d'acteur a longtemps été réservé exclusivement aux hommes au Japon, qui devaient donc se travestir pour jouer le rôle de femmes, en application de la tradition du « Kabuki ».

⁹ Voir par exemple à propos du handicap et de l'âge. Sur ce type de règle de non-discrimination, qui relève d'une logique de suspicion plus que de prohibition, voir Partie, Titre 2, chapitre 1.

¹⁰ L'article L.1226-2 du Code du travail dispose en effet : « *Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail* » (nous soulignons).

¹¹ Voir *infra* à propos des carrières des mandatés syndicaux.

judiciaire². Dans l'arrêt du 9 janvier 2007³, la chambre sociale consacre expressément la discrimination indirecte, en la relevant d'office et en cassant l'arrêt d'appel qui n'avait pas constaté une telle discrimination, laquelle résultait de l'application d'un accord collectif sur l'aménagement et la réduction du temps de travail. L'accord en cause mettait en place une modulation du temps de travail : la durée hebdomadaire pouvait varier de 44 heures, en périodes hautes, à 21 heures, en périodes basses. Une salariée, absente en périodes hautes au cours de deux années consécutives, pour maladie, avait vu ses périodes d'absences décomptées sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures⁴. De cette manière elle se retrouvait en fin d'année débitrice d'heures de travail⁵. Ce mode de calcul avait pour effet d'amplifier l'importance de ses absences. Relevons dès à présent que la Cour de cassation reprend à l'occasion de cette affaire la définition communautaire de la discrimination indirecte⁶. Celle-ci est caractérisée par une mesure « *apparemment neutre* », qui constitue en

¹ La discrimination indirecte est définie par le droit communautaire : « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* », cf. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

² Un arrêt avait ouvert, au détour d'un dispositif dans un arrêt de rejet, la voie à la reconnaissance de la discrimination indirecte, en matière d'égalité homme-femme, cf. Soc. 9 avril 1996, *Bull. civ.* V, n° 146 ; *D.O.* 1998, n° 593, p. 10 : « *Et attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a recherché dans quelle mesure cette disposition serait constitutive d'une discrimination, même indirecte, entre hommes et femmes, a exactement retenu que tel n'était pas le cas* ». Certes, dans cet arrêt la Cour de cassation ne consacre pas de condamnation sur le fondement d'une discrimination indirecte, mais en affirmant que la Cour d'appel avait effectué les recherches adéquates, notamment de discrimination indirecte, elle affirme bel et bien qu'il appartient aux juges du fond de sanctionner les discriminations indirecte constatée.

³ Soc. 9 janv. 2007, pourvoi n°05-43962 ; *D.* 2007. *AJ.* 375, obs. Fabre ; *R.D.T.* 2007, p. 245, obs. Miné ; *ibid.* 182, obs. Véricel ; *R.J.S.* 2007, p. 250, n° 346 ; *Dr. Soc.* 2007, p. 496, obs. Barthélémy. Voir également J.-F. Cesaro, « Temps de travail et discrimination indirecte », *J.C.P. S* 2007, n°1137. Réticence antérieure de la Cour de cassation cf. Soc. 23 novembre 1999, *Dr. Soc.* 2000, p.592, note M.T. Lanquetin.

⁴ Ce choix forfaitaire effectué par l'entreprise, dans le silence de la loi et de l'accord collectif, s'inspire de la solution retenue en matière de calcul de l'indemnité due au salarié absent, pour accident du travail, dans le cadre d'une modulation, Soc. 19 juillet 1994, *Bull. civ.* V n° 244 ; Soc. 13 mars 2002, n° 00-40.337 *R.J.S.* 2002, n° 641.

⁵ Pour poser le problème schématiquement : si la salariée ne travaille que lors des périodes d'activité basses, de 21 heures hebdomadaire et si ses périodes d'absences pour maladie couvrent intégralement les périodes de hautes activités, de 44 heures hebdomadaires, et si ces dernières ne sont décomptées qu'à hauteur de 35 heures seulement (et non de 44 heures), alors nécessairement la salariée va se retrouver avec une moyenne de travail hebdomadaire sur l'année inférieure à 35 heures par semaine. En effet, la salariée n'aura accomplie sur l'année que des périodes de 21 à 35 heures, ce qui implique que sa moyenne hebdomadaire sur l'année sera inférieure à 35 heures par semaine. Ainsi elle se retrouve débitrice d'heures de travail.

⁶ Sur ce concept, voir Partie 2, titre 1, chapitre 2 ; voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, qui porte sur le droit communautaire.

réalité, de par ses effets, « *une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié* ». Dans cette méthode d'analyse, l'intention des protagonistes, auteurs de l'accord collectif, n'est pas en cause et ne fait pas partie du débat. Seul compte l'effet : la personne subit une inégalité de traitement illicite, du fait de son état de santé¹. De manière surprenante, la chambre sociale ne fait pas mention des possibilités de justifications relatives au mode de calcul retenu par l'entreprise. La cour de renvoi aura certainement à se prononcer sur ce point essentiel².

Cet arrêt nous enseigne que le concept de discrimination indirecte s'applique à tous les critères discriminatoires³ et qu'il est susceptible de remettre en cause des dispositifs conventionnels ou des décisions unilatérales de l'employeur, voire leur combinaison⁴. Il sonne comme un avertissement aux interlocuteurs sociaux⁵.

95. La reconnaissance de la discrimination indirecte confère à la non-discrimination une plus grande effectivité, mais le renforcement de celle-ci, dans la jurisprudence de la chambre sociale, provient essentiellement des décisions relatives au régime de ces règles⁶. Ce renforcement s'est développé sur deux terrains : la charge de la preuve et les sanctions.

¹ M. Miné, « Consécration jurisprudentielle de la notion « discrimination indirecte » », *R.D.T.* 2007, p.247.

² M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.* 2001, p. 1112.

³ Et non aux seuls critères discriminatoires, reconnus tels au niveau communautaire, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁴ L'arrêt énonce « *Attendu cependant qu'il résulte des dispositions combinées des articles visés qu'un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur...* ».

⁵ Ils doivent dorénavant veiller à ce que les dispositifs mis en place ne soient pas susceptibles d'engendrer des discriminations indirectes. Par ailleurs, du point de vue de la modulation, cet arrêt impose vraisemblablement qu'en cas d'absence pour maladie en période de haute activité, l'entreprise doit assurer la régularisation de la rémunération en fin d'année sur la base des heures (qui auraient été) réellement effectuées pendant la durée des absences. Autrement dit, l'employeur devra considérer que le salarié a accompli l'ensemble des heures correspondant à la période de haute activité, soit 44 heures ; en ce sens cf. l'article de M. Miné, *Op.cit.*

⁶ A vrai dire, comparativement à d'autres expériences étrangères comme celle du Royaume-Uni, les règles de non-discrimination font l'objet d'un contentieux modeste. La vigilance des juges en la matière n'est pas toujours de mise. Ainsi dans un arrêt de du 8 avril 1992, à propos d'un ordre des licenciements qui attribuait des notes différentes par enfants selon que le salarié était de nationalité européenne d'une part ou magrébine ou turc d'autre part, il a fallu attendre que l'affaire soit portée jusque devant la chambre sociale pour que cette discrimination fondée sur l'origine soit enfin sanctionnée. Cette discrimination a pu être prise malgré la consultation du comité d'entreprise, de l'inspecteur du travail et la saisine des juges du fond, qui ont tous eu à connaître de l'ordre de licenciement ainsi établi. A propos de ce racisme ordinaire, cf. A. Lyon-Caen, « Nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine : ordre des licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié », *D.* 1992, p.293.

Sur le premier de ces terrains, la charge de la preuve, la chambre sociale a fait œuvre de pédagogie. En effet, l'aménagement de la charge de la preuve est une obligation de la législation communautaire¹, mais sans attendre l'expiration du délai de transposition de celle-ci, la chambre sociale a appliqué directement les nouvelles règles² à une espèce bien antérieure à la date butoir. Cette anticipation a permis d'explicitier les conditions de mise en œuvre du nouveau régime. La philosophie du dispositif vise à faciliter la preuve de la discrimination pour la personne qui s'en estime victime. Il est en effet particulièrement difficile de rapporter la preuve d'une intention discriminatoire, puisque celle-ci n'est généralement pas extériorisée, quand elle n'est pas sciemment dissimulée. La difficulté est accrue en droit du travail, la victime étant dans une situation de subordination vis-à-vis de l'auteur de l'éventuelle discrimination³.

L'action des juges du fond s'en trouve profondément modifiée⁴. Ils apprécient souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination, que ceux apportés par l'employeur. Il incombe en effet à ce dernier de justifier sa décision par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁵.

L'accès au juge en matière de discrimination fait l'objet d'une protection particulière⁶. Le salarié, qu'il soit victime ou témoin, se voit offrir une protection en considération de son

¹ Directive 97/80/CE du conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. En application de l'article 7 de la directive la France devait transposer la directive au plus tard le 1er janvier 2001.

² La chambre sociale s'est alors fondée sur l'article 1315 du Code civil, cf. Soc., 13 janv. 2004, *Bull. civ. V*, n° 1; *Dr. soc.* 2004, p. 307, obs. C. Radé et Soc., 28 sept. 2004, *Bull. civ. V*, n° 228 ; *D.* 2004, IR p. 2624 ; *Dr. Soc.* 2004, p. 1144, obs. C. Radé.

³ Le dispositif ne vise pas uniquement l'employeur en tant que tel, mais tous ceux qui exercent une autorité sur le salarié.

⁴ La saisine en référé est possible. A propos de la compétence du juge des référés pour ordonner la réintégration sous astreinte d'un salarié licencié en violation des dispositions de l'art. L. 122-45 [L. 1132-1, nouveau], cf. C.A. Paris, 15 nov. 1995, *D.O.* 1996, p. 173, note P. M. et Chambéry, 21 mai 1996, *D.O.* 1996, p.415, obs. P. Darves Borno. La décision de référé ayant ordonné provisoirement la réintégration d'un salarié est dépourvue de l'autorité de chose jugée, cf. Soc. 1^{er} avril 2008, *J.C.P. S* 2008, p.1337, note Frai.

⁵ Soc. 4 févr. 2009, *J.C.P. S* 2009, p. 1173, obs. A.Bugada.

⁶ Néanmoins les juges du fond n'ont pas l'obligation de relever d'office une discrimination, cf. Soc., 5 juill. 2005, pourvoi n° 03-44.281 : la cour d'appel « *qui était saisie du seul point de savoir si le principe "à travail égal, salaire égal" avait été méconnu, n'avait pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des cas énumérés par l'article L. 122-45 du Code du travail* ».

intervention au cours de l'action en justice¹ contre les éventuelles mesures de rétorsion de l'employeur à son encontre². La chambre sociale a renforcé cette protection par une interprétation compréhensive des textes³. L'accès au juge est ainsi mieux garanti. La Cour de cassation avait également pris soin d'écartier la prescription quinquennale⁴ en matière de non-discrimination, notamment la discrimination syndicale qui se prescrivait par trente ans⁵.

¹ Voir en particulier l'article L.1134-4 du Code du travail : « *Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur, sur le fondement des dispositions du chapitre II, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi. Lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue : 1° Une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois ; 2° Une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L.1234-9 ou par la convention ou l'accord collectif applicable ou le contrat de travail. L'article L.1235-4, relatif au remboursement à l'institution mentionnée à l'article L.5312-1, pour le compte de l'organisme mentionné à l'article L.5427-1, des indemnités de chômage payées au salarié en cas de licenciement fautif, est également applicable* ». Voir également l'article L.1132-2 du Code du travail : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés* ».

² Cette protection ne s'applique néanmoins pas en cas de violation du principe « à travail égal, salaire égal », ce qui apparaît critiquable. En effet, la théorie de l'action en justice est conçue sur le mode d'une liberté : « *il n'y a pas de faute à agir en justice, même lorsque l'on a tort sur le fond, sous réserve tout de même de ne pas avoir abusé de son droit d'agir* » v° G. Wiederkehr « Action en justice » in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF n° 2004; dans le même sens la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier de l'arrêt Golder, exige que soit protégé le droit d'un accès concret et effectif à un tribunal (cf. C.E.D.H. 21 févr. 1975, *G.A.C.E.D.H.* n° 23) ; voir également F. Guiomard, « Droit d'agir en justice du salarié discriminé : une protection inachevée », Soc. 20 février 2008, pourvoi n° 06-40.085 (3e moyen), *Bull. V*, n°38.

³ La Cour de cassation a osé une lecture plus protectrice de ces textes en énonçant que « *le licenciement est nul s'il intervient à la suite d'une action en justice engagée par le salarié sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice* », cf. Soc. 28 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 395.

⁴ En effet la chambre sociale considère que la discrimination syndicale qui a affecté la carrière d'un syndicaliste lui a causé un préjudice qui doit donner lieu à des dommages et intérêts qui font « masse » (voir le rapport 2005 de la Cour de cassation), sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les préjudices proprement salariaux (liés au manque à gagner) et les autres, cf. Soc. 15 mars 2005, *Bull. V* n°86, *D.* 2005, Pan., p.2499, obs. B. Lardy-Pélissier. Ainsi, les dommages et intérêts échappent à la prescription quinquennale de l'ancien article L. 143-14 du Code du travail, applicable aux demandes afférentes aux salaires.

⁵ L'action en réparation du préjudice, résultant d'une telle discrimination, se prescrit par 30 ans, cf. Soc. 15 mars 2005: *Dr. Soc.* 2005. 827, obs. C.Radé ; *R.J.S.* 2005. 376, n° 540. La chambre sociale entend de manière extensive les éléments qui peuvent être pris en compte, cf. Si la prescription trentenaire interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, mais n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fut-elle antérieure à la période non prescrite, cf. Soc. 4 févr. 2009, *J.C.P. S* 2009. 1173, obs. A.Bugada.

Toutefois, le législateur a récemment imposé un retour à la prescription quinquennale, à compter de la « *révélation* » de la discrimination¹.

96. La principale innovation du nouveau régime de la non-discrimination porte sur le régime probatoire. La chambre sociale a mis en valeur les nouvelles règles probatoires. Si, en principe, le demandeur supporte la charge de la preuve, celle-ci, sans être renversée, est aménagée pour être répartie entre le demandeur (le salarié victime de discrimination ou d'inégalité de traitement²) et le défendeur (généralement l'employeur)³. Cet aménagement a été étendu à l'ensemble des critères discriminatoires⁴.

Désormais, l'établissement de la preuve de la discrimination et de l'inégalité de traitement⁵ se divise en deux étapes successives. Dans un premier temps, il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de faits⁶ susceptibles de caractériser une discrimination ou une atteinte au principe d'égalité de

¹ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (*J.O.R.F.* n°0141 du 18 juin 2008 p. 9856).

² La chambre sociale a étendue l'aménagement de la charge de la preuve au principe d'égalité de traitement, cf. Soc. 10 oct. 2000, *Bull. civ.* V, n° 317, *R.J.S.* 12/00, n° 1253 ; Soc. 13 janv. 2004, *R.J.S.* 3/04 n° 290, *Dr. Soc.* 2004, p.307, obs. C. Radé ; Soc. 28 sept. 2004, *Bull. civ.* V., n° 228, *R.J.S.* 12/04, n° 1287, *Dr. Soc.* 2004, p.144, obs. C. Radé ; *D.O.* 2005, p.65, note H. Henay ; Soc. 25 mai 2005, *Bull. civ.* V, n° 178 ; *R.J.S.* 8-9/05, n° 847, *J.C.P. S* 2005, 1174, note F. Bousez.

³ Ces solutions, appliquées par le juge social, ne sauraient valoir en matière pénale où l'accusé doit bénéficier de la présomption d'innocence. Il appartient donc aux parties poursuivantes de faire la preuve non seulement de la disparité de traitement, mais également de l'absence de critères la justifiant. Il n'est guère possible de reprocher à l'employeur de n'avoir pas prouvé le bien-fondé de ses décisions. Il est par ailleurs inutile, pour le relaxer, d'avoir l'absolue certitude que son comportement n'ait pas été discriminatoire. cf. « Discrimination syndicale : charge de la preuve », J.-F. Cesaro, *J.C.P.S.* 2007, n°1493, à propos de l'arrêt Crim., 3 avril 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 105, pourvoi n° 06-81.784.

⁴ Le législateur français n'avait l'obligation de créer cet aménagement que pour les critères considérés comme discriminatoires au niveau communautaire. Or, la liste en droit interne est plus exhaustive. Ainsi, la discrimination syndicale ne compte pas parmi les critères discriminatoires au niveau communautaire, mais la chambre sociale applique néanmoins l'aménagement de la preuve à ce critère, cf. Soc. 28 mars 2000 *Dr. Soc.* 2000 p. 593, note M.-T. Lanquetin ; Soc. 26 avril 2000 ; Soc. 4 juillet 2000 cf. *Dr. Soc.* 2000, p.919, obs. J. Mouly. Aménagement qui ne s'applique toutefois pas en droit pénal.

⁵ Cet aménagement a été étendu au principe « à travail égal, salaire égal », mais sur le fondement de l'article 1315 du Code civil, cf. *supra*.

⁶ La preuve peut aussi être apportée en comparant l'évolution de la carrière d'un salarié et celle de ses collègues. Il en va ainsi lorsque les juges constatent, d'une part, une évolution de carrière plus lente du salarié syndiqué et relèvent, d'autre part, que non seulement l'employeur n'apportait aucune justification, mais « *qu'au contraire l'intéressé avait subi une série de tests révélant son aptitude à la classification qu'il revendiquait* », cf. par exemple Soc., 4 juillet 2000, *Bull. civ.* 2000, V, n° 264.

traitement¹. Il doit notamment apporter la preuve d'une différence de traitement en sa défaveur, pour permettre au juge d'établir si ces faits constituent une suspicion de discrimination ou si cette différence de traitement est fondée sur des critères objectifs de compétence professionnelle². Afin de faciliter le franchissement de cette étape probatoire, la Cour de cassation incite les juges du fond à adopter une attitude active en leur enjoignant de « *vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée* »³.

Cette première étape est indispensable. Si cette preuve n'est pas apportée, l'action du demandeur doit être rejetée⁴. Faute pour le salarié de franchir ce premier barrage dans l'administration de la preuve, l'employeur n'a pas à justifier la discrimination invoquée.

97. Dans l'hypothèse où le salarié rapporte la preuve de l'existence d'éléments susceptibles de caractériser une discrimination à son encontre, il incombe alors à l'employeur, qui conteste le caractère discriminatoire⁵, d'établir que la mesure est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁶. En conséquence, s'il ne dispose d'aucune justification, la discrimination sera établie. Ainsi, lorsque le délégué syndical a « *mis en évidence une série de faits, concernant d'une part, sa vie personnelle : refus non motivé de prêts qu'il est d'usage d'accorder aux employés de banque, d'autre part, l'exercice de son mandat ; attaques injurieuses, contestation intempestive des heures de délégation, limitation*

¹ Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 126, *R.J.S.* 2000. 350, n° 498 (2^e esp.); *Dr. Soc.* 2000. p.589, obs. Lanquetin; Soc. 26 avril 2000, *Bull. civ.* V, n° 151, *D.* 2000. IR. 160, *R.J.S.* 2000. p.468, n° 985; Soc. 28 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1147, obs. Radé.

² Soc. 4 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 264, *D.* 2001. Somm. p.737, note V.Wauquier, *R.J.S.* 2000, p.745, n° 1109, *Dr. Soc.* 2000, p. 919, obs. Mouly.

³ Voir par exemple Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258 et 97-45.259, *Bull. civ.* 2000, V, n° 126, *T.P.S.* 2000, comm. 198 ; *Dr. Soc.* 2000, p. 593, obs. M.-T. Lanquetin. Cette part active des juges du fond apparaît comme dérogatoire à l'article 146 du Code de procédure civile : « (...)En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

⁴ Il en va ainsi lorsque les juges constatent « *que le salarié n'apportait pas d'éléments susceptibles d'établir une disparité de situation par rapport aux autres salariés de niveau de qualification et de compétence égales et effectuant le même travail* » cf. Soc., 13 févr. 2002, pourvoi n° 00-40.912.

⁵ En application du principe d'égalité de traitement, la chambre sociale décide que l'employeur qui ne conteste pas l'existence d'une différence de traitement est censé l'avoir admise - ce qui libère le salarié d'avoir à apporter cette preuve, cf. Soc., 28 sept. 2004, *Dr. Soc.* 2004, p. 1147, obs. C. Radé ; *R.J.S.* 2005, n° 55.

⁶ Soc. 28 mars 2000: *Bull. civ.* V, n° 126, *R.J.S.* 2000, p. 350, n° 498 (2^e esp.), *Dr. Soc.* 2000, p. 589, obs. Lanquetin; Soc. 26 avril 2000, *Bull. civ.* V, n° 151, *D.* 2000. IR. 160, *R.J.S.* 2000. p. 468, n° 985; Soc. 28 septembre 2004, *Dr. Soc.* 2004. 1147, obs. Radé. Voir également Soc., 26 avril 2000, *Bull. civ.* 2000, V, n° 151, *T.P.S.* 2000, comm. 271. - V. aussi Soc., 2 juin 2004, n° 02-41.261 ; Soc., 23 nov. 1999, *Bull. civ.* 1999, V, n° 447.

du temps de parole » et que l'employeur n'apporte « *ni explications ni justifications de ces anomalies* », les juges doivent considérer que la preuve d'une discrimination est faite¹.

Dès lors, dans cette seconde étape probatoire, l'employeur est tenu de s'expliquer. Il ne s'agit plus de discuter les éléments de faits avancés par celui ou celle qui s'estime victime de discrimination. L'employeur dans cette étape n'a plus à contester les actes ou la différence de traitement, mais il doit alors les justifier par des critères objectifs². Un éventuel défaut de réponse justifie pleinement la censure³. La chambre sociale a donc donné plein effet au nouvel aménagement probatoire, en renforçant la protection du salarié qui agit en justice et en incitant les juges du fond à prendre la mesure de leur nouveau rôle dans l'aménagement de la charge de la preuve

98. La Cour de cassation a également renforcé le régime de sanctions⁴ des discriminations. Tout d'abord, d'un point de vue civil, le célèbre arrêt de la chambre mixte du 10 avril 1998, *Syndicat Front national*⁵, nous enseigne que, par la combinaison des articles 1131 du Code civil et L.122-45⁶ du Code du travail, le dessein discriminatoire⁷ constitue en droit des contrats une cause ou un objet illicite, sanctionnés par la nullité absolue⁸.

Ensuite, les sanctions propres au dispositif antidiscriminatoire en droit du travail ont été clarifiées⁹. Outre l'octroi d'une indemnité, le salarié peut réclamer la nullité. L'article L.

¹ Soc., 28 févr. 2001, pourvoi n° 98-45.681.

² Soc., 26 avr. 2000, *T.P.S.* 2000, comm. 271.

³ J.-F. Cesaro, « Preuve de l'usage et de la discrimination en matière de rémunération des V.R.P. », *J.C.P. S.*, n°1258. Soc., 15 juin 2005, pourvoi n° 03-43.919.

⁴ Nous n'étudierons ici que les sanctions civiles. Nous excluons les sanctions pénales, dont la matière ne constitue pas le terrain privilégié de notre étude. Sur le principe d'égalité en droit pénal, cf. Voir les thèses M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, *Op.cit.* et D. Decheneaud, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., Paris, 2008.

⁵ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 2008, n°117 ; A. Jeammaud, « L'échec des « syndicats Front national » devant la Cour de cassation », *D.*1998, p.389.

⁶ Actuel article L.1132-1 du code du travail.

⁷ En l'espèce, les objectifs inscrits dans les statuts et la politique d'une organisation qui se voulait syndicale.

⁸ Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil - les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n°369, p.387. En l'occurrence, dans la jurisprudence « syndicats Front national », la Cour de cassation se prononce non en faveur de la dissolution des organisations mais en contestation de la qualité d'organisation syndicale, d'inopposabilité de cette qualité.

⁹ Par exemple, le doute a longtemps subsisté dans la sanction des discriminations syndicales : l'article L. 122-45 visait la nullité des actes, alors que le texte spécial (l'article L.412-2 du Code du travail), propre à la discrimination syndicale, ne vise que des indemnités. La chambre sociale a aligné la sanction de la

1132-4 du Code du travail dispose que « *Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre [Chapitre II : Principe de non-discrimination] est nul* »¹. Le salarié qui a fait l'objet d'une discrimination doit être rétabli dans ses conditions de travail antérieures². Une telle sanction signifie qu'en cas de licenciement discriminatoire, le salarié peut, à sa demande, obtenir sa réintégration³. Si, toutefois, la réintégration n'est pas demandée par le salarié⁴, il a alors droit, d'une part, aux indemnités de rupture, notamment à l'indemnité compensatrice de préavis⁵, et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement au moins égale à celle prévue par l'article L.1235-3 du Code du travail⁶, c'est-à-dire à six mois de salaire quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise⁷. Pourtant, si la qualification de discrimination frappe de nullité « *tout acte* » discriminatoire, une telle sanction ne peut pas s'appliquer en réalité à tous les actes susceptibles de constituer une discrimination. Par exemple, un refus d'embauche discriminatoire ne peut donner lieu aux pleins effets de la nullité⁸, dans la mesure où cela impliquerait une embauche forcée qui

discrimination syndicale sur le régime des autres critères, cf. Soc. 11 octobre 2000, *R.J.S.* 12/00, n°1263 ; Soc. 23 nov. 2005: *Bull. civ.* V, n° 332. Jurisprudence consacrée par la loi du 16 novembre 2001 a ligné les régimes L.422-1-1 du code du travail. Voir J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr.Soc.* 2001, p. 1035.

¹ Le juge peut ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée, cf. Soc. 23 nov. 2005, *D.* 2005. IR. 3037, *R.J.S.* 2006. 139, n° 236, *J.S. Lamy* 2006, n° 182-4.

² Soc. 23 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 181, *R.J.S.* 2004, p. 819, n° 1163.

³ Lorsqu'un licenciement a été déclaré nul parce que prononcé en raison de l'état de santé du salarié, les solutions de réintégration doivent être recherchées dans l'entreprise et non pas au sein du groupe, cf. Soc. 9 juillet 2008, *Dr.Soc.*2008, p.1146, obs.Couturier, *J.S.Lamy* 2008, n°240-2, *J.C.P. S.* 2008. 1563, note Draï. Le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu. Soc. 17 mars 1999, *D.* 1999. IR. 105, *Dr. Soc.* 1999, p. 535, obs. M. Grévy, *R.J.S.* 1999. 422, n° 694. Doit être cassé l'arrêt qui refuse la réintégration d'un salarié licencié après avoir présenté les revendications des autres salariés sans rechercher si son action s'inscrivait dans le cadre d'une action syndicale et si celle-ci avait été le critère véritable du licenciement, cf. Soc. 4 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994. 720 ; V. aussi Crim. 7 févr. 1989.

⁴ J. Colonna, « La rupture de la période d'essai pour un critère discriminatoire est nulle », *J.C.P. G.* 2005, II.10098 ; Soc. 16 févr. 2005, pourvoi n° 02-43.402.

⁵ Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 99-41.186, *Bull. civ.* 2001, V, n° 211, *Dr. soc.* 2001, p. 1050, note J. Savatier. Soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-41.518, *R.J.S.* 2005, n° 621, p. 446.

⁶ Qui dispose à propos de l'indemnité pour défaut de cause réelle et sérieuse : « ... *Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9* ».

⁷ Voir par exemple Soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43.439, *Bull. civ.* 2000, V, n° 250 ; Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 02-41.045, *Bull. civ.* 2004, V, n° 153.

⁸ Certains arguent que les discriminations prohibées par le Code du travail ne considèrent que les actes commis « *à l'égard d'un salarié* », ce qui exclut nécessairement celles affectant un candidat à l'emploi (en ce sens, J.-E.

porterait une atteinte excessive à la liberté de l'employeur de choisir ses collaborateurs¹. En outre, une telle sanction ferait préjudice au salarié embauché, qui se verrait retirer son emploi, alors que ce dernier est un tiers, *a priori* exempt de tout acte fautif en la matière... Mais plus encore, en cas de discrimination tout au long de la carrière d'un salarié, dont l'évolution professionnelle a été bloquée, la nullité de ses actes n'a pas grand sens. Dès lors, les juges se placent dans une perspective de restitution, qui se définit comme tendant « à *supprimer les effets matériels produits par l'exécution* » d'un acte juridiquement nul². Les juges vont alors réparer³ le préjudice en accordant au salarié discriminé ce à quoi il aurait dû avoir droit.

99. L'apport de la Cour de cassation en matière de non-discrimination est loin d'être négligeable. Sur le plan conceptuel, elle a affirmé clairement la dichotomie entre les règles de non-discrimination et le principe d'égalité de traitement, ce qui permet une meilleure compréhension des unes et de l'autre. C'est surtout dans l'affirmation d'un régime propre à la non-discrimination, en particulier dans la répartition de la charge de la preuve, que la Haute juridiction judiciaire s'est montrée la plus volontaire. Ses jurisprudences sont guidées par le souci de faciliter la mise en œuvre de ce régime, afin de susciter une lutte contre les phénomènes discriminatoires plus dynamique. La jurisprudence en matière de discrimination syndicale en constitue l'un des meilleurs exemples.

II. UN CONTENTIEUX PHARE⁴ : LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS SYNDICALES⁵

100. La discrimination syndicale¹, est un critère quelque peu à part. Tout d'abord, les mesures à l'encontre des syndiqués en raison de leur engagement ont tôt fait l'objet de

Ray, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. Soc.* 1993, p. 103, spéc. p. 106). Toutefois, compte tenu de la lecture compréhensive du champ d'application du dispositif antidiscriminatoire, il paraît aujourd'hui peu probable qu'une telle interprétation puisse prévaloir.

¹ Sur cette liberté, voir C.const. 88-244 D.C. du 20 juill. 1988, : *rec.* p. 119.

² Voir C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, T. 218, p. 518.

³ Le principe d'une réparation en nature avait déjà été admis, par la chambre sociale, dans un arrêt du 23 juin 2004, cf. *T.P.S.* 2004, comm. 264, obs. J.-M. Olivier.

⁴ Les pourvois portant sur des questions de discrimination syndicale constituent à eux seuls 30% des pourvois en matière antidiscriminatoire, cf. Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, 2008, p. 90.

⁵ Voir à propos des discriminations syndicales *Ibid* p. 91 et suivantes.

censure juridique, ne serait-ce qu'au nom de la liberté syndicale². Avant même que le législateur érige le critère de l'affiliation syndicale en critère prohibé³, la Cour de cassation, sur le fondement du Préambule de 1946⁴, avait d'ores et déjà condamné de tels agissements⁵. La discrimination syndicale est aujourd'hui expressément interdite par les articles L.1132-1 et L.2141-5⁶ du Code du travail⁷. C'est le critère dont la mobilisation dans le contentieux⁸ est certainement la plus ancienne et la plus fréquente⁹.

¹ L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, « La lutte contre la discrimination syndicale. Millésime 2005 », *Dr. Soc.* 2006, p. 393 ; P.-Y. Verkindt, « Regards sur la discrimination syndicale », *J. S. Lamy*, numéro spécial 2005, n° 173-1.

² Voir par exemple en ce sens, P. Lyon-Caen, « La lutte contre les discriminations syndicales », in B. Lardy-Pélessier et J. Pélessier (sous la direction de), *Le syndicalisme salarié*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2002, p.31 ; J.-M. Béraud, « Liberté syndicale et Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. Soc.* 1986 p. 384. Voir, Carby-Hall, « Les «closed shop» », *R.I.D.C.* 1991, p. 775; M. Cohen, « Droit syndical et expression d'opinions politiques », *D.* 1973. Chron. 83 ; Spyropoulos, « Monopole syndical d'emploi », *Dr. Soc.* 1956 p. 264 ; J.-M. Verdier, « Liberté et égalité », in *Le droit collectif du travail*, Études en hommage à Mme le professeur Hélène Sinay, Francfort - Berne, Peter Lang éd., 1994, p. 69.

³ Loi du 27 avril 1956 dite « loi Moisan ».

⁴ Alinéa 6 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

⁵ cf. Soc. 3 janvier 1958, *Les grands arrêts du droit du travail*, *Op.cit.*, n°125.

⁶ « Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail. Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ».

⁷ Néanmoins le régime est largement unifié ; cf. Cass. soc., 6 juill. 2005, n° 03-44.645 F-D, Caisse régionale d'assurance maladie agricole d'Aquitaine c/ Roques. L. 412-2 (Cass. soc., 10 juill. 2001: *Bull. civ.* 2001, V, n° 261 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1035, note J.-M. Verdier ; *R.J.S.* 10/2001, n° 1156. - Cass. soc., 4 déc. 2001 *R.J.S.* 2/2002, n° 197), « Discrimination syndicale », comm. de J.-Y. Kerbouc'h, *J.C.P. S.* 2005, n°1242.

⁸ Le champ d'application de la règle discriminatoire est très large : « Des mesures très variées liées à l'exercice des fonctions représentatives ont ainsi été jugées discriminatoires : l'attribution ou le retrait de fonction, la répartition du travail faisant de l'activité syndicale le critère d'application d'un régime d'organisation du travail et de rémunération propre (Soc., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-43.834), la modification de l'horaire de travail d'un délégué travaillant à temps complet de nuit, pour lui permettre de prendre ses heures de délégation de jour dans le cadre de l'horaire normal de travail (Soc., 25 juin 2008, pourvoi n° 06-46.223). Les absences liées à l'exercice d'un mandat ne peuvent pas non plus être prises en compte pour priver le salarié d'une prime d'assiduité (Soc., 2 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 160, pourvoi n° 01-44.474) ou pour écarter la candidature d'un délégué à un poste d'avancement (Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.037 ; Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 03-47.433 », cf. Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, *Op.cit.* p. 95.

⁹ L'importance du nombre d'arrêts en la matière, comparativement à d'autres critères discriminatoires, s'explique très certainement par une politique jurisprudentielle des organisations syndicales. La lutte contre la discrimination syndicale les intéresse directement, ce qui explique qu'elle puisse mobiliser suffisamment d'énergie pour faire « remonter » certaines affaires jusqu'à la Cour de cassation et susciter une jurisprudence.

101. Les premières condamnations pour discrimination syndicale font apparaître que les juges ont d'abord recherché l'intention discriminatoire de l'employeur. En effet, dans les premières affaires cette intention est manifeste, soit que l'employeur pose directement la question de l'affiliation syndicale au moment de l'embauche¹, soit qu'il rétracte une promesse d'embauche en raison de l'activité syndicale du mari d'une candidate², ou encore refuse le renouvellement d'un contrat à durée déterminée³.

Les organisations syndicales et les syndiqués ont réussi à obtenir la condamnation de certains employeurs malgré la difficulté de rapporter la preuve de leur intention discriminatoire. Le contentieux a vite débordé le domaine de l'embauche pour être étendu à tout acte qui pouvait être vu comme une mesure de rétorsion contre l'engagement syndical du salarié. La Cour de cassation s'est saisie de l'opportunité ouverte par le texte législatif⁴ pour condamner tout acte ou manœuvre de l'employeur comme étant constitutif d'une discrimination. En effet, même si l'article du Code ne vise pas tous les actes de l'employeur, la liste en est énonciative⁵. En conséquence, les condamnations pour discrimination syndicale ont pu atteindre un licenciement⁶, l'affectation à des tâches spécifiques⁷, le fait d'imposer à un représentant syndical des sujétions ayant pour finalité essentielle la modification des conditions d'exercice de son mandat et l'isolement vis-à-vis de ses collègues⁸ ou encore la mise en sous-activité permanente⁹ d'un salarié syndiqué. La Cour de cassation a permis à ce

Sur ces pratiques, voir A. Supiot, « Les juridictions du travail », tome 9 du *Traité de droit du travail* publié sous la direction de G.H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1987, p. 768.

¹ cf. Soc. 13 mai 1969, *J.C.P.* 1970. II. 16208, note Verdier; *D.* 1969. 528, note Savatier : question « Avez-vous une affiliation syndicale ? » figurant dans un questionnaire d'embauche. Dans le même sens : un candidat ne peut être sanctionné pour avoir refusé de donner des renseignements qu'il n'avait pas à fournir, cf. Soc. 17 oct. 1973: *Bull. civ.* V, n° 484.

² Soc. 20 nov. 1959: *Bull. civ.* IV, n° 1162.

³ Soc. 4 juin 1969 ; *J.C.P.* 1970. II. 16208, note Verdier; *D.* 1969. 545. Le salarié avait été « rayé de la liste des employés susceptibles d'être embauchés l'année suivante, aux critères d'activité syndicale excessive, d'articles tendancieux et erronés publiés dans la presse locale et d'action subversive au sein du personnel ».

⁴ L'article L.2141-5 vise « notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail » (souligné par nous). Cette ouverture avait un intérêt tant que l'ancien article L.122-45 (l'actuel article L.1132-1) du Code du travail ne visait qu'un nombre limité de domaines.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Crim.* 5 avr. 1973: *Dr. soc.* 1974. 291, obs. Savatier; *JCP* 1974. II. 17796, note Verdier

⁷ Dans un atelier spécial. Soc. 1^{er} févr. 1979: *Dr. soc.* 1979. 424, obs. Savatier.

⁸ *Crim.* 4 janv. 1991, *R.J.S.* 1991. 181, n° 346.

⁹ *Crim.* 2 déc. 1986, *R.P.D.S.* 1987, p. 359.

que la règle de non-discrimination qui visait initialement une règle de protection de la liberté syndicale individuelle pour devenir un renfort du statut protecteur des représentants syndicaux dans l'entreprise.

102. À partir des années 80, la Cour de cassation a facilité la preuve de la discrimination syndicale en la déduisant de la concomitance d'un traitement défavorable envers le salarié et de sa désignation en tant que délégué syndical¹. La règle antidiscriminatoire devient alors un élément central de la protection des délégués syndicaux, en tant que représentants des salariés. En effet, dès les lois dites « Auroux »², les syndicats peuvent pénétrer au sein des entreprises - la citoyenneté des salariés ne s'arrêtent pas aux portes de ces dernières³. Dans cette perspective, il devient nécessaire de protéger les personnes qui assument un tel mandat contre les pressions de l'employeur. Auparavant, des agissements qui pouvaient être qualifiés de discriminations syndicales étaient réprimés pénalement comme constitutifs de délit d'entrave⁴. Désormais, le dispositif antidiscriminatoire syndicale apparaît moins comme un outil de protection des salariés adhérents à un syndicat, que comme un dispositif protecteur des mandats syndicaux⁵. La création du délégué syndical a facilité la preuve de la discrimination syndicale, car l'engagement syndical est institué et connu de tous. La désignation comme délégué syndical étant une manifestation claire d'un engagement syndical

¹ Ou qui inflige un avertissement à une déléguée syndicale 12 jours après sa désignation alors qu'en 18 ans de services elle n'avait jamais fait l'objet d'observations. Crim. 17 févr. 1981: *R.P.D.S.* 1981. Somm. 195

² Voir en particulier la loi n° 82-915 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

³ Voir par exemple T. Grumbach, « Citoyenneté, entreprise et contrat social », *D.O.* 1995, p.237.

⁴ Voir par exemple la qualification de délit d'entrave le fait de prendre des mesures destinées à isoler un délégué syndical, cf. Crim. 5 déc. 1973: *Bull. crim.* n° 453 4 janv. 1991 ; de prononcer des sanctions disciplinaires en considération de l'activité syndicale des salariés, cf. Crim. 7 févr. 1989: *Dr. soc.* 1989 p. 504, note J.Savatier ; de mettre au chômage partiel un représentant le lendemain de son élection, cf. Crim. 7 févr. 1989: *R.S.C.* 1989. 536, obs. Lazerges ; Alvarez-Pujana, *D.O.* 1990, p. 77 ; obs.Cœuret, *D.O.* 1987, p. 447 ; D. Cohen, *Dr. Soc.* 1978, p. 268 ; Minoret-Gibert, *Dr. Soc.*, n° spéc. avril 1979, p.101 ; Dutertre, *Dr. Soc.* 1972, p. 221. De même, la mise à pied d'un délégué syndical peu de temps après sa désignation, constitue tant le délit de discrimination syndicale que celui d'entrave à l'exercice du droit syndical pour lequel il a été poursuivi. Crim. 25 janv. 2000: *Bull. crim.* n° 38.

⁵ Sur la protection des salariés protégés, cf. M.Minè, H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 2^{ème} édition, Paris, 2002. D'ailleurs la protection qu'offrent les règles de non-discrimination syndicale ne se réduit pas aux seuls mandats de délégués syndicaux et est étendue aux mandats de représentation élue du personnel, car l'exercice du mandat ressort de l'activité syndicale du salarié, et non le mandat, qui est protégée par la règle de non-discrimination, cf. Soc., 6 avril 2005, *Bull.civ.* 2005, V, n° 125, pourvoi n° 03-43629. Voir également, J. Diringier, Y. Ferkane, M. Sweeney, « Le maintien du statut protecteur au mandat syndical annulé : naissance du représentant de fait ? », <http://www.unitedudroit.org/spip.php?article75>.

du salarié, tout acte pris par l'employeur à l'encontre du salarié à compter de cette date apparaît comme éminemment suspect. Ainsi, lorsque l'employeur prend des mesures qui apparaissent comme défavorables au salarié nouvellement mandaté, telles que la diminution d'avantages sociaux ou la cessation de versement de certains éléments de rémunération¹, à compter de sa désignation, le juge qualifie ces actes de discriminatoires. L'intention discriminatoire est alors démontrée par la concomitance entre le désavantage et la date de la désignation.

103. Après avoir fait de la règle de non-discrimination en raison de l'engagement syndical un renfort du statut protecteur des mandatés syndicaux, la Cour de cassation a franchi une nouvelle étape. Elle s'affranchit véritablement de l'exigence traditionnelle de preuve de l'intention discriminatoire en décidant que la simple prise en considération de l'activité syndicale, en particulier dans le cadre du mandat syndical, suffit pour caractériser la discrimination².

A compter de cette jurisprudence, il est impossible à l'employeur de prendre en considération une activité en rapport avec le mandat syndical. Notamment, l'employeur ne peut viser les conséquences de la prise d'heures de délégation, inhérentes au mandat syndical, qui affecteraient l'organisation du travail. L'employeur ne peut pas prendre en considération l'utilisation faite de ces heures pour expliquer certains problèmes qui en découlent dans

¹ S'agissant de l'exclusion, à compter de la prise de responsabilités syndicales, du bénéfice des promotions et d'une prime de jour. Soc. 16 févr. 1985: *D.O.* 1986. 313. Doit être sanctionnée en tant que discrimination syndicale la suppression d'avantages sociaux aux salariés ayant créé un syndicat, cf. Crim. 21 avril 1977, *Bull. civ.* V, n°126. La privation d'une augmentation de salaire dès que le salarié a été désigné comme délégué syndical. Soc. 28 juin 1994: *D.O.* 1995. 359. La privation des titres-restaurant en raison des absences pour activités syndicales. Crim. 30 avr. 1996: *R.J.S.* 1996. 672, no 1059. « un salarié investi d'un mandat syndical ne peut être privé d'une prime d'assiduité dès lors que ses absences autorisées par la convention collective sont liées à l'exercice de son mandat » (Cass. soc., 2 juin 2004 *Bull. civ.* 2004, V, n° 160). Voir toutefois pour un délégué syndical privé de la prime d'assiduité en raison d'heures de délégation prises au-delà du quota en raison de circonstances exceptionnelles : cette privation n'est pas discriminatoire à condition que la même retenue soit appliquée à toutes les absences autorisées non rémunérées, cf. Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.399, Cass. soc., 2 juin 2004; *Bull. civ.* 2004, V, n° 160 ; Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.399, Cass. soc., 21 oct. 1982 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 569. - Cass. soc., 16 févr. 1994, 1re esp. : *Bull. civ.* 1994, V, n° 55 ; *Cah. soc. barreau Paris* 1994, A. 22, cf. A. Martinon, « Réduction de la prime d'assiduité à raison d'une activité syndicale : discrimination ? », *J.C.P. S* 2008, n° 1206, cf. Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 05-43.180, F-D, SAS Ideal Fibres & fabrics Dunkerque c/ Verschaeve.

² Une telle approche apparaît déjà dans Soc. 19 mai 1987: *D.O.* 1988. 452 : l'employeur a pris en considération, pour la répartition du travail, de l'absentéisme occasionné par la prise des heures de délégation.

l'articulation avec l'activité professionnelle habituelle¹. L'évolution est radicale, car l'employeur a l'interdiction absolue de prendre en considération l'activité de délégué syndical. Toute démonstration qui établit qu'une telle activité a été prise en considération, même de manière accessoire², suffit à emporter la qualification de discrimination.

Cette évolution de la jurisprudence est importante, puisqu'il n'est plus nécessaire d'identifier une concomitance entre le traitement défavorable et le moment de la désignation. Les juges peuvent désormais contrôler le traitement réservé au délégué syndical tout au long de sa carrière. Traitement qui peut naturellement évoluer, compte tenu des événements sociaux ainsi que des orientations syndicales, patronales et stratégiques des différents protagonistes du dialogue social³. C'est ainsi que la jurisprudence fondée sur la simple prise en considération du mandat syndical a permis la sanction des blocages de carrière des syndicalistes⁴. En effet, il ne s'agit plus de démontrer l'intention discriminatoire qui se cache peut-être derrière le retard imposé aux syndicalistes. Il suffit dorénavant d'avancer la preuve d'un retard significatif⁵, par rapport à d'autres salariés non mandatés et se trouvant dans une

¹ La jurisprudence considère les procédures d'évaluation comme un élément majeur de la justification objective des différences de traitement fondées sur les qualités professionnelles du salarié, indépendamment de toute discrimination (Soc., 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 38, pourvois n° 06-40.085 et n° 06-40.615). Ces justifications doivent être évidemment étrangères à l'activité syndicale. Le supérieur hiérarchique ne peut pas ainsi prendre en compte l'indisponibilité du salarié lié à l'exercice de son mandat, pour refuser de porter une appréciation ou porter une appréciation défavorable. La chambre sociale l'a rappelé de façon ferme dans un arrêt du 17 octobre 2006 (Soc., 17 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 306, pourvoi n° 05-40.393). La mention du supérieur hiérarchique dans la fiche d'évaluation, selon laquelle la présence irrégulière du salarié ne permettait pas un management correct et une implication suffisante de sa part, constituait une recherche de justification objective de l'insuffisance professionnelle du salarié et n'avait pas fait entrave à l'exercice de son mandat (dans le même sens : Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.037).

² Il suffit que l'activité syndicale ait été prise en compte, fut-ce pour partie, pour que la discrimination soit caractérisée, peu important qu'il y ait par ailleurs d'autres justifications (Crim., 6 janvier 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 4, pourvoi n° 02-88.240 ; Soc., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-40.145).

³ Voir par exemple C. Radé, « Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense », *Dr. Soc.* 1999, p.773.

⁴ Legendre-Grandperret, *D.O.* 2001. 213 (discriminations syndicales: carrière et rémunération), Soc. 28 mars 2000 ; *Bull. civ.* V, n° 126 ; *R.J.S.* 2000. 350, n° 498 (2^e esp.) ; *Dr. Soc.* 2000. 589, obs. Lanquetin : il appartient aux juges du fond « de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée ». A propos d'un accord collectif Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40.935, n° 06-46.179 et n° 06-46.180.

⁵ J.-F. Cesaro, « Discrimination : la réparation de la discrimination syndicale dans l'avancement de la carrière », *J.C.P. S* 2006, n°1043, p.22 ; J.-P. Verkindt, « Regards sur la discrimination syndicale », *J.S.L.* 2005, n°173, p.2 ; P. Legendre-Grandperret « Discrimination syndicale en matière de carrière et de rémunération », *D.O.* 2001, p.633 ; M. Grévy, « La discrimination dans la carrière des délégués », *D.S.* 1994, p.884.

situation comparable¹, pour démontrer que l'appartenance syndicale a été prise en considération² dans la politique salariale de l'employeur³.

Au travers de ce nouveau tournant, la Cour de cassation entend faire du dispositif antidiscriminatoire un élément essentiel du statut protecteur⁴ du salarié mandaté⁵. Tout traitement qui apparaît en deçà du niveau moyen de ceux réservés aux autres salariés non mandatés, placés dans une situation comparable, fait peser une suspicion sur la pratique patronale⁶. La protection ne s'attache plus seulement à des actes, qui, pris individuellement, n'apparaissent pas comme clairement discriminatoires, mais qui, ensemble et pris selon une approche évolutive, démontre un traitement spécifique prohibé.

En somme, le renforcement du régime antidiscriminatoire se fonde sur une position intransigeante : toute prise en considération d'un critère prohibé doit être sanctionnée. La preuve de l'intention discriminatoire est diluée dans la preuve d'un acte ou une décision pris sur le fondement d'un critère qui entretient un lien nécessaire avec un critère discriminatoire⁷. Initialement la preuve de l'élément intentionnel faisait obstacle à la qualification de la

¹ A propos de la fonction de la comparaison dans un dispositif antidiscriminatoire, voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

² L'employeur ne doit pas prendre en considération les activités syndicales pour arrêter ses décisions en matière de carrières, cf. Crim. 25 mai 1982, *Bull. civ. V*, n° 135. S'agissant de sanctions disciplinaires, commet une discrimination syndicale l'employeur qui sanctionne exclusivement les délégués syndicaux grévistes, cf. Soc. 21 nov. 1989, *D.O.* 1990. 410.

³ Il en va ainsi lorsque les juges constatent, d'une part, une évolution de carrière plus lente du salarié syndiqué et relèvent, d'autre part, que non seulement l'employeur n'apportait aucune justification, mais « *qu'au contraire l'intéressé avait subi une série de tests révélant son aptitude à la classification qu'il revendiquait* » (Soc., 4 juillet 2000 *Bull. civ.* 2000, V, n° 264)

⁴ Le statut protecteur ne se réduit pas au dispositif antidiscriminatoire. En effet ce statut ne concerne pas que les mandatés syndicaux, mais également les salariés élus délégué du personnel, au comité d'entreprise, juge prud'hommaux,... tous ne sont pas syndicalistes et donc ne peuvent pas se prévaloir d'une discrimination syndicale. Voir les articles L.2411-1 et suivants du Code du travail.

⁵ Le statut protecteur n'est plus alors polarisé sur la demande préalable à l'inspecteur du travail avant tout licenciement ou sur le délit d'entrave. Sur ces questions et les développements de la jurisprudence administrative en la matière cf. M.Minè, H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, *Op.cit.* Voir récemment Soc. 2 décembre 2008, pourvoi n°07-41832, qui étend la protection du salarié même en cas d'annulation des élections.

⁶ Cette suspicion relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La discrimination doit être appréciée par des critères exempts d'insuffisance comme de contradiction et déduite de l'appréciation souveraine des juges du fond des faits et circonstances de la cause. Crim. 3 avr. 2007: *D.* 2007. AJ. 1424; *Dr. Soc.* 2007. 902, obs. Duquesne. Le délit de discrimination syndicale peut être établi – s'agissant d'une évolution de carrière défavorable – en procédant à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté, cf. Crim. 9 nov. 2004: *Bull. crim.* n° 279; *R.J.S.* 2005. 288, n° 405. Sur la méthode comparaison, cf. Partie 2, titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁷ Il en est ainsi du mandat syndical et du critère de discrimination syndicale.

discrimination. Aujourd'hui, la qualification juridique de la discrimination syndicale a été assouplie et a été facilitée sur le plan probatoire. Tout acte ou ensemble d'actes, qui révèlent ou apportent la suspicion d'une discrimination, doivent être sanctionnés, ce qui implique pour l'employeur non seulement le devoir de ne pas se fonder sur des critères discriminatoires, même de manière accessoire, mais plus encore la nécessité d'être conscient des éventuels effets discriminatoires de ses actes et décisions.

PARAGRAPHE 2 : UN PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT AFFIRMÉ

104. Si, depuis longtemps, la positivité des règles de non-discrimination ne fait guère de doute, il n'en va pas de même pour le principe d'égalité de traitement, dont l'existence même a longtemps fait doute. En effet, si la jurisprudence a mis à jour un principe dit « *à travail égal, salaire égal* » dès 1996¹ (I), la question de l'existence d'un principe d'égalité de traitement des salariés dans les autres domaines que la rémunération (II) est longtemps demeurée.

I. LA DÉCOUVERTE DU PRINCIPE DIT « À TRAVAIL ÉGAL, SALAIRE ÉGAL »

105. Le principe dit « *à travail égal, salaire égal* » a été découvert récemment par les juges de la Cour de cassation, à la suite de l'arrêt Ponsolle². Auparavant, l'employeur disposait d'une liberté de distinction entre ses salariés³. Les seules limites à sa liberté de distinguer étaient le respect de ses obligations légales, conventionnelles et contractuelles d'une part et l'absence de discrimination⁴, d'autre part.

L'arrêt Ponsolle est assez singulier quant à l'argumentation juridique. Il s'agissait d'une secrétaire de direction qui, outre le fait que son salaire mensuel était calculé sur une

¹ Soc., 29 oct. 1996, Ponsolle, *D.* 1998, Somm. p. 259, obs. M.-T. Lanquetin ; *Dr. soc.* 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen.

² Soc., 29 oct. 1996, précitée.

³ Voir Soc. 9 juillet 1985, *Bull.* V n°419. Une différence de rémunération était considérée comme licite sous réserve du respect des minima légaux et conventionnels, et dans la mesure où elle ne constituait pas une discrimination prohibée.

⁴ Réserve encore souvent réitérée dans les arrêts de la chambre sociale : Une différence de traitement est possible à condition de ne pas être fondée sur une discrimination prohibée cf. Soc. 17 juin 2003, *R.J.S.* 2003, n°974 ; Soc. 9 novembre 2005 *Bull.* 2005 V N° 312 p. 274, Soc.17 avril 2008 *Bull.* 2008, V, N° 95.

durée supérieure à la durée légale de travail, percevait une rémunération inférieure à celles d'autres secrétaires effectuant un travail comparable au sien. Or, Madame Ponsolle ne pouvait invoquer l'égalité hommes-femmes, car aucun des salariés avec lesquels elle pouvait se comparer n'était un homme¹. En conséquence, les juges se trouvaient devant une absence de fondement textuel face à la revendication égalitaire de Madame Ponsolle. C'est dans ce contexte que les juges vont induire d'autres articles², non applicables à l'espèce, l'existence d'une règle plus générale « à travail égal, salaire égal ». Et, la chambre sociale d'en conclure :

« ... ; qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ».

Quand bien même cette règle a été énoncée dans un arrêt de rejet³, la Cour de cassation affirme dès cette décision ce qu'elle qualifiera, plus tard, de principe⁴. Elle fait là œuvre créatrice⁵, car le principe d'égalité visé dans les textes constitutionnels ne concerne que les rapports du citoyen à l'État⁶. Néanmoins, la Cour de cassation n'a toujours pas défini le

¹ Or le conseil de prud'homme saisi de l'affaire s'était fondé sur l'article L. 140-2 du code (ancien) du travail qui prévoit l'égalité homme-femme.

² Outre la règle de l'égalité entre les hommes et les femmes, la chambre sociale s'appuie sur les articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° du code du travail (actuellement codifié sous les articles L.2261-22 et L2271-1) qui oblige les interlocuteurs sociaux à respecter le principe « à travail égal, salaire égal ». Sur la déduction, ou plutôt l'induction amplifiante, opérée, voir A. Lyon-Caen : note sous Soc 29 octobre 1996, *Dr. Soc.* 1996, p. 1013. Et P. Waquet, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », *R.D.T.* 2008 p. 22. M. Waquet souligne l'apport considérable des conclusions prises par M. P. Lyon-Caen qui occupait le siège d'avocat général. Il a mis en évidence le texte des articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° du Code du travail.

³ Notons néanmoins, que la chambre sociale approuve la solution sur le fond, mais corrige le fondement juridique de cette solution.

⁴ Soc. 18 mai 1999, *Dr. Soc.* 1999.747, obs. C. Radé ; *Dr. soc.* 1999, p. 747, obs. C. Radé ; *D.* 1999, IR p. 166 ; 29 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 771, concl. S. Kherig.; 10 octobre 2000 *Bull. civ.* V n°317. Accueillie comme principe par la Conseil d'État cf. C.E. 8 juillet 1998, *Rec.* p. 301 ; 27 juillet 2001, Fédération santé et action sociale CGT, *R.J.S.* 11/01, n° 1374 et concl. P. Fombeur, p. 890.

⁵ Remarquons d'ailleurs que la Cour de cassation ne se fonde même pas sur l'article 1121-1 du Code du travail qui énonce « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Néanmoins M. Waquet inclus dans les droits des personnes le principe d'égalité, cf. P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, *Op.cit.*p. 149.

⁶ A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, p. 694. La découverte du principe « à travail égal, salaire égal », s'inscrit dans un contexte favorable à l'émergence d'un tel principe. Outre l'enrichissement continu du dispositif antidiscriminatoire, sous l'influence du droit communautaire, le juge judiciaire a su tirer enseignement de la jurisprudence administrative. Sur cette question voir Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2.

statut¹ du principe qu'elle a découvert². De toute évidence, il est hiérarchiquement supérieur aux actes et décisions de l'employeur et s'impose également aux partenaires sociaux³. Il ferait partie de l'ordre public salarial⁴. Le principe a très probablement valeur supradécretale⁵, mais la question demeure quant à une éventuelle valeur supralégislative⁶.

106. Au-delà du statut de ce principe, le contenu de la norme et le régime qui lui est applicable n'ont pas été déterminés avec la plus grande clarté dans les premiers arrêts. Dans un premier temps, les juges ont, semble-t-il, entretenu une confusion⁷ entre le nouveau principe et les règles de non-discrimination⁸.

¹ Le principe n'a jamais été accompagné des épithètes « fondamental » ou « général », cf. Soc., 25 mai, 1er juin, 21 juin, 5 et 6 juillet 2005, obs. A. Jeammaud, *D.* 2006, Pan. p. 29 et spéc. p. 32.

² Cf. A. Jeammaud, *Pan.*, *D.* 2007, p.3033. Voir également l'arrêt Soc., 1er juin 2005 (*D.* 2005, IR p. 1590 ; *S.S.L.* 2005, n° 1219 ; *J.C.P.* G 2005, II, 10092, note P. Lokiec) qui prononce une cassation en visant « le principe "à travail égal, salaire égal", ensemble les articles L. 133-5, 4°, L. 136-2, 8°, et L. 431-1 du code du travail ». Voir également l'arrêt « Crèche de Coste-Belle » rendu trois semaines plus tard (cf. Soc., 21 juin 2005, *D.* 2005, IR p. 1807), se référant, lui, au « principe "à travail égal, salaire égal", dont s'inspirent les articles L. 133-5, 4°, d), L. 136-2, 8°, et L. 140-2 du code du travail ».

³ Voir section 2, §2.

⁴ Cf. A. Jeammaud, obs. sous Soc., 9 nov. 2005, préc. Et cet auteur de poursuivre « *Il s'agit d'un principe qui participe de l'ordre public salarial, donc s'impose aux normes du statut collectif et ne saurait être tenu en échec par l'appartenance de la rémunération au champ contractuel, c'est-à-dire par l'accord exprès ou tacite du salarié sur sa composition et son montant* ». Adde J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 22e éd., 2004, n° 1024 ; M.-T. Aubert-Monpeyssen, « Principe à travail égal, salaire égal et politiques de gestion des rémunérations », *Dr. Soc.* 2005, p. 188.

⁵ Non seulement il s'impose aux conventions collectives, qui peuvent être considérées comme ayant force de règlement, mais il peut être opposés aux statuts des entreprises publiques, cf. Soc. 17 juillet 1996, *Dr. Soc.* 1996, p.1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier.

⁶ La chambre sociale semble distinguer le principe « à travail égal, salaire égal » et le principe d'égalité de valeur constitutionnel. Dès lors que le premier n'est pas désigné comme une expression spécifique du second il ne peut être affirmé de manière certaine son éventuelle valeur constitutionnelle. Par ailleurs, il est concevable de trouver un fondement international à ce principe, dans l'article 23, 2° de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (qui dispose : « *Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* »), ce qui lui conférerait en application de l'article 55 de la Constitution, une valeur supra législative. Voir sur cette question Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2.

⁷ Qui est d'ailleurs entretenue par la législation communautaire et interne : les directives 2000 et celle de 2006 énoncent l'affirmation d'un principe d'égalité de traitement, pour immédiatement le réduire à certains critères désignés, autrement dit à des règles de non-discrimination. Sans compter le code du travail qui mentionne un « principe » de non discrimination. La confusion entre discrimination et égalité demeure toujours dans certains pourvois de cassation (en dehors même des cas où les conseils des partis, par prudence se fondent concomitamment sur les règles de non discrimination et sur le principe à « travail égal, salaire égal », en ce sens Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, , *Op.cit* p. 89-91).

⁸ Voir en particulier l'article d'A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés » : *Dr. Soc.* 2006, p. 222.

Cette confusion provient probablement de l'alignement, opéré par la chambre sociale, du régime probatoire du principe « à travail égal, salaire égal »¹ sur celui des règles de non-discrimination ; alignement qui s'accommode de fondements textuels différents². Néanmoins, en dehors de cette question, le régime de l'un et de l'autre doivent être distingués³. C'est dans l'arrêt du 27 octobre 1999⁴ que la chambre sociale fait, de manière nette, la distinction entre le concept d'égalité de traitement en matière de rémunération et celui de non-discrimination. Une distinction essentielle semble s'imposer : elle oppose les règles relatives à la prohibition des discriminations à celles qui promeuvent le principe « à travail égal, salaire égal »⁵. Les premières interdisent d'effectuer des différences entre les individus pour des raisons que le droit prohibe. Les secondes conduisent à exiger un traitement identique pour des situations déterminées par le droit, sauf à pouvoir justifier de raisons objectives matériellement vérifiables. La Cour de cassation reprend cette distinction à son compte⁶.

¹ La chambre sociale se fonde non pas sur les articles spécifiques des règles de non-discrimination (L.1132-1 et suivants du Code du travail) mais sur l'article 1315 du Code civil, cf. En application de l'art. 1315 du Code civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge les éléments de faits susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. Soc. 28 sept. 2004: *Bull. civ. V*, n°228; *Dr. Soc. 2004*. 1144, obs. Radé; *R.J.S. 2004*. 905, n° 1287; *D.O. 2005*. 65.

² Cf. A. Chevillard, « Droit du travail », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 2, 10 Janvier 1996, I 3899 ; Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-41.825 à 03-41.829, F-P+B, M. Hoarau et a. c/ Sté STAVS même si la Chambre sociale les dote d'un régime probatoire identique. Le régime de la preuve d'une inégalité de rémunération est calqué sur celui des discriminations. Voir récemment, Soc., 25 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 178 ; *R.J.S. 8-9/05*, n° 847 ; *J.C.P. S 2005*, 1174, note F. Bousez et *J.C.P. 2006*, I, 117, obs. F. Bousez ; *D. 2005*, IR p. 1655. Adde A. Johansson, « La preuve de l'atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » et l'article 1315 du code civil », *R.J.S. 12/05*, p. 823 et les références citées *D. 2006* p.29 *A.J. Soc.*, 13 janv. 2004, *Bull. civ. V*, n° 1 ; *Dr. Soc. 2004*, p. 307, obs. C. Radé Soc., 28 sept. 2004, *Bull. civ. V*, n° 228 ; *D. 2004*, IR p. 2624 ; *Dr. Soc. 2004*, p. 1144, obs. C. Radé Soc. 10 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 317 ; *R.J.S. 12/00*, n° 1253 ; 13 janv. 2004, *R.J.S. 3/04* n° 290 ; *Dr. Soc. 2004-307*, obs. C. Radé ; 28 sept. 2004, *Bull. civ. V.*, n° 228, *R.J.S. 12/04*, n° 1287, *Dr. Soc. 2004-144*, obs. C. Radé ; *D.O. 2005-65*, note H. Henay ; 25 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 178 ; *R.J.S. 8-9/05*, n° 847 ; *J.C.P. S 2005*, 1174, note F. Bousez. V. A. Johansson, « La preuve de l'atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » et l'art. 1315 c. civ », *R.J.S. 12/05*, p. 823. Pour une étude plus approfondie et dans la perspective du dialogue des juges voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1, section 2, §1, 1.

³ Par exemple, la victime ou le témoin dans une action en Justice relative à une discrimination supposée jouit d'une protection spécifique, cf. L. 1132-1 et L.1134-1 et suivants du Code du travail. Un tel régime n'est pas applicable en cas d'inégalité de traitement.

⁴ L'arrêt *EDF* du 27 octobre 1999 (*Bull. civ. V*, n° 422 ; *D. 2000*, Somm. p. 374, obs. A. Arseguet ; *Dr. Soc. 2000*, p. 185, note G. Couturier ; *Les Grands arrêts*, n° 69) avait souligné cette distinction encore trop négligée. Voir également Cass. soc., 5 juill. 2005, *D. 2005*, Pan. p. 29, spéc. p. 32, obs. A. Jeammaud.

⁵ A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc. 2004*, p. 694 ; du même auteur : *D. 2005*, Pan. p. 29, spéc. p. 32.

⁶ Voir Soc., 27 octobre 1999, *Bull. 1999*, V, n° 422, pourvoi n° 98-40.769, *Dr. Soc. 2000*, note G. Couturier et Soc., 5 juillet 2005, *Bull. 2005*, V, n° 231, pourvoi n° 03-44.281.

Si la chambre sociale a clarifié la distinction entre règles de non-discrimination et principe « à travail égal, salaire égal », la confusion ressurgit dans un arrêt du 9 novembre 2005¹. En l'espèce, une prime d'expatrié est uniquement versée aux travailleurs étrangers. Or, des travailleurs français amenés à travailler sur le même projet, ont également dû changer de lieu d'habitation, car ils résidaient jusqu'alors à l'étranger. Ces derniers invoquaient donc une discrimination fondée sur la nationalité, qui semblait avoir été entendue largement par la chambre sociale, jusqu'ici². Mais, contre toute attente, la Cour de cassation confirme la distinction opérée par l'employeur. Elle se fonde alors sur un visa sibyllin, qui vise indifféremment « l'article L. 122-45³ et le principe "à travail égal, salaire égal" », et admet que l'employeur puisse justifier des différences de traitement fondées sur la nationalité. De manière tout aussi sibylline, elle énonce de façon générale :

« ... qu'une inégalité de traitement peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée ».

La chambre sociale a eu de nouveau à connaître de la même affaire en 2008⁴. La Cour de cassation, assume pleinement et confirme son précédent arrêt⁵. Elle retient, en substance, que la prime d'expatriation est destinée à compenser les inconvénients nés de l'expatriation du

¹ Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.720, *D.* 2005, IR p. 2972 ; *S.S.L.*, 7 janv. 2006, p. 12, note J.-P. Lhernould, voir la note particulièrement éclairante de F. Guiomard, dans la panorama dressé dans le *Recueil Dalloz* 2006, p. 410.

² La Cour de cassation semblait l'avoir refusé : se basant sur l'application directe de l'article 12 Traité C.E., elle avait énoncé qu'une entreprise ne pouvait « adopter en France un régime salarial différent selon la nationalité de son personnel » (Cass. soc., 10 déc. 2002, *D.* 2002, IR p. 602 ; *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, n° 70).

³ Devenu l'article L. 1132-1 du Code du travail, cœur du dispositif antidiscriminatoire.

⁴ Soc. 17 avril 2008, n° 06-45.270, *D.* 2008. AJ. 1339, obs. L. Perrin, et Jur. 1519, note S. Petit et C. Cohen, *D.* 2008 p. 2306. Toutefois, elle clarifie l'application des règles de non discrimination communautaire fondée sur la nationalité « le principe de non-discrimination en raison de la nationalité énoncé par l'article 12 du traité CE n'a vocation à s'appliquer que dans les situations régies par le droit communautaire ; qu'ainsi, en matière d'emploi, il n'est destiné, en vertu de l'article 39 du traité, qu'à garantir la libre circulation des travailleurs ; qu'il en résulte que ces dispositions ne peuvent pas être invoquées par un salarié qui n'a pas exercé cette liberté de circulation pour travailler dans un autre État membre ». Il s'agit d'une discrimination à rebours, sur cette notion, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 2, chapitre 1, section 2.

⁵ La Cour de cassation affirme en effet : « La privation de cet avantage pour les salariés français repose ainsi sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par les États membres ».

salarié et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international¹. Elle serait donc entièrement justifiée. M. Guiomard relève à ce propos qu'il « *resterait enfin à se demander par quel mystère un même acte peut à la fois viser directement la nationalité et être étranger à toute discrimination. La Cour ne s'en explique pas. Elle semble plutôt vouloir indiquer que la distinction était ici fondée sur un motif légitime* »². Il semblerait que la volonté d'attirer une main-d'œuvre internationale et rare dans un « *pôle d'excellence scientifique internationale* » justifie la distinction opérée par l'employeur... en quelque sorte la fin justifie les moyens.

107. Malgré les incertitudes qui entourent les arrêts relatifs au projet « Synchrotron », le principe « *à travail égal, salaire égal* » est clairement affirmé et sa différence vis-à-vis des règles de non-discrimination entérinée. Reste toutefois que sous l'apparente simplicité de l'énoncé du principe, se cache en vérité une certaine complexité. Il n'a pas pour objet de garantir un salaire identique à tous. Il vise seulement à assurer aux salariés qui effectuent des tâches et assument des responsabilités identiques ou similaires une égalité de traitement en matière de rémunération de la part de leur employeur commun. M. Jeammaud propose même de préciser l'énoncé du principe de la manière suivante :

*« Tout employeur assure l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre tous ses salariés placés dans une situation identique. Les différences de rémunération ne peuvent être fondées que sur des raisons objectives et vérifiables »*³.

Ce que vise le principe n'est pas tant le montant de la rémunération en lui-même, que la clé de répartition des rémunérations. Ce principe oblige à une certaine rationalité, par le jeu de critères objectifs⁴, vérifiables, et constants. Ce n'est pas tant une affaire de motifs, à la

¹ Cet arrêt promet de ne pas être le dernier, cf. délibération HALDE contraire à l'arrêt de la chambre sociale (pourtant entendue), cf. Halde (Délib. n° 2007-272, 22 oct. 2007, S.S.L., n° 1328. 2. Cf. également Partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2).

² F. Guiomard, Pan., D. 2006, p. 410.

³ A. Jeammaud, Pan., D. 2007, p.3033. La première formulation, plus ramassée, donnée par l'auteur était la suivante : « *Tout employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre tous les salariés placés dans une situation identique, à moins que des raisons objectives et vérifiables justifient une différence entre eux* », D. 2007, p.719.

⁴ Leur mise en œuvre se prête à vérification, cf. A. Jeammaud, Dr. Soc. 2004, en particulier p.697.

différence des règles de non-discrimination qui visent à sanctionner ou encadrer le recours à des critères prohibés, que de contenu¹. Ce principe vise à interroger le critère de distinction employé. La remise en cause de la différence de traitement ne se réduit pas à la démonstration que l'employeur aurait traité différemment des situations pourtant similaires. L'employeur dispose toujours de la possibilité de se justifier. Il peut alors démontrer qu'il a voulu valoriser un autre critère que celui qui a permis au salarié de démontrer la similarité de situation. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » est focalisé sur l'explication et la justification de la différence de traitement². Il oblige son auteur à la fonder sur des critères licites et admissibles³. Suivant cette démarche, les décisions judiciaires sont souvent décevantes pour les salariés qui s'estiment lésés⁴, car les employeurs disposent d'une gamme très large de justifications admissibles.

108. La démarche imposée par la chambre sociale dans le débat judiciaire relatif à l'inégalité de traitement impose à celui qui s'estime victime de rapporter la preuve qu'il accomplit un travail égal. Le salarié ne doit pas simplement rapporter la preuve de la différence de rémunération, qui n'est pas évidente, car les informations en la matière sont confidentielles. Il doit rapporter la preuve de sa « vocation » à être rémunéré autant qu'un autre salarié, c'est-à-dire démontrer qu'il accomplit un travail similaire. Le débat judiciaire porte donc sur les éléments de rémunération et la similarité des tâches accomplies.

A propos du premier élément, la Chambre sociale s'est montrée accueillante aux revendications des salariés quant à la notion de salaire. Elle entend extensivement cette notion et y inclut tout type de rémunération, du salaire et de tous ses éléments, y compris les indemnités compensatrices d'astreintes⁵.

¹ Cf. *Les Grands arrêts du droit du travail, op. cit.*, n°68-70, p.256.

² Différences qui « ne sont pas dans un rapport d'exceptions à un principe, mais plutôt des solutions conformes à ce principe qui requiert seulement l'objectivité et la constance des critères de fixation de la rémunération et d'éventuelles différenciations » A. Jeammaud, obs. préc., p. 222.

³ D. 2007 p.3033 A.J. Le même auteur vise des critères identiques et constants, cf. Dr. Soc. 2004.

⁴ Voir en ce sens, G. Pignarre, « Une inégalité de rémunérations peut être justifiée par une différence dans les parcours professionnels, Cass. soc., 3 mai 2006, Cramif c/ Lefebvre, pourvoi n° 03-42.920 P+B+R+I » *R.D.T.* 2006, p. 108 et T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », *J.C.P. E.* 2006, p.1909. Voir également J.-M. Gasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal »? », *R.J.S.* 8-9/07, p. 687.

⁵ Cass. soc., 11 janvier 2005 ; *R.J.S.* 2005, n° 299 ; *Dr. Soc.* 2005, p. 323, obs. C. Radé.

Si la question porte sur le montant de la rémunération de base, la différence de niveau n'est que rarement discutée devant la chambre sociale, tant elle est d'évidence et tant les juges de cassation sont économes dans l'énoncé des faits¹. Il en va autrement lorsque la chambre sociale est appelée à se prononcer sur l'accès à un autre élément salarial que la rémunération « de base », notamment sur l'exclusion du bénéfice d'une prime à un salarié. Dans cette dernière hypothèse, le juge contrôle l'objet² de l'avantage en cause et vérifie si le salarié peut valablement en être exclu : à titre d'exemple, un salarié ne saurait être mieux rémunéré en raison de son ancienneté, alors même que par ailleurs l'employeur lui verse une prime d'ancienneté³. L'expression « salaire égal » est entendue largement par la Cour de cassation⁴ et vise de manière générale tout élément de rémunération, peu importe qu'il recouvre la nature de salaire au sens du droit du travail ou du droit de la sécurité sociale⁵. Ces arrêts confirment que l'exigence du droit positif est bien celle d'une égalité, non de rémunération, mais de traitement en matière de rémunération⁶.

En revanche, à propos du « travail égal », qui constitue le second élément de la comparaison, la Cour de cassation s'est montrée particulièrement accueillante aux explications avancées par les employeurs et leurs conseils⁷. La majorité des arrêts rendus à ce jour atteste que la chambre sociale n'admet pas facilement l'identité ou l'égalité de valeur des tâches de salariés différents, ou la similitude de leurs situations⁸, et qu'elle comprend au contraire assez libéralement les raisons justifiant une différence de rémunération⁹. Plus de dix

¹ Sans compter que cette question relève d'une question de fait, donc de l'appréciation des juges du fond et non celle des juges de la Cour de cassation, qui ne connaissent que des questions de droit.

² Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

³ Application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes à deux salariées de sexe féminin, M.-T. Lanquetin, *D.* 1998 p. 259. L'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale mais intégrée dans le salaire de base (Cass. Soc., 20 juin 2001, n° 99-43.905)

⁴ Voir à propos de la comparaison, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁵ Sur les difficultés de qualifications de salaire cf. P.-H. Antonmattéi, « La qualification de salaire », *Dr. Soc.* 1997, p.571.

⁶ Cf. A.Jeamnaud, *Pan., D.* 2009 p. 191.

⁷ M. Lyon-Caen a même parlé de jurisprudence « libérale », cf. A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *R.D.T.* 2006 p. 16.

⁸ A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », précité.

⁹ Travail de comparaison qui se retrouve également dans quelques arrêts relatifs aux règles de non-discrimination par exemple n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés exerçant des fonctions différentes, comme celles de directeur ou directrice des ressources humaines et de la communication, d'une part, de « directeur industrie » ou « directeur études-projet » d'autre part, cf. L. 140-2 Soc. 26 juin 2008, n° 06-46.204, *D.* 2008. AJ. 2084 ; *R.D.T.* 2008. 747, obs. Sylvaine Laulom.

ans après l'arrêt Ponsolle, il demeure encore difficile de savoir ce que recouvre la notion de situation identique, la variété des solutions jurisprudentielles décourageant ici « *toute quête sérieuse de typologie* »¹.

Ainsi, dans le communiqué² publié par la Cour de cassation elle-même, accompagnant l'arrêt du 3 mai 2006³, le service de communication de cette institution a donné une liste d'exemples de « justifications » de différences de traitement en matière de rémunération⁴. Cette liste n'est pas exhaustive et a été enrichie par la suite⁵. Dans les exemples jurisprudentiels mis en avant par la Cour de cassation dans son communiqué, nombreux sont ceux qui soulignent la différence entre le travail accompli par le salarié qui s'estime victime d'une inégalité de traitement et celui effectué par le salarié avec qui il se compare⁶. D'autres éléments de comparaison mis en avant pour justifier la différence de traitement ne ressortent pas des tâches elles-mêmes, mais du statut attaché au salariat, ou plus précisément du statut de l'emploi de ces salariés⁷. D'autres arguments encore sont extérieurs à la relation de travail et d'emploi, comme la pénurie de candidats à un poste qu'il est urgent de pourvoir. Ainsi, l'identité de situation « *ne se laisse pas appréhender de manière purement objective* »⁸. La comparaison se fonde sur la similarité et non sur une stricte identité, si bien que les situations analysées recèlent toujours un certain degré de différence.

¹ A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », précité, spéc. p.17.

² Sur ces pratiques de la Cour de cassation voir l'article de F. Guiomard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2006, p.222.

³ Soc., 3 mai 2006, n° 03-42.920 ; *R.D.T.* 2006, p. 108, obs. G. Pignarre ; *D.* 2006, IR p. 1404.

⁴ La Cour de cassation vise notamment la « *la performance, généralement rémunérée par des primes dont le calcul doit obéir à des critères objectifs et vérifiables* » et « *technicité particulière du poste* », mais également des justifications plus particulières comme « *l'appartenance des salariés à des statuts différents (salariés de droit privé et fonctionnaires ... à des établissements distincts)* » ou encore « *la pénurie de candidats entraînant le risque de fermeture de l'établissement* ».

⁵ On a pu ainsi justifier, par exemple, d'une différence de traitement en fonction de certains éléments, sous réserve qu'ils n'étaient pas déjà pris en compte dans la rémunération, tels que l'ancienneté du salarié (Cass. soc., 31 oct. 2006 : *R.J.S.* 2007, n° 121), l'expérience (Cass. soc., 15 nov. 2006; *J.C.P. S* 2007, 1035, note J.-F. Cesaro; *R.J.S.* 2007, n° 220), les diplômes (Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 03-42.108), le statut juridique (Cass. soc., 11 oct. 2005, n° 04-43.024 : *R.J.S.* 2005, n° 1208), les inconvénients liés à une installation à l'étranger (Cass. soc., 9 nov. 2005 : *J.C.P. S* 2006, 1276, note M. Picq ; *Dr. soc.* 2006, p. 221, obs. A. Jeammaud), la situation de l'emploi (Cass. soc., 21 juin 2005 : *R.J.S.* 2005, n° 978 ; *Dr. soc.* 2005, p. 1047, obs. Ch. Radé).

⁶ Que ce soit par exemple de la qualité du travail, des tâches ou de la technicité particulière, ...

⁷ A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », précité : « *la Chambre sociale de la Cour de cassation admet, sans ambages, qu'entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, des différences de rémunération puissent être justifiées par des raisons objectives* »

⁸ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », précité et I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008 p. 648

Dans cette perspective, la notion de « travail égal » au sein du principe ne se réduit pas à la comparaison des tâches et des responsabilités des salariés. En vérité, plus que de travail égal il s'agit de comparer des « situations égales »¹. La Cour de cassation prend en considération le statut des salariés en cause, si bien que même s'ils effectuent un travail similaire, une différence de rémunération peut être admissible s'ils ont une différence de statut professionnel², ou encore si l'un est titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée et l'autre d'un contrat précaire³. Ainsi paradoxalement la prise en compte du statut dans l'évaluation de l'emploi peut mener à la mise à l'écart du travail de comparaison des activités de chacun des salariés. Si on ajoute à cela les arguments fondés sur des contraintes, tel que celui tiré de l'état du marché du travail, qui pèsent sur l'employeur, les possibilités qu'a ce dernier pour justifier une différence de rémunération sont quasiment infinies. En conclusion, il ressort de la jurisprudence qu'il ne s'agit pas tant d'un principe « *à travail égal, salaire égal* », mais bien plutôt d'un principe « à situation égale, rémunération égale ».

109. Néanmoins, certains arrêts de la Cour de cassation⁴, salués par la doctrine⁵, emportent aujourd'hui une exigence plus rigoureuse quant à la justification avancée par l'employeur. Les

¹ Cass. soc., 28 nov. 2000; *R.J.S.* 2001, n° 1287. - Cass. soc., 21 juin 2005; *Bull. civ.* 2005, V, n° 206 ; *Dr. Soc.* 2005, p. 1047, obs. Ch. Radé. - Cass. soc., 1er déc. 2005; *J.C.P. G* 2006, II, 10017, note D. Corrigan-Carsin ; *J.C.P. S* 2006, 1071, note J.-F. Cesaro).

² Une telle solution ne ressortait pas de manière évidente des premiers arrêts, par exemple dans l'arrêt Soc. 9 mars 1999, N° de pourvoi: 96-40472 96-40474, à propos d'un paiement en douze ou treize mensualités, la Cour énonce : « *Attendu cependant qu'en vertu du principe "à travail égal, salaire égal" énoncé par les articles L. 133-5 4 et L. 136-2 8 du Code du travail, des salariés se trouvant dans une situation identique ne peuvent, pour un même travail, percevoir un salaire différent ; que si un même salaire annuel peut être fractionné différemment selon le choix des salariés, ceux qui ont opté pour un règlement en douze mensualités ne peuvent être désavantagés par rapport à ceux qui ont préféré percevoir treize mensualités ;* » *D.* 2009 p. 191 « Droit du travail mai 2008 - septembre 2008 » A.J. (Soc. 10 juin 2008, n° 06-46.000, *D.* 2008. AJ. 1770, obs. S. Maillard) Pour la cour d'appel, il y avait là une différence que ne justifiait pas le fait que les navigants techniques ne perçoivent pas leur prime horaire de vol s'ils s'abstiennent de voler. Son arrêt est cassé pour défaut de base légale « *au regard du principe d'égalité de traitement* », au motif que « *la différence de traitement appliquée à ces deux catégories de personnel s'expliquait par une différence dans le mode de rémunération* » et qu'il revenait aux juges du fond de rechercher si les retenues opérées aboutissaient à des résultats équivalents au regard du mode de rémunération applicable à chacune des deux catégories de personnel.

³ Dans cet arrêt, c'est le salarié en C.D.I. qui touchait une rémunération moindre. Si c'était le salarié en contrat précaire qui touchait une rémunération moindre il aurait été protégé par les dispositions spécifiques à son contrat qui interdit de le rémunérer moins et il n'aurait pas eu besoin d'invoquer le principe (plus général) « *à travail égal, salaire égal* ». Une application du principe d'égalité des rémunérations *J.C.P. S* 2007, n°1241, J.-F.Cesaro.

⁴ Par exemple Sté Hôtel Ritz Limited, Cass. soc., 25 mai 2005, préc.

⁵ Cf. T. Aubert Monpeyssen, « Diplôme et égalité de traitement », *R.D.T.* 2009, p.173.

juges du fond doivent vérifier si ces critères sont objectifs et pertinents¹. Dès lors, la chambre sociale se montre désormais plus rigoureuse quant à la raison avancée par l'employeur pour justifier la différence de rémunération constatée. C'est le tournant que semble avoir pris la jurisprudence en 2008, avec l'émergence d'une véritable exigence de justification².

Si le principe « à travail égal, salaire égal » est aujourd'hui clairement affirmé en jurisprudence, la question s'est longtemps posée de savoir si ce principe fait figure de « simple » application d'un principe d'égalité de traitement des salariés, au domaine plus étendu.

II. L'EXTENSION DU PRINCIPE AUX MATIÈRES NON SALARIALES

110. Le principe d'égalité de traitement ne peut se targuer d'un fondement textuel législatif. En dehors des articles L.2261-22 et L.2271-1 relatifs au principe « à travail égal, salaire égal » à l'adresse des interlocuteurs sociaux, le Code du travail contient diverses règles d'égalité³ qui ne disent pas toujours leur nom. Ainsi, dans les dispositifs propres aux contrats précaires, il est souvent prévu une disposition qui tend à l'égalité de ces salariés avec les autres⁴. Si

¹ D. 2006, A.J. « éléments objectifs pertinents » (ainsi que le rappelle l'arrêt Sté Hôtel Ritz Limited, Cass. soc., 25 mai 2005, D. 2005, IR p. 1655)

² Voir sur ce point section 2, §1, II.

³ Voir par exemple cf. L.124-4-2 du Code du travail, L.140-2 du Code du travail, L.212-4-5 du Code du travail, L.212-4-14 du Code du travail, L.122-3-3, alinéa 2 du Code du travail : les titulaires d'un CDD (art. L. 122-3-3 du Code du travail résultant de la loi du 12 juillet 1990) ; les salariés à temps partiel (l'art. L. 212-4-5 du Code du travail. garantit une rémunération proportionnelle à celle des salariés à temps complet) ; les travailleurs intérimaires (art. L. 124-3 du Code du travail) cf. P.-Y. Verkindt : « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr.Soc.* 1995.870.

⁴ Cf. travailleur précaire : P. Y. Verkindt, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr. Soc.* 1995.870 ; Soc. 7 mai 2002, *R.J.S.*, 7/02, n°912 ; Cass. soc., 8 mars 2005, n° 03-41.392 FS-P+B, Héricourt/ SA Acerel. Vu l'article L. 981-10 du Code du travail applicable à l'époque des faits : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les jeunes titulaires de contrats de qualification doivent bénéficier de l'ensemble des dispositions applicables aux autres salariés dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec leur situation et que notamment la durée du travail du salarié sous contrat de qualification inclut le temps passé en formation, d'où il résulte que ses déplacements pendant son temps de formation doivent être indemnisés selon les dispositions applicables à l'ensemble des salariés de l'entreprise, le conseil de prud'hommes a violé les dispositions susvisées* ». Des règles spéciales de l'égalité salariale : Si les salariés intérimaires dont la rémunération ne peut être inférieure à celle que percevrait dans l'entreprise utilisatrice un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail, ont droit au paiement d'une prime versée au salariés permanents de l'entreprise, c'est sous la réserve qu'ils remplissent les conditions prévues pour l'attribution de celle-ci cf. Cass. soc., 29 nov. 2006 n° 05-40.755, FS-P+B, SA Multipostage c/ Lepleux et a. cf. *Travail et Protection sociale* n° 11, Novembre 2004, comm. 327. La Cour de cassation rappelle les règles d'organisation de la preuve en cas de

nombre de ces règles « spéciales » d'égalité touchent au domaine de la rémunération, il en est qui relèvent d'autres champs, comme ceux propres à la détermination de l'ordre des licenciements¹. Dès que la chambre sociale a reconnu un principe plus général « à travail égal, salaire égal », les juges n'ont plus à attendre du législateur qu'il prenne une règle « spéciale » d'égalité afin de faire respecter l'exigence égalitaire². C'est ainsi que la chambre sociale a pu appliquer ce principe à une espèce qui n'appelait l'application d'aucune des règles spéciales d'égalité³. Si un principe d'égalité de traitement a été dégagé en matière de rémunération, n'en existe-t-il pas un, plus général, applicable à tous les domaines⁴ ?

111. Reste que la « matière » même du contentieux a pu un temps constituer une difficulté à l'affirmation de l'existence d'un tel principe. En effet, après 1996⁵, l'essentiel des affaires arrivant devant la Cour de cassation touche à la rémunération. Dans ce type de contentieux qui porte sur le quantum des rémunérations, la commensurabilité⁶ de l'objet du litige (le niveau de rémunération) rend plus aisée l'application de la méthode comparative, cœur de la

rupture de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Travail à temps partiel. Indemnité de licenciement. Mode de calcul. Égalité de traitement avec les salariés à temps complet Soc., 10 janv. 1995, Fondation Saint-Louis c/ Decrette. (Soc., 10 janv. 1995, Fondation Saint-Louis c/ Decrette : *J.C.P.* 1995, éd. G, IV, 602).

¹ Un des secteurs où le principe d'égalité a joué, très rapidement, un rôle important est celui de l'ordre des licenciements pour critère économique. On sait l'importance de cet ordre qui détermine, en pratique, les noms des salariés qui, pour critère économique, vont perdre leur emploi (J. Savatier, « Ordre des licenciements et critères réels et sérieux de licenciement », *Dr. Soc.* 1996, p. 478). Mais, pourrait-on objecter, l'ordre des licenciements qui établit un classement des salariés est tout le contraire de l'égalité. Certes, mais il ne peut être valable que si l'égalité entre salariés a été respectée au cours de l'établissement de l'ordre. Elle suppose, d'une part, que tous les critères définis à l'avance soient mis en œuvre de la même manière pour tous et, d'autre part, que dans la mise en œuvre des critères des qualités professionnelles, le classement des salariés repose sur des éléments objectifs qui puissent, en cas de contestation être vérifiés par le juge (P. Waquet, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. Soc.* 1994, p. 677 Cass. soc., 24 févr. 1993, n° 91-45.859, *Bull. civ.* V, no 66 ; Cass. soc., 20 oct. 1993, n° 91-44.083, *Bull. civ.* V, no 969 , Cass. soc., 15 juin 1994, n° 93-41.269, *Bull. civ.* V, n° 809 ; Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 94-42.161, *Bull. civ.* V, no 405, *Dr. Soc.* 1998, p. 563)

² Sur cette articulation entre les rôles respectifs du législateur et du juge voir Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 2.

³ Cf. arrêt Ponsolle, *supra*.

⁴ Sur les prémisses d'un principe d'égalité de traitement avant l'arrêt Ponsolle, voir P. Waquet, « Retour sur l'arrêt Ponsolle », *R.D.T.* 2008 p. 22 : « Un arrêt du 1^{er} décembre 1988 Banco Pinto & Sotto Mayor, *Dr. soc.* 1990. 107 avait paru adopter cette thèse. Mais cette solution a été expressément condamnée par deux arrêts du 15 mai 1991 : « s'il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination au sens de l'article L. 122-45 du code du travail, il lui est permis, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute ». *Dr. Soc.* 1991. 619, rapport. P. Waquet et concl. P. Franck..

⁵ Jurisprudence Ponsolle précitée.

⁶ Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

logique égalitaire¹. Néanmoins, l'égalité a aussi été invoquée dans des litiges qui portent sur l'accès à un avantage ou à un droit, lorsqu'il est soumis à conditions.

Ainsi, dans une affaire² qui portait sur une question de cumul d'indemnités au sein d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la Cour de cassation casse le jugement du conseil de prud'hommes au visa de l'article L. 321-4-1 du Code du travail³ et de l'attendu de principe suivant :

« Attendu que, si le plan social peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables ; »

L'espèce porte sur le bénéfice d'une indemnité, qui entre donc dans le domaine « pécuniaire »⁴, l'attendu de principe vise néanmoins le terme générique « avantage », qui laisse donc supposer que la règle ainsi énoncée pourrait s'appliquer à des avantages non pécuniaire. Toutefois, l'égalité de traitement⁵ énoncée demeure cantonnée aux plans de sauvegarde de l'emploi.

Une telle règle sera également énoncée à propos de l'attribution d'avantages non financiers. Ainsi, à propos de l'organisation d'un « challenge commercial », la chambre sociale affirme :

« Si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent

¹ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

² Cass. soc., 10 juill. 2001, n°99-40.987, *Bull. civ.* V, n°255.

³ Aujourd'hui codifié sous L.1233-61 et suivants.

⁴ En effet, une indemnité n'a pas nécessairement la qualité de salaire, cf. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24 éd., Dalloz, 2008, p.952, n°745.

⁵ L'attendu de principe vise bien l'égalité de traitement et dessinent d'ores et déjà la teneur du contrôle des juges du fond (« préalablement définies et contrôlables »), qui tend déjà vers l'exigence de critères objectifs et pertinents. A propos de ticket restaurant, cf. Soc. 20 février 2008 n° 05-45.601, *D.* 2008. AJ. 696 *D.*2008, 2306, pan. A. Jeammaud. Voir également Soc. 15 mai 2007, *D.* 2007. AJ. 1506, et Pan. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jeammaud ; *R.J.S.* 7/07, n° 848 ; *Dr. Soc.* 2007. 896, obs. Ch. Radé.

bénéficiaire de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables »¹.

Dans ces deux affaires², bien qu'aucun principe ne soit formellement énoncé, la logique égalitaire ressort de manière évidente de la règle posée par la chambre sociale : elle vise une différence de traitement (un avantage particulier ou une mesure réservée) entre des salariés placés dans une situation identique, cette différence étant soumise à conditions : tout d'abord que tous puissent avoir l'espoir d'accéder à l'avantage ; ensuite que les règles d'octroi « *soient préalablement définies et contrôlables* »³.

Le principe d'égalité de traitement⁴ est pour la première fois consacré dans un arrêt de la chambre sociale, dont l'espèce est relative à la réduction du temps de travail⁵. La Cour vise alors non pas un avantage salarial, mais un droit relatif au temps de travail. Dans ses motifs la chambre sociale fait référence à « *l'égalité de traitement* », sans l'énoncer toutefois sous forme de principe⁶. Ce n'est que, dans un arrêt du 30 janvier 2008¹, pour la première fois, la

¹ Soc., 18 janv. 2000, n° 98-44.745, *Bull. civ. V*, n°25 *Dr. Soc.* 2000, p. 436, obs. C. Radé. A propos d'un avantage en nature (la participation financière de l'employeur aux frais de repas des salariés ne valait que s'ils se restauraient dans un restaurant particulier) cf. Soc., 17 juin 2003, n°01-41.522, *Bull. civ. V*, n°195 ; toutefois cet arrêt est au visa du principe « *à travail égal, salaire égal* ».

² Voir également, dans le même sens et à propos d'avantage non salariaux en eux-mêmes : Soc. 19 juin 2007, n°06-44.047, A. Jeammaud, *Pan., D.* 2007, p.3033.

³ Ces conditions constituent l'obligation de transparence, cf. *infra*.

⁴ Elle se rapproche alors des vœux formulés par la doctrine, cf. A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004. 694 ; G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2006. 822.

⁵ Soc. 16 mai 2007, *D.* 2007, *Pan.* 3035, obs. A. Jeammaud. Dans le même sens, Soc. 20 février 2008, Bensoussan *Bull.* 2008, *V*, N° 38. Il est remarquable sur la chambre sociale semble usé du même procédé d'induction utilisé dans l'arrêt Ponsolle, car elle se fonde encore une fois sur les articles L. 133-5,10 et L. 136-2, 8 du code du travail : « *l'égalité de traitement entre tous les salariés d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ; que méconnaît ce principe l'accord collectif du 29 décembre 2000, en ce qu'il exclut du bénéfice rétroactif de ses dispositions les salariés ayant quitté l'entreprise avant la date de son entrée en vigueur à la différence des salariés présents à l'effectif à cette même date, alors que tous les salariés ayant travaillé durant l'année 2000 étaient dans une situation identique au regard de la réduction du temps de travail pour la période considérée ; que par ce motif de pur droit, substitué conformément au mémoire en défense à ceux critiqués, la décision se trouve légalement justifiée* »

⁶ L'expression de principe d'égalité de traitement, dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, reste jusqu'alors cantonnée à la référence au droit communautaire (plus particulièrement au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes) et au travail de comparaison accomplie dans les arrêts relatifs à la discrimination syndicale, cf. Soc. 5 mars 2008, 07-60.305, *Publié au bulletin* ; Soc. 18 décembre 2007, 06-45.132, *Publié au bulletin* ; Soc. 27 septembre 2006, 04-43.446, *Publié au bulletin* ; Soc. 31 janvier 2002, 00-12.431, *Publié au bulletin* ; Soc. 4 juillet 2000, 98-43.285, *Publié au bulletin* ; Soc. 26 avril 2000, 98-42.643 98-42.644 98-42.645 98-42.646 98-42.647 98-42.648, *Publié au bulletin* ; Soc. 28 mars 2000, 97-45.258 97-45.259, *Publié au bulletin* ; Soc.23 novembre 1999, 97-42.940, *Publié au bulletin* ; Soc. 15 juin

Cour de cassation rend une décision au visa du principe d'égalité de traitement². La haute juridiction judiciaire ne confèrera les honneurs de la publication au Bulletin de la Cour de cassation à une jurisprudence au visa du principe d'égalité de traitement que dans un arrêt postérieur, en date du 10 juin 2008³. En l'espèce, l'employeur avait effectué une retenue sur salaire au personnel navigant commercial et non au personnel navigant technique, alors que tous avaient exercé leur droit d'abstention⁴ sur un même vol. La Cour de cassation censure la cour d'appel, en ces termes :

« ... la différence de traitement appliquée à ces deux catégories de personnel s'expliquait par une différence dans le mode de rémunération et alors qu'il [le juge du fond] lui revenait de rechercher si les retenues opérées aboutissaient à des résultats équivalents au regard du mode de rémunération applicable à chacune des deux catégories de personnel »⁵.

1999, 96-45.464, *Publié au bulletin* ; Soc. 4 octobre 1990, 87-16.359, *Publié au bulletin*. La jurisprudence a déjà eu maintes fois recours à la notion d'égalité de traitement, en général dans des affaires où des discriminations étaient aussi en cause (V. not., Cass. soc., 18 déc. 2007, n° 06-45.132; *J.C.P. S* 2008, 1216, note B. Boubli. - Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 06-45.246. - Cass. soc., 30 oct. 2007, n° 06-44.714. - Voir aussi à propos de la discriminations syndicales, cf. Soc., 5 mars 2008, n° 07-60.032. - Cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-44.846).

¹ Cass. soc., 30 janv. 2008, n° de pourvoi: 06-46447, etc. ; cf. « Le principe d'égalité appliqué au plan de sauvegarde de l'emploi », J.-F. Cesaro, *J.C.P. S* 2008, n°1274. Néanmoins cet arrêt n'aura pas l'honneur de la publication au bulletin, contrairement à l'arrêt du 10 juin 2008. Cet arrêt sera suivi de, cf. Soc. 20 février 2008, n° 05-45.601, *D*. 2008. A.J. 696.

² La Cour précise : « *Attendu, cependant, que l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés s'il justifie que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique peuvent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage sont préalablement définies et contrôlables ; Et attendu qu'un salarié qui se trouve en congé sans solde et a trouvé un emploi externe ne se trouve pas dans une situation identique à celle des autres salariés, la perte de son emploi ayant pour lui des conséquences moindres ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il existait une justification objective à la différence de traitement et que les règles déterminant l'octroi d'une indemnité additionnelle de licenciement répondaient aux conditions requises, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés* ». L'application de la règle d'égalité n'appelle pas un raisonnement triangulaire consistant à évaluer la situation de l'employeur à l'égard des différentes catégories de salariés. À suivre ce raisonnement, il faudrait non seulement que les salariés soient traités de la même manière, mais également que l'employeur supporte, pour ce traitement égal, des charges identiques. Or, l'égalité peut être assurée entre les salariés à des coûts différents pour l'employeur - le présent arrêt le prouve. Le rôle des juges du fond consiste, selon la Cour de cassation, à confronter la situation des salariés pour vérifier s'ils bénéficient, à situation identique, d'un même traitement. Ils doivent également, s'assurer que les règles d'octroi de l'avantage étaient « préalablement définies et contrôlables », Cf. J.-F.Cesaro, « Le principe d'égalité appliqué au plan de sauvegarde de l'emploi », *J.C.P. S* 2008, n°1274.

³ Soc. 10 juin 2008, pourvoi n°06-46000, *Bulletin* 2008, V, N° 130, *D*. 2008. AJ. 1770, obs. S. Maillard ; *D*. 2009 p. 191, Pan. A. Jeammaud.

⁴ L'article 3.1.3 de l'annexe I du décret n° 91-660 du 11 juillet 1991 prévoit un droit d'abstention d'un membre de l'équipage en raison d'une déficience ressentie. Ce droit correspond au droit de retrait des salariés.

⁵ Cet arrêt est une censure moins « sévère » que le précédent arrêt (Soc. 10 janvier 2008), car il s'agit ici d'un défaut de base légale et non une violation du principe d'égalité de traitement.

La cassation est encourue pour défaut de base légale, les juges du fond n'ayant pas effectué les recherches nécessaires. Dans cette décision la Cour de cassation souligne le caractère casuistique du principe et renonce à une approche purement formelle¹, qui reposerait sur le seul constat des régimes différents applicable entre les salariés, en l'occurrence le personnel navigant technique et commercial. La Cour de renvoi aura à effectuer la recherche d'équivalence définie par la Cour de cassation. L'appréciation de l'identité de situation semble désormais fortement guidée par l'objet² de l'avantage en cause³. La motivation de l'arrêt invite à prendre en considération que tous les salariés ont exercés le même droit de retrait et que les conséquences doivent être identiques quelque soit leur appartenance à telle ou telle autre catégorie. L'appréciation de la justification de la distinction doit s'opérer en considération de l'avantage et non en fonction de l'appartenance statutaire.

L'arrêt en date du 30 janvier 2008 apporte des précisions d'ordre méthodologique⁴ : les juges ne doivent pas s'arrêter à la simple apparence de différence des statuts, ils doivent s'intéresser aux « résultats » de l'application de l'ensemble de ces statuts et aux effets concrets et finaux de la différence de traitement. Ce qui suppose non seulement d'interroger la différence instaurée par les statuts, mais également leurs effets concrets. Si le principe d'égalité de traitement est dorénavant clairement affirmé par la jurisprudence, il n'en a pas pour autant mis fin à l'application du principe « à travail égal, salaire égal », qui continue à être visé dans les décisions de la Cour de cassation⁵, qui ont trait à la rémunération. Le principe d'égalité de traitement, tout comme le principe d'égalité en droit administratif et constitutionnel⁶, se voit décliner sous différentes formes, chacune particulière à un domaine spécifique⁷.

¹ Voir Partie 2, titre 1 Chapitre 2 et Partie 2, titre 2, Chapitre 2, section 1.

² Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

³ C'est implicite dans l'arrêt du 10 janvier 2008 : l'indemnité vise à compenser le préjudice de la perte d'emploi. Or ceux qui ont retrouvé un emploi ont, à cet égard, un préjudice nul.

⁴ La cassation est sur le défaut de base légale, dès lors la cour de cassation donne des indications aux juges de la Cour d'appel de renvoi (et aux juges du fond de manière générale) quant à la recherche qui lui incombe. Sur les voies d'ouverture à cassation cf. X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier, *La technique de cassation*, 4^{ème} édition, Dalloz-Sirey, Paris, 1998.

⁵ Néanmoins la Cour continue de faire application du principe « à travail égal, salaire égal », qui dernièrement a été visé au visa de l'arrêt du Soc. 25 mars 2009, N° de pourvoi: 08-41229.

⁶ Voir *supra*.

⁷ Verra-t-on émerger un principe propre au temps de travail ? Spécifique à la formation ?

112. Désormais, le principe d'égalité de traitement n'est plus cantonné au domaine de la rémunération, mais touche tous les droits et avantages des salariés¹. Un doute demeure quant à sa teneur, sa substance. M. Jeammaud² avait défini l'égalité de traitement de la manière suivante : elle est celle que tous, « *dans le périmètre de référence, soient traités, serait-ce pour être distingués ou voir introduire entre eux des différences, selon des critères identiques et constants* ». Ces critères devant être « objectifs ». Il vise à ce que les mêmes critères soient mis en œuvre à l'égard de tous. Néanmoins, la jurisprudence ne semble pas se conformer exactement à une telle définition. Si l'obligation de transparence³, préalable nécessaire de la mise en œuvre du principe, est entérinée, la jurisprudence est allée au-delà de l'exigence de critères identiques et constants. La Cour de cassation affirme clairement qu'une différence de traitement doit être justifiée par une « *raison objective et pertinente* »⁴. Cette formule sonne comme une synthèse des dernières évolutions jurisprudentielles⁵. Autrement dit, l'objet du traitement détermine non seulement les catégories de salariés qui peuvent prétendre à l'obtention de l'avantage⁶, mais également la pertinence⁷ de la différence de traitement. À titre d'illustration, un avantage qui consisterait dans l'attribution d'un voyage dans une destination de rêve suite à un « challenge commercial » et qui a pour finalité de motiver les agents commerciaux dans leur vente, suppose⁸ d'une part, de par son objet même⁹, de n'être ouvert qu'aux seuls salariés faisant partie de la « force de vente », voire uniquement les V.R.P. D'autre part, le critère de l'attribution de l'avantage, autrement dit la distinction, doit

¹ Il ouvre des perspectives contentieuses nombreuses et des questions juridiques nombreuses, voir par exemple en matière d'heures supplémentaires ou complémentaires, après la loi TEPA, cf. », J. Barthélémy, « Des incertains vertus du nouveau régime des heures supplémentaires et complémentaires *R.D.T.* 2007 p. 696. Voir également à propos d'avantages en nature (chauffage, logement) accordés aux salariés « soutiens de famille » au détriment des salariés célibataires (Soc., 3 octobre 2007, pourvois n° 06-43.011, n° 06-43.012, n° 06-43.014, n° 06-43.016, n° 06-43.022 et n° 06-43.010), ou des points d'indice différents pour les salariés travaillant en France et ceux travaillant en Allemagne (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.333).

² Voir comm. *Dr.Soc.* 2004, spécialement p.697.

³ Voir *infra*.

⁴ A.P., 27 février 2009, n°08-40.059.

⁵ Soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601, *D.* 2008. AJ. 696 ; Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.529, *supra* Act. p. 639, voir plus particulièrement I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008, p.648, qui impose aux juges du fond de « contrôler la réalité et la pertinence » des raisons objectives avancées par l'employeur.

⁶ Voir en ce sens arrêt 20 février 2008 où était en cause l'attribution d'avantage relatif aux repas, dont les cadres étaient exclus.

⁷ Sur la définition du contrôle de pertinence, cf. Partie 2, Titre 2, chapitre 2, Section 1.

⁸ Après l'obligation de transparence dans les conditions d'octroi de l'avantage rempli.

⁹ Voir à propos de la méthode de comparaison, cf. Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

être fonction d'un critère directement en relation avec l'activité de vente elle-même, par exemple le niveau de vente, la progression du chiffre d'affaire,... Autrement dit, l'employeur peut se fonder sur tous critères liés à la vente et ne peut se fonder sur d'autres qui en sont totalement étrangers.

113. En conclusion, la jurisprudence de la chambre sociale s'est concentré dans un premier temps à faciliter la preuve pour la victime de discrimination ou d'inégalité de traitement. Dans le même temps elle a précisé la distinction, du point de vue conceptuel, entre les règles de non-discrimination et le principe « *à travail égal, salaire égal* ». Elle s'est ensuite employée à généraliser le principe d'égalité de traitement au-delà des questions de rémunération. Enfin, après avoir accepté de manière souple toutes les justifications avancées par les employeurs, elle commande aujourd'hui aux juges du fond d'effectuer un contrôle sur l'objectivité et la pertinence de la raison avancée par celui-ci pour justifier la différence de traitement. Dès lors la contrainte découlant du principe d'égalité de traitement s'en trouve renforcée. Le contrôle des juges du fond a été généralisé et étendue aux interlocuteurs sociaux.

SECTION 2 : L'EMPLOYEUR ET LES INTERLOCUTEURS SOCIAUX FACE À L'EXIGENCE ÉGALITAIRE

114. Le principe d'égalité de traitement et les règles de non-discrimination visent à protéger les salariés contre des décisions et des actes arbitraires. Ils touchent non seulement aux traitements et pratiques de l'employeur, mais également aux normes unilatérales fixées par celui-ci¹. Ils constituent donc une limite aux pouvoirs de l'employeur² (§1). Ils s'imposent également, mais certainement de manière différente, aux interlocuteurs sociaux lorsqu'ils concluent des conventions collectives (§2).

¹ A titre d'illustration, la Cour de cassation a fait application du principe d'égalité de traitement à des engagements unilatéraux, cf. Soc., 18 mai 1999 : *Bull. civ.* V, n° 213 et Soc. 25 mai 2005, pourvoi n° 04-40.169. Sur le pouvoir normatif de l'employeur, voir A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr.Soc.* 1992, p.215.

² Sur le pouvoir de l'employeur, voir A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J., Paris, 2010.

PARAGRAPHE 1 : LES DÉCISIONS UNILATÉRALES DE L'EMPLOYEUR À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

115. L'interdiction faite à l'employeur de recourir à des critères prohibés ne souffre pas de contestation, les débats en la matière ont porté, pour l'essentiel, sur le nouveau régime probatoire¹. Il n'en va pas de même de la légitimité d'édicter un principe d'égalité de traitement. En effet, ce dernier peut remettre en cause nombre de pratiques, à tel point que certains² ont craint qu'il porte atteinte à la liberté contractuelle en droit du travail. Toutefois, à la suite de la découverte du principe d'égalité de traitement, l'évolution de la jurisprudence montre que l'érection de l'égalité de traitement en principe n'a pas été abrupte. En effet, la Cour de cassation s'est, dans un premier temps, limitée à demander à l'employeur qu'il donne une explication à la différence de traitement constatée (I.). Ce n'est que depuis quelques arrêts récents qu'elle exige de l'employeur une véritable justification de ces différences (II.).

I. LE DEVOIR D'EXPLICATION DE L'EMPLOYEUR³

116. Il a été soutenu que le principe d'égalité de traitement, qui suppose une comparaison entre les salariés, serait perturbateur pour la liberté contractuelle de l'employeur qui, dans la relation qu'il entretient avec un salarié pris individuellement, se verrait lié par le traitement qu'il réserve aux autres salariés placés dans une situation identique. Toutefois, cette limite à la liberté contractuelle, qui ne saurait être absolue, n'oblige pas l'employeur à traiter de manière identique tous les salariés, mais seulement à s'expliquer sur les différences de traitement. Il

¹ Voir *supra*.

² Voir par exemple l'opinion de J.-F. Cesaro dans son commentaire de l'un des arrêts « CRAMIF » du 3 mai 2006 (J.C.P. S. 2006, n°.1496) ; il écrit : « *Le principe « à travail égal, salaire égal » fait partie de ces fausses bonnes idées dont on aurait pu faire l'économie. Il appartient au nombre de ces « principes de bienfaisance » qui apaisent la conscience lorsqu'ils sont affirmés alors qu'ils ne sont que l'expression quasi inconsciente, tant elle se fait commune, du rejet de la liberté contractuelle. Car finalement celui qui sait bien négocier son salaire n'est pas récompensé de son art. Ce principe trahit aussi une vision abstraite de l'entreprise conçue comme un univers rationnel où toute situation devrait être le résultat d'un choix délibéré. Or, les différences de salaires peuvent résulter d'événements mineurs, de l'histoire de l'entreprise, sans reposer sur une réflexion profonde ou l'articulation savante de critères abstraits. L'entreprise est tournée vers l'extérieur et ceux qui la dirigent n'ont pas toujours le loisir d'en contempler la perfection des rouages internes. Aussi est-il bien dangereux pour elle d'être soumise à ces principes inventés « en haut » ».*

³ Les développements qui suivent doivent beaucoup à l'article d'A. Lyon-Caen, « « A travail égal, salaire égal ». Une règle en quête de sens ? », R.D.T. 2006, p.16.

doit, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir¹, respecter une obligation de transparence. Dans cette dernière hypothèse, l'employeur doit, en tant qu'auteur de l'acte, en dévoiler la cause, l'élément originel².

117. A la suite de l'arrêt Ponsolle, le principe « à travail égal, salaire égal », qui restait cantonné à un domaine spécifique, ne pouvait remettre en cause le caractère *intuitu personae* du contrat de travail³. Les craintes alors exprimées ne portaient d'ailleurs pas sur une remise en cause de la figure du contrat de travail et son rôle instrumental⁴. En réalité, ces craintes visaient notamment une supposée interdiction qui serait dorénavant faite à l'employeur de pratiquer des politiques d'individualisation⁵ dans sa gestion des ressources humaines. Le principe d'égalité de traitement invite en effet à raisonner en référence à la situation identique ou non des salariés ; une perspective qui n'est pas nécessairement celle suivie par les politiques d'individualisation précitées⁶. Celles-ci⁷ combinent une évaluation⁸ de la

¹ Sur la question du Contrat et du pouvoir, voir A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J., Paris, 2010 et P. Lokiec, *Contrat et pouvoir- Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004.

² E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Ed. L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, 2008, n°180 et suivants.

³ cf. M.-A. Péano, « L'intuitu personae dans le contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995.129. Voir également *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 23, 8 Juin 2006, 1909 Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? . - Faut-il faire prévaloir l'autonomie contractuelle sur les droits fondamentaux ? Etude rédigée par Thérèse Aubert-Monpeyssen.

⁴ A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une moyenne puissance », in *Etudes offertes à Jean Pélissier, Analyse Juridique et valeur en droit social*, Ed. Dalloz 2004, p.299

⁵ Voir P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, Ed. L.G.D.J, 2005

⁶ Cf. Thèse P. Adam, *L'individualisation du droit du travail Ibid.* Voir également l'effet perturbateur qu'est susceptible d'engendrer le principe « à travail égal, salaire égal », lorsqu'un salarié, suite à une réorganisation de service, se retrouve surqualifié par rapport aux tâches accomplies et en référence à la classification conventionnelle et par rapport à d'autres salariés qui accomplissent les mêmes tâches, cf. Soc.28 novembre 2006, n° de pourvoi 05-41414, *Bull.* 2006 V n° 353 p. 341, J.-F. Cesaro, « Qualification professionnelle et principe d'égalité », *J.C.P.* 2007, n°1017.

⁷ La troisième édition de l'ouvrage du professeur G.Couturier, consacrée aux relations individuelles de travail, parue en 1996 - année de l'arrêt Ponsolle -, nous en donne un aperçu précis : « *Au cours de la dernière période, les politiques salariales ont été volontiers placées sous le signe de "l'individualisation". A l'époque où l'inflation était particulièrement rapide, les augmentations de salaire - générales et indistinctes - étaient surtout destinées à suivre (éventuellement à anticiper sur) la hausse des prix. Le ralentissement considérable de celle-ci a conduit à faire plus de place à d'autres augmentations déterminées en fonction des performances de l'entreprise, de l'établissement, voire des performances individuelles du salarié. L'individualisation consiste à répartir une part de la masse salariale (ou de son évolution) pour « récompenser les performances individuelles » » (n° 303).*

⁸ A propos de l'évaluation voir article S. Vernac « L'évaluation des salariés en droit du travail », chronique *D.* 2005. L'évaluation peut être réalisée par la notation ou le « ranking » (évaluation qui suppose un classement ou une classification), cf. *S.S.L.* 2 décembre 2002, n°1100, p. 6 ; C.A. Grenoble, 13 novembre 2002, *Dr. Soc.* 2003, p. 988, note J. Colonna.

compétence¹ des salariés avec l'octroi de certains avantages.² Au plan juridique, le principe d'égalité de traitement ne remet pas en cause la liberté contractuelle. Selon la jurisprudence de la chambre sociale, la rémunération fait toujours nécessairement partie du « socle contractuel »³. Néanmoins, cette liberté contractuelle trouve une nouvelle limite : l'employeur doit pouvoir justifier le fait qu'il paye différemment deux salariés qui accomplissent apparemment les mêmes tâches. Au delà de ce « socle contractuel », la politique d'individualisation, par l'appréciation laissée au supérieur hiérarchique, accentue le rôle et le pouvoir de ce dernier. Le principe d'égalité de traitement permet d'encadrer ce pouvoir. Ainsi, le principe « à travail égal, salaire égal » n'empêche pas de mener de telles politiques⁴, et ne remet pas en cause la technique contractuelle⁵, car il ne dicte pas un choix entre telle ou telle autre méthode d'évaluation. Ce principe force l'employeur à s'expliquer sur la clef de répartition des avantages, en exigeant qu'il s'explique sur celle-ci⁶. Le principe d'égalité de traitement interdit seulement que l'individualisation soit pratiquée de manière arbitraire⁷.

118. Au-delà de l'individualisation, si le salarié établit l'existence d'une différence de traitement, l'employeur peut toujours justifier celle-ci, non seulement par la prise en considération d'un élément qui différencie les deux salariés⁸, mais également par des raisons

¹ Jusqu'aux années 80 les entreprises rémunéraient le poste ou la fonction. Dorénavant on évolue vers des postes flexibles en fonction des compétences du salarié cf. (L. Mallet et M.-L. Morin, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, p. 660).

² M.-C. Escande-Varniol, et J.-F. Paulin, « La performance du salarié confrontée au droit du travail », *Travail et emploi*, n° 98, Avril 2004, p.95.

³ « La rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve d'une part du SMIC, et d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise, ou des engagements unilatéraux de l'employeur ». (Cass. Soc. 20 oct. 1998 *Dr. Soc.* 1999 125, note Langlois, *D.* 1999 524, note F. Jault-Seseke et M. Moreau). Il en découle que la rémunération ne peut être modifiée sans l'accord du salarié (Cass.Soc. 28 janv. 1998 *Dr. Soc.* 1998 p. 523 note G. Couturier)

⁴ Leur multiplication a pu soulever l'interrogation, particulièrement quant à l'application effective de la règle « à travail égal, salaire égal », quelque peu vidée de sa substance par la valorisation de l'individualisation des rémunérations prônée par les politiques de gestion salariale (T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations » : *Dr. Soc.* 2005, p. 18).

⁵ Sur cette question voir Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

⁶ P. Waquet, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », *R.D.T.* 2008 p. 22, cf. « La jurisprudence *Ponsolle* n'est donc pas un carcan pour les employeurs : elle permet des différences de salaires, mais elle exige en cas de contestation une justification de cette différence ».

⁷ Cf. T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *J.C.P. E.* 2007, n°1960.

⁸ Alors l'employeur ne fait que prolonger le débat sur la comparaison des situations, des activités.

extérieures à la relation d'emploi¹. En vérité, le juge attend simplement de l'employeur, qui se voit opposer l'existence d'une différence de traitement pour des salariés qui sont apparemment dans une situation similaire, des explications. Durant les dix premières années d'application du principe « à travail égal, salaire égal », les employeurs qui au final ont été condamnés sur ce fondement sont ceux qui n'apportaient pas d'explication², ou plus précisément qui n'apportaient pas la preuve des éléments avancés³. La condamnation de ces employeurs tenait à leur défaillance probatoire⁴.

Au cours de cette période, la jurisprudence s'est montrée tellement ouverte⁵ à toutes les explications avancées par les employeurs et leurs conseils⁶, que le principe se réduisait, pour l'essentiel, à une obligation de transparence⁷. C'est donc dans toutes les directions que des raisons pouvaient être recherchées, avec une chance d'être accueillies, à condition néanmoins de respecter l'exigence d'une information préalable⁸ et de pouvoir avancer sur le terrain probatoire une explication, rationnelle et pertinente, de la différence de traitement opérée. La Cour de cassation ne se substituait en rien à l'employeur, mais semblait effectuer un contrôle semblable à celui de l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif⁹.

¹ Voir supra, section 1, §2, II.

² Voir par exemple l'arrêt Soc. 12 juillet 2006, n° 04-46.420 *inédit*, *J.C.P. S* 2006, 1840, qui approuve les juges du fond d'avoir condamné l'employeur en raison de l'absence de justification avancée de sa part.

³ Voir en ce sens article A. Lyon-Caen, « « A travail égal, salaire égal ». Une règle en quête de sens ? », *R.D.T.* 2006, p.16.. En particulier l'arrêt Sté Hôtel Ritz Limited (supra, *Dr. Soc.* 2005, p. 916, obs. C. Roy-Loutaunau sur la question des contrats à durée déterminée d'usage) considère, pour écarter le moyen du pourvoi invoquant la violation du principe par la cour d'appel, que celle-ci avait constaté que « *l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs pertinents* »

⁴ Cf A. Lyon-Caen, *Ibid.* V. Cass. soc. 28 sept. 2004 et 25 mai 2005.

⁵ Symétriquement : *D.* 2007 p.3031, A.J. On avait pu naguère se demander si le flamboyant principe n'était pas générateur d'illusions pour les salariés, tant sa mobilisation semblait peu secourable aux réclamants (A. Lyon-Caen, art. préc. ; A. Jeammaud, *D.* 2007. Pan. 179, spéc. 185 ; J.-M. Gasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal » ?, *R.J.S.* 8-9/07, p. 687)

⁶ Rares sont les hypothèses dans lesquelles la Chambre sociale retient une similitude de situations, là où un employeur considérerait qu'il y avait lieu de faire une différence dans la rémunération.

⁷ Voir *supra*. Notons qu'une telle obligation apparaît dans certains mécanismes propres à certains contrats précaires et vise, notamment, à assurer l'égalité des salariés titulaires de ces contrats avec les autres, cf. *J.C.P.S.* 2007 Bousez : Quant à l'entreprise de travail temporaire, elle peut se retourner contre l'entreprise utilisatrice dès lors, par exemple, que cette dernière aurait fourni des renseignements tronqués éludant la prime de treizième mois dans les grilles de rémunération transmises à l'entreprise de travail temporaire et la faire condamner au remboursement total des compléments de rémunération versés aux salariés par l'employeur.

⁸ Cf. Soc., 18 janv. 2000, no 98-44.745, *Bull. civ.* V, n°25 *Dr. Soc.* 2000, p. 436, obs. C. Radé.

⁹ Partie 1, Titre 1, Chapitre 1

119. Le principe d'égalité a, dans un premier temps, engendré (ou renforcé) l'obligation de transparence¹ de l'employeur, lorsqu'il crée un avantage en faveur de tels ou tels salariés. Les premiers arrêts² ont rapidement dessiné les contours de cette obligation³. Elle impose que les conditions d'octroi « *soient préalablement définies et contrôlables* »⁴. Cette obligation est d'ordre procédural : l'énoncé des conditions doit précéder l'attribution de l'avantage. Ensuite, la distinction doit être contrôlable, ce qui emporte que les salariés qui sont « éligibles »⁵ puissent avoir connaissance de ces conditions. Un arrêt⁶ qui ne concerne pas directement le principe d'égalité de traitement renforce l'obligation de transparence⁷ : non seulement l'employeur doit faire connaître les conditions de l'attribution de l'avantage, en l'espèce le calcul des commissions, mais il doit également mettre les salariés en mesure de comprendre le calcul de la rémunération. L'obligation de transparence se double ainsi d'une obligation d'intelligibilité⁸. La condition de contrôlabilité ménage également une éventuelle intervention du juge⁹. L'obligation de transparence rappelle le contrôle du pouvoir discrétionnaire¹⁰ qui, sans dénaturer le caractère libre et volontaire de ce dernier, n'en exige pas moins d'être un acte de raison. Une telle obligation a été réitérée à de nombreuses reprises dans des arrêts relatifs au principe d'égalité de traitement. La transparence est un préalable nécessaire au contrôle du pouvoir de l'employeur par les juges.

¹ Sur cette obligation voir plus spécialement Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

² Soc., 18 janvier 2000, précité

³ En ce sens E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Ed. L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, 2008., n°133 et suivants.

⁴ Soc., 18 janvier 2000, précité.

⁵ Par exemple à propos du « challenge commercial », l'obligation de transparence s'entend vis-à-vis de tous les représentants commerciaux de l'entreprise, cette obligation n'impose certainement pas d'informer les autres catégories de salariés qui ne peuvent concourir.

⁶ Soc. 1^{er} juillet 2008, n°05-41476. La Cour de cassation rejette l'argumentation du pourvoi fondé sur l'intérêt de l'entreprise. Dans le rapport annuel la cour de cassation souligne que la solution est commandée par le droit élémentaire de connaître les bases de calcul de son salaire, élément essentiel du contrat de travail, mais également par la transparence des calculs.

⁷ Sur l'ensemble de la question, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

⁸ Voir M-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p.361.

⁹ Sur cette question voir Partie 2, titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

¹⁰ Voir R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1923, p.363.

Aujourd'hui, la Cour de cassation ne se contente plus d'exiger de l'employeur une explication, elle attend que ses explications soient objectives et pertinentes, qu'il fournisse une véritable démonstration¹.

II. L'OBLIGATION DE JUSTIFICATION DE L'EMPLOYEUR²

Dès l'arrêt *Ponsolle*, Monsieur Lyon-Caen écrivait :

« Ce que l'arrêt du 29 octobre 1996 devrait apporter, c'est beaucoup moins une différenciation restreinte qu'une différenciation rationalisée et explicite des rémunérations »³.

Cette rationalité de la différence de traitement, qui embrasse dorénavant un domaine bien plus étendu que celui de la rémunération, n'implique-t-elle pas une obligation de justification ? Outre l'obligation de transparence et d'explication, l'employeur ne doit-il pas fournir des explications qui répondent à l'exigence de rationalité ?

Si les premières décisions obligeaient pour l'essentiel l'employeur à s'exprimer sur les choix des différences de traitement constatées, des arrêts ultérieurs ont renforcé l'obligation de l'employeur quant à la « qualité » des arguments avancés. En effet, certaines décisions marquent une nouvelle étape et précisent qu'il ne suffit plus à l'employeur de fournir une explication, quelle qu'elle soit. Ils exigent une motivation rationnelle, objective, vérifiable et pertinente⁴.

Ainsi, l'exigence de justification qui s'impose à l'employeur ne lui permet plus d'avancer n'importe quel argument pour justifier⁵ la différence de traitement. L'objet de l'avantage est dorénavant déterminant dans le contrôle du juge. Récemment⁶ la Cour de cassation a affirmé que la simple différence de diplôme ne suffit pas à justifier une différence

¹ Cf. E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *Op.cit.*, n°176.

² Sur la notion de justification, voir F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2000.

³ A. Lyon-Caen, obs. sous Soc., 29 oct. 1996, *Ponsolle*, Dr. soc. 1996, p. 1013.

⁴ A propos du contrôle de pertinence voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁵ L'exigence de justification est expressément énoncée dans les arrêts de la Cour de cassation, cf. par exemple l'arrêt *Crèche de Coste-Belle* (*supra*) rappelle que « ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal" [...] l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ».

⁶ T. Aubert Monpeyssen, « Diplôme et égalité de traitement », *R.D.T.* 2009, p.173.

de rémunération. L'employeur ne peut justifier cette différence par la volonté de valoriser les anciens étudiants de telle université ou de telle école de commerce. La différence de traitement ne peut être justifiée par les seuls motifs de l'employeur. La Cour de cassation exige alors que la différence de rémunération corresponde à « *une différence de travail fourni* »¹. A moins que le diplôme et l'expérience aient été « *déterminants lors de l'embauche* »². Ces exigences posées par la Cour de cassation invitent les juges du fond à se livrer à une appréciation au cas par cas en considération de l'objet de l'avantage³.

Le caractère objectif de l'élément avancé par l'employeur s'oppose à la subjectivité et à l'arbitraire dans l'attribution de l'avantage. Il est nécessaire que celle-ci ne dépende pas de la seule volonté de l'employeur ou du supérieur hiérarchique du salarié. Le caractère objectif de la raison invoquée par l'employeur est fortement lié à l'obligation de transparence qui pèse sur lui.

Ainsi, l'exigence « *d'éléments objectifs pertinents* » imposée à l'employeur apparaît pour la première fois dans un arrêt de rejet du 25 mai 2005⁴. La Cour de cassation confère aux juges du fond la mission de « *contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »⁵ de la justification de la distinction. Au travers de cette mission, la chambre sociale impose, par ricochet, deux obligations à l'employeur : non seulement il doit, plus que s'expliquer, se justifier et avancer des arguments qui ont véritablement fondé sa décision (la réalité⁶) ; en outre cette justification doit être en cohérence avec l'objet de l'avantage (la pertinence⁷).

Cette nouvelle exigence de pertinence appelle incontestablement un examen approfondi du critère invoqué et semble impliquer l'existence d'un lien « réel » entre la justification invoquée et la différence de rémunération⁸. La Cour de cassation elle-même, dans

¹ cf. Soc. 9 déc. 2003, n° 01-43.039.

² cf. Soc. 18 juin 2008, n° 06-46.06.

³ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁴ (Soc. 25 mai 2005 n° 04-40.169, The Hôtel Ritz Limited, *Bull.* 2005 V N° 178 p. 153. Cité dans : panorama A. Jeammaud et T. Aubert Monpeyssen)

⁵ Soc., 15 mai 2007, Bulletin 2007, V, n° 75.

⁶ Qui pourrait bien être une obligation de véracité.

⁷ Sur le contrôle de pertinence voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1. Celle-ci pourrait constituer une obligation de « rationalité renforcée ».

⁸ T. Aubert-Monpeyssen « Que peut-on attendre du principe « à travail égal, salaire égal » ?, *R.D.T.* 2007 p. 632.

son rapport annuel pour 2008¹, souligne que se profile sous cette exigence de pertinence « *un contrôle de proportionnalité de la disparité au regard des raisons invoquées* »². Cependant, un tel contrôle ne suppose pas pour autant une substitution de l'appréciation du juge à celle de l'employeur³. Les juges du fond doivent contrôler la pertinence de la différence de traitement avec l'objet de l'avantage. Ce contrôle suppose une approche purement casuistique, chaque acte peut connaître des finalités propres⁴ et donc des justifications spécifiques. Il semble émerger de cette exigence de pertinence un modèle de la proportionnalité⁵, sans que celle-ci soit expressément affirmée par la jurisprudence.

Si, par cette exigence, la chambre sociale ne revient pas sur sa jurisprudence précédente qui admet des justifications tirées non de la comparaison de l'activité elle-même⁶, mais du statut d'emploi du salarié, elle exige néanmoins des juges de fond qu'ils contrôlent la « *réalité et la pertinence* »⁷ de la distinction, ce qui suppose des critères objectifs et matériellement vérifiables⁸. Ainsi est imposée une gestion réglée, prix de la lutte contre l'arbitraire⁹.

¹ *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, rapport de la Cour de cassation, 2008.

² Rapport précité p. 88.

³ Sur cette question voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

⁴ A condition d'être licite.

⁵ Voir Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2. Sur la proportionnalité en droit du travail, cf. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations de travail - De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009 et I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris 2001.

⁶ Cf. Cass. soc., 28 avr. 2006, n° 03-47.171 ; D. 2006, IR p. 1334, obs. E. Chevrier ; J.C.P. S 2006, 1440, note J.-F. Césaro. L'employeur « *peut tenir compte de la situation juridique (...) dans l'entreprise* ». En l'espèce, la salariée d'une société de production artistique se plaignait d'être moins bien rémunérée qu'une autre salariée, qui était liée par un contrat à durée indéterminée, tandis que sa collègue, était demeurée « *intermittente du spectacle* » et avait un contrat plus précaire.

⁷ Soc. 15 mai 2007, n° 05-42.894, D. 2007. AJ. 1506 ; Dr. Soc. 2007. 896, obs. C. Radé. La cour d'appel avait trouvé dans la diversité des statuts des formateurs une justification de la différence contestée. La Cour de cassation énonce qu'« *une différence de statuts entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération* ». Elle ajoute qu'« *une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* ». La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appelle, qui a avait statué par des critères généraux au lieu de rechercher si les différences salariales étaient en l'espèce justifiées par des « *raisons objectives matériellement vérifiables* ».

⁸ Cf. Soc. 21 juin 2005, Bull. 2005 V N° 206 p. 181, Soc. 28 septembre 2004 Bull. 2004 V N° 228 p. 209.

⁹ L'éventualité d'invocation de la règle à « *travail égal, salaire égal* » a poussé les entreprises à se doter de solides bilans d'évaluation du personnel (cf. P. Waquet, « *Retour sur l'arrêt Ponsolle* », R.D.T. 2008 p. 22. S. Vernac « *L'évaluation des salariés en droit du travail* », chronique D. 2005, p.924).

PARAGRAPHE 2 : LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LE RESPECT DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

120. Le principe d'égalité de traitement s'impose à l'employeur. S'impose-t-il de la même manière lorsque la norme en cause a pour source une convention collective, fruit de la négociation des interlocuteurs sociaux¹ ? Dans cette hypothèse, le principe d'égalité de traitement n'est plus confronté au pouvoir de l'employeur, mais bien plutôt à la liberté conventionnelle (I.), qui occupe une place croissante parmi les sources du droit du travail².

Par ailleurs, le régime juridique des conventions collectives connaît plusieurs dispositifs qui visent à protéger la collectivité des salariés contre les effets négatifs des modifications de situations juridiques, notamment de l'employeur ou d'une évolution du statut conventionnel. Ces dispositions ne sont pas sans engendrer des différences entre les salariés qui effectuent pourtant une activité identique (II.).

I. LA DIFFÉRENCIATION DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES

121. Le droit des relations collectives de travail est souvent présenté comme un instrument d'égalisation, au moins au niveau collectif, des rapports entre l'employeur et les salariés. Il vise à compenser l'inégalité, le déséquilibre, qui caractérise le contrat de travail³.

Si le rééquilibre des rapports du travail est l'une des finalités identifiées⁴ de la négociation collective, l'effet *erga omnes* des conventions collectives tend également à assurer une égalisation des conditions des salariés, qui jouissent, tous⁵, sans exclusive, d'un

¹ Voir à propos de cette interrogation T. Aubert-Monpeyssen « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? - Faut-il faire prévaloir l'autonomie contractuelle sur les droits fondamentaux ? » *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 23, 8 Juin 2006, 1909

² Voir par exemple la négociation préalable à la saisine du Parlement et les matières, en particuliers en droit du temps de travail, de plus en plus nombreuses qui ouvrent la dérogation ou la suppléativité, cf. G. Borenfreund et M.-A. Souriac « La négociation collective entre désillusion et illusion », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XX^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p.181 ; G. Lyon-Caen, « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. Soc.* 2000, p.103.

³ Et en premier lieu le lien de subordination. Voir la thèse de T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, L.G.D.J., A paraître.

⁴ En ce sens voir J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24 éd., Dalloz, 2008, n°1032, p.1300.

⁵ Voir Crim. 28 mars 1995, *R.J.S.* 95, n° 1033, qui condamne l'employeur pour avoir exclu de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs une catégorie de salarié de l'entreprise.

socle commun et minimal de droits et d'avantages¹. Il faut en effet rappeler que l'une des fonctions de la négociation collective, notamment au niveau de la branche², est l'harmonisation au delà de l'entreprise, des droits des salariés, afin de limiter les effets de la concurrence sur eux. Cette vocation des conventions collectives est d'ailleurs rappelée par le législateur dans les articles du Code du travail, desquels la chambre sociale a tiré le principe « à travail égal, salaire égal ».

Néanmoins, les conventions collectives n'établissent pas nécessairement des droits identiques pour tous les salariés. Elles ont au contraire vocation à les adapter en fonction des secteurs d'activités, des spécificités locales ou professionnelles... Sans compter que les avantages tirés des conventions collectives peuvent être le fruit de luttes spécifiques³. Dès lors, la multiplication des niveaux et des conventions collectives engendre nécessairement autant de statuts particuliers, par essence différents les uns des autres⁴. Les conventions collectives peuvent également créer des distinctions en leur sein. Elles le font d'ailleurs en permanence en prévoyant des dispositions spécifiques pour certaines catégories⁵ de salariés, tout particulièrement s'agissant des catégories socioprofessionnelles (cadres, ouvriers, employés...).

¹ D'ailleurs certains accords collectifs particuliers sont incompatible par leur nature aux politiques d'individualisation, cf. L'intéressement (F. Favennec-Héry, « Épargne salaire, principe de transparence et non discrimination » *R.J.S.* 1/2 2002, p. 2). Le caractère collectif du système d'épargne d'entreprise s'oppose à ce que le montant des versements de l'employeur soit fondé sur des critères de performance individuelle des salariés. (Cass. Soc. 26 oct. 2000, *R.J.S.* 1/01 n° 73, *Dr. Soc.* 2001 p. 88) ; « Un accord d'intéressement ne peut légalement instituer une responsabilité pécuniaire collective de plein droit des salariés du fait du nombre d'accidents de travail intervenus dans l'établissement en prévoyant une répartition de la prime globale d'intéressement en fonction du seul critère de sécurité, le taux de fréquence des accidents de travail mesurant la performance de l'établissement auquel est attaché chaque salarié en matière de sécurité ». (Cass. Soc. 24 septembre 2002, *Bull V* n° 277 p. 267, *Dr. Soc.*, n° 12, décembre 2002, p. 1054-1058, note B. Gauriau).

² Cf. Thèse de S. Nadal, *Genèse, actualité et avenir de la négociation collective en tant que source du droit social*, Paris X, Nanterre, 2006.

³ Voir M-A. Souriac, « Conflit du travail et négociation collective », *Dr. Soc.* 2001, p.705.

⁴ Elles sont génératrices de diversité, par exemple à propos du niveau de l'établissement. Illustration donnée dans Cass. soc. 18 janv. 2006, *Dr. Soc.* 2006-449 obs. C. Radé ; *J.C.P.* 2006, II, 10055, note D. Corrigan-Carsin ; *L.S.* n° 941 du 30 janvier 2006.

⁵ Certaines catégories sont même devenues aujourd'hui des catégories légales. Ainsi à propos des cadres voir en matière de temps de travail à propos des conventions de forfait, cf. L.2281-11 du Code du travail, par exemple.

La particularité des différences de traitement qui apparaissent soit par le jeu de l'enchevêtrement des conventions et accords collectifs¹, soit par les dispositions conventionnelles elles-mêmes, est d'être (juridiquement) construite². Ces différences, contrairement à celles qui peuvent être opposées à l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir, ne résultent pas du constat de pratiques³, mais bien des textes conventionnels eux-mêmes.

122. Face à ces différences, quelle est la place du principe d'égalité de traitement ? Cette question est très intimement liée à celle de la légitimité et du rôle, de la négociation collective. Celle-ci bénéficie depuis quelques années d'un regain d'intérêt de la part du législateur, dont certaines réformes visent à renforcer la vigueur⁴. Face à cette légitimité renouvelée⁵ et plus encore en considération du souci constant de la jurisprudence de préserver l'autonomie conventionnelle⁶, il était à craindre⁷ que les juges de cassation ménagent aux interlocuteurs sociaux une marge d'appréciation bien trop grande dans l'élaboration de différence de traitement légitime, vidant ainsi le principe d'égalité de traitement de sa substance⁸. Certaines

¹ L'articulation des conventions collectives de niveaux différents supposent que les interlocuteurs sociaux connaissent les autres conventions applicables. L'exigence d'une telle connaissance est renforcée par la loi de 2004 qui permet par exemple à la convention collective de branche de « verrouiller » ou non la négociation aux niveaux inférieurs, cf. L.2253-1 du Code du travail.

² A. Lyon-Caen « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens » *R.D.T* 2006 p. 16

³ Les différences de traitement opérées par l'employeur ne sont pas nécessairement inscrites dans un acte.

⁴ Voir Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, mais aussi loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative) publiée au *J.O.* du 22 janvier 2008.

⁵ Cf. P. Rosenvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. Seuil, 2008. Parallèlement sur la méfiance à l'égard du juge, cf. Ph. Langlois, « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », *D.* 1997, chron. p.45. Pour une étude approfondie, cf. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Collection des thèses (Fondation Varenne), Paris, L.G.D.J., 2009.

⁶ Voir notamment cf. C.E., 21 juillet 1970 : *Dr.Soc.* 1971, p. 866.

⁷ Voir en particulier T. Aubert-Monpeyssen « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? - Faut-il faire prévaloir l'autonomie contractuelle sur les droits fondamentaux ? » *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 23, 8 Juin 2006, 1909 cf. « Différence de traitement entre établissements au sein d'une même entreprise » *Soc.*, 18 janv. 2006; *J.C.P. G* 2006, II, 10055, note D. Corrignan-Carsin.

⁸ Cette différence d'appréciation entre les différences de traitement du fait de l'accord collectif et du fait de l'employeur semble ressortir du commentaire contenu dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008, à propos de l'arrêt de la chambre sociale 16 décembre 2008 (pourvoi n°07-42107) : « *Mais lorsque les salariés occupent la même fonction, en l'occurrence de chef de zone export et qu'ils possèdent des diplômes de niveau équivalent, en l'occurrence de troisième cycle, sans qu'un diplôme spécifique ne soit exigé par la convention collective, l'employeur peut-il fonder une différence de rémunération sur la seule différence des diplômes ?* ». Le renvoi ainsi fait à la convention collective, qui n'apparaît pas dans l'arrêt lui-même, suppose que si l'employeur n'avait fait qu'application de la convention, qui, elle, distingue entre les diplômes de niveaux

décisions ont pu laisser penser que les différences établies au sein des conventions collectives bénéficiaient d'une immunité¹ à l'égard du principe d'égalité de traitement. Il s'agit en particulier de décisions qui portaient sur les accords d'établissement, et qui étaient motivées de façon tellement floues qu'elles semblaient admettre presque toutes distinctions.

123. La négociation d'établissement peut engendrer des distinctions entre salariés de différents établissements. Autrement dit, des salariés d'un même employeur se voient appliquer un statut collectif différent en raison de leur appartenance à tel ou tel autre établissement. C'est d'ailleurs l'objet même de cette négociation : mettre en place un statut spécifique aux salariés d'un établissement, nécessairement différent de celui des autres salariés de l'entreprise. Une telle différence peut heurter, *a priori*, l'idée d'égalité : des salariés d'établissements distincts, qui ont le même employeur, peuvent tout à fait accomplir une activité identique, mais bénéficier d'avantages différents en raison du ou des accords d'établissements. Tel est le cas dans l'arrêt « EDF » du 27 octobre 1999², tenu pour jurisprudence en la matière³, les salariés d'un établissement revendiquaient une compensation accordée dans un autre établissement pour une activité identique. La Cour de cassation a censuré le jugement du conseil de prud'hommes, au visa de l'article L.132-19⁴ du Code du travail. Elle affirme :

équivalents, sa décision aurait été justifiée, alors qu'en l'absence d'une telle disposition, l'employeur doit répondre aux exigences de réalité et de pertinence. Une différence d'exigence apparaît également à propos de la discrimination syndicale : si toute prise en compte de l'activité syndicale, notamment les droits attachés aux mandats, est interdite pour l'employeur, certains accords collectifs semblent pouvoir prendre des dispositions spécifiques quant au déroulement de carrière. Si un accord peut comporter des mesures propres aux délégués syndicaux en raison de leurs fonctions, pour assurer un déroulement de carrière normal, il ne peut pas comporter de mesures qui pour cette raison leur seraient moins favorables (Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40.935, n° 06-46.179 et n° 06-46.180). En l'absence d'accord la chambre sociale considère que l'employeur ne peut pas prévoir unilatéralement un système d'avancement ou d'augmentation propre aux salariés exerçant des activités syndicales différent de celui des autres salariés (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-47.433) ; voir en ce sens : Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, 2008, p.96.

¹ T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? . - Faut-il faire prévaloir l'autonomie contractuelle sur les droits fondamentaux ? », *J.C.P. E* 2006, n°1909.

² Cass. Soc. 27 oct. 1999 *Bull. civ.* 1999, V, n° 422, *Dr. Soc.* 2000, p. 185, note G. Couturier.

³ A vrai dire tenir cet arrêt comme celui de principe est sujet à caution dans la mesure où les juges semble faire un amalgame entre discrimination et égalité de traitement, les salariés semblaient visés l'article L.122-45 du code du travail sans s'appuyer sur une distinction opérée sur le fondement d'un critère discriminatoire... En vérité, tenir cet arrêt comme référence tient plus de la qualité du commentaire de M. G. Couturier.

⁴ Désormais codifié sous L.2232-16 du Code du travail.

« (...) la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise ; qu'il en résulte que des salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne peuvent faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficient pas des dispositions de cet accord ; »¹

Il a été craint, suite à cet arrêt, que les juges du fond puissent s'abstenir de vérifier si les conditions nécessaires² étaient réunies pour qu'une négociation puisse avoir lieu au niveau de l'établissement³. En effet, selon la jurisprudence, la négociation au niveau de l'entreprise reste le principe, tandis que la négociation d'établissement, bien que visée par différentes dispositions du Code du travail, demeure l'exception⁴. Assurément, la différenciation ainsi largement ouverte par la chambre sociale concourt à la mutation de la négociation conventionnelle, en promouvant le niveau de l'établissement au statut de niveau à part entière⁵, l'accord d'établissement n'ayant plus pour seul rôle l'adaptation⁶ des accords et conventions de niveau supérieur. Ensuite, l'attendu de principe frappe par sa généralité, qui semble donner un blanc-seing à la négociation d'établissement pour prévoir toutes différences, sous la seule réserve qu'elles ne soient pas discriminatoires.

¹ Arrêt confirmé par la suite, notamment cf. Soc.11 janv. 2005, *Dr. Soc.* 2005, p. 323, obs. C. Radé ; *D.* 2005, Jur. p. 1270, note A. Bugada. Voir également Soc. 18 janvier 2006, *R.J.S.* 2006, n°478, *J.C.P. G.* 2006, II.10055, obs. D. Corrigan-Cassin, *Dr. Soc.* 2006, p.449, obs. C. Radé.

² Soc. 21 mars 1990, *R.J.S.* 1990, n°400, *Dr.Soc.* 1990, p.603, obs. P. Langlois ; Crim. 4 décembre 1990, *R.J.S.* 1991, n°322, *R.S.C.* 1991, p.319, obs. A. Lyon-Caen.

³ Voir l'arrêt EDF du 27 octobre 1999, préc. Voir particulièrement : *Dr. Soc.* 2000, p. 186, note G. Couturier ; *Les Grands arrêts*, n° 69.

⁴ En effet, si l'article L. 132-19 donne la possibilité de négocier au niveau de l'établissement, il n'en fait toutefois nullement une obligation

⁵ Ce qui a été accentué par la « décentralisation » à l'œuvre dans la loi du 4 mai 2004. Selon T. Aubert-Monpeyssen, « *Se ranger à la thèse selon laquelle l'autonomie de l'établissement doit prévaloir sur le principe d'égalité de traitement équivaut à accepter une source d'arbitraire patronal, que l'existence d'une négociation ne suffit pas à écarter* », cf. T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? ... », précité.

⁶ M Despax, « Négociations, conventions et accords collectifs » : *D.*, 1989, p. 520 : « *le procédé de l'accord d'établissement n'est pas aux yeux de dirigeants syndicaux, sans présenter quelques dangers... les représentants syndicaux plus proches des travailleurs et par conséquent plus sensibilisés à leurs revendications d'ordre purement matériel se heurtent aux critiques de leurs dirigeants nationaux auxquels ils apparaissent souvent enclins à abandonner pour un plat de lentilles salarial, le principe de la lutte des classes* ».

124. Toutefois, sans renier la liberté conventionnelle et le rôle nouveau de la négociation au niveau de l'établissement¹, la jurisprudence va progressivement affirmer l'application du principe d'égalité de traitement aux conventions collectives².

Dans un premier temps, la chambre sociale insère une incise dans l'attendu de principe énoncé à l'occasion de l'arrêt EDF :

« ...un accord d'établissement peut prévoir, au sein de l'établissement³, compte tenu de ses caractéristiques, des modalités de rémunération spécifique »⁴.

La Cour de cassation semble suggérer que les différences de traitements constatées entre les salariés de différents établissements doivent provenir des caractéristiques propres de chacun de ces établissements. Ce qui limiterait la portée de l'arrêt « EDF », dans la mesure où dans l'espèce de cet arrêt les salariés d'une centrale thermique revendiquaient le même avantage que les salariés d'une autre centrale du même type... La référence aux caractéristiques de l'établissement aurait pu mener à une autre solution dans l'affaire « EDF ».

¹ Ce qui réduit le « cercle des égaux » cf J.-M. Béraud, « Liberté syndicale et Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. Soc.* 1986 p. 384.

² Affirmation expresse dans Cass. soc. 23 mai 2001, inédit : « *les dispositions d'une convention ne peuvent faire échec au principe «à travail égal, salaire égal»* » ; Cass. soc. 1er juin 2005, *J.C.P.* 2005, II, 10092, note P. Lokiec, qui semble admettre que le principe d'égalité des rémunérations s'applique dans l'U.E.S. lorsque celle-ci est régie par un accord collectif commun. cf. 21 février 2007 *R.D.T.* 2007.320 note T. Aubert-Monpeyssen. Même si ambiguë cf. Soc. 3 mai 2006, *R.D.T.* 2006, 108, G. Pignarre et Soc. 3 juillet 2007, *CRAMIF, D.O.* 2007.587, obs. M. Bonnechère. Voir également, Soc. 12 juillet 2006, *R.J.S.* 2006, n°1067, p.789.

³ Cette incise est quelque peu curieuse compte tenu de l'espèce soumise à la Cour de cassation. En effet, l'accord d'entreprise distingue selon les performances économiques de chacun des établissements et non en leur sein. Autrement dit, l'accord d'entreprise distingue selon l'appartenance des salariés à tel ou tel autre établissement et non entre els salariés d'un même établissement.

⁴ Soc. 7 avril 2004 (c'est nous qui soulignons). Toutefois l'accord en cause était un accord national d'entreprise, qui renvoi à la négociation d'établissement et aux performances économiques de chaque établissement. Sur cet arrêt cf. T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? ... », précité, qui indique d'ailleurs : « *considérer que les divers établissements d'une entreprise doivent être soumis au principe d'égalité de traitement ne signifie pas qu'il ne puisse y avoir aucune différence de rémunération entre les salariés de deux établissements pour un même travail. Cela signifie qu'une telle différence doit faire l'objet de justifications positives, et que ces justifications ne sont pas abandonnées à la discrétion des négociateurs mais qu'elles sont soumises au contrôle du juge. Or, comme on l'a vu, la panoplie des justifications admises semble aujourd'hui suffisamment étoffée pour ne pas véritablement entraver la gestion des entreprises ni pour imposer à ces dernières une égalité qui ne correspondrait pas aux conditions réelles de l'activité* ». Certains juges du fond se sont montré plus audacieux : la Cour d'appel de Bordeaux a exclu les dispositions d'un accord d'entreprise fixant la rémunération pour les embauches dans un établissement nouvellement créé C.A. Bordeaux, 2 juin 2003 : *D.O.* 2003, p. 489.- F. Guiomard, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, sous la dir. d'A. Lyon-Caen, G. Borenfreund, M. A. Souriac, I. Vacarie : Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 53.

Cependant, la chambre sociale ne précise pas si les juges du fond ont la charge de vérifier l'adéquation entre la caractéristique de l'établissement et les dispositions spécifiques dans l'accord d'établissement. Elle semble d'ailleurs exclure cette éventualité dans les arrêts ultérieurs¹.

Toutefois, dans une série d'arrêts récents², la chambre sociale a fait évoluer cette position quant au contrôle, par les juges du fond, de la corrélation entre la caractéristique de l'établissement et les dispositions spécifiques dans l'accord. Elle précise dans le rejet du pourvoi :

*« Mais attendu qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives, dont le juge, doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence »*³.

Même si l'espèce ne concernait pas l'application d'un accord d'établissement, mais d'un accord d'entreprise qui déclinait un avantage au niveau local (un « abattement de zone »), cette formulation semble ériger l'égalité de traitement en principe et la différence de traitement, même entre salariés d'établissements différents, en exception. Cet arrêt tranche avec le libéralisme de l'arrêt E.D.F. et pose que le « cercle des égaux » doit en premier lieu être celui des salariés de l'ensemble de l'entreprise. La formulation très générale, qui tient quasiment de l'attendu de principe, pourrait signifier une soumission franche des accords d'établissements au principe d'égalité de traitement, notamment entre salariés d'établissement différents. Ce serait une limite à la liberté conventionnelle au niveau de l'établissement, mais qui serait en adéquation avec la jurisprudence qui fait du niveau de l'entreprise le niveau de négociation privilégié au sein de celle-ci. Une telle orientation assurerait la fonction

¹ La Cour de cassation réitérera l'incise « compte tenu de ses [l'établissement] caractéristiques » dans plusieurs arrêts, dont Cass. soc., 18 janv. 2006, pourvoi n° 03-45.422, cf. H. Tissandier « Négociation collective et différences de traitement entre salariés », *R.D.T.* 2006 p. 38. : En l'espèce cependant c'est davantage l'accord national d'entreprise que les accords d'établissements qui génère la différence de traitement. Privilégiant ainsi la liberté contractuelle des partenaires sociaux et l'autorité de la convention sur l'exigence d'égalité dans l'entreprise. L'arrêt n'en suscite pas moins un malaise, puisqu'il permet la coexistence dans une même entreprise de salariés de mêmes qualification et fonction mais percevant une rémunération différente. La Cour de cassation écarte tout contrôle du juge sur les caractéristiques qui pourraient justifier une différence de rémunération.

² Soc., 21 janv. 2009, n° de pourvoi: 07-43452, etc.

³ Sur le contrôle de la réalité et de la pertinence, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

égalisatrice de l'accord d'entreprise, les accords d'établissement ne pouvant fixer un traitement différent propre aux salariés d'un établissement qu'en considération des caractéristiques de ce dernier.

125. D'autres décisions, relatives non à des accords d'établissement, mais à des accords d'entreprise, ont pu faire craindre une immunité des conventions collectives face au principe d'égalité de traitement. Cette crainte provenait de la vacuité des critères de distinction validée par la Cour de cassation¹. Ainsi, dans les retentissants arrêts « CRAMIF »², des assistantes sociales, s'estimant victimes d'une inégalité salariale par rapport à des collègues promues dans le même emploi, mais après elles, avaient réclamé des rappels de rémunération, car elles étaient, malgré leur ancienneté plus importante, moins bien rémunérées. La distinction est posée dans l'accord d'entreprise lui-même. La Cour de cassation admettait, au visa du seul principe « à travail égal, salaire égal », que la spécificité du « parcours professionnel » de certains salariés suffit à établir une différence de traitement admissible. La solution de la chambre sociale aboutit à ce que des jeunes recrues soient mieux rémunérées que les personnes qui sont en poste depuis plus longtemps, ce qui, par parenthèse, constitue pour le moins une brèche dans l'idée généralement admise que l'expérience et l'ancienneté soient rémunérées en soi... d'autant plus que la Cour de cassation ne précise pas ce que peuvent recouvrir ces « parcours professionnels ». Elle semble admettre des critères des plus vagues. L'admission d'une justification des écarts de rémunération par les différences observables dans les parcours professionnels paraît bien légère, dès lors que ces dernières tiennent, comme en l'espèce semble-t-il, au jeu même du dispositif conventionnel d'avancement et de sa modification³. Cet arrêt semble ouvrir une liste quasiment infinie de critère de distinction aux

¹ Voir également, il ne laisse pas le principe à la merci de l'accord des parties à la négociation d'entreprise aussi délibérément qu'a pu le faire l'étonnant arrêt Sogara du 18 janvier précédent (*Dr. Soc.* 2006, p. 449, obs. C. Radé; *J.C.P. S* 2006, 1440, note D. Corrignan-Carsin ; *D.O.* 2006, p. 491, note A. de Senga ; T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », *J.C.P. E* 2006, 1909)

² Soc. 3 mai 2006 (*D.* 2006. IR. 1404, obs. E. Pahlawan-Sentilhes, et 2007. Pan. 179, spéc. 185, obs. A. Jeammaud ; *R.D.T.* 2006. 108, obs. G. Pignarre ; *J.C.P. S* 2006. 1496, note J.-F. Césaró *D.* 2007 p.3031 A.J. V. les points de vue inégalement optimistes de T. Aubert-Monpeyssen et J.-M. Gasser, Controverse, *R.D.T.* 2007. 632 *D.* 2007 A.J. Cass. soc., 3 mai 2006, n° 03-42.920 ; *D.* 2006, IR p. 1404, obs. E. Pahlawan-Sentilhes ; *R.D.T.* 2006, p. 108, obs. G. Pignarre ; *Ibid.*, p. 222, obs. F. Guiomard ; *J.C.P. S* 2006, 1496, note J.-F. Césaró).

³ (G. Pignarre, note préc., qui reproche à l'arrêt son « libéralisme » dans l'interprétation du principe). Dans le même sens un arrêt, non publié, du 12 juillet 2006 (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-40.980, *inédit*, *J.C.P. S.* 2006, 1844), dont il ressort qu'un accord d'entreprise réservant une majoration du salaire mensuel et du 13e mois (pour « reconnaître la spécificité de la conduite nucléaire ») aux agents E.D.F. des centrales nucléaires ayant

interlocuteurs sociaux¹, ce qui affaiblit, voire annihile, le principe d'égalité de traitement en la matière².

126. Toutefois, la jurisprudence de la chambre sociale se montre dorénavant plus exigeante quant aux critères de distinction avancés pour justifier les différences au sein des accords et conventions collectives. A ce bémol près que si l'objectivisation de la différence de traitement touche également les dispositions des conventions collectives³, il semble qu'elle soit moins intense considérant ces dernières normes qu'elle l'est pour les actes et décisions des employeurs.

Ainsi, à propos d'un accord collectif qui opère une distinction entre les salariés en poste au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention et ceux engagés postérieurement à cette date, la Cour⁴ affirme qu'une telle différence de traitement, en dehors des cas légaux⁵, ne peut être admise que si elle a pour objet « partiellement »⁶ de compenser⁷

une activité de production d'électricité, et excluant de son bénéfice les agents (E.D.F.) d'une centrale de recherche, ne heurtait pas le principe dès lors que ce dernier établissement « avait une activité économique différente », cf. D. 2007 A. Jeammaud

¹ J.-F. Cesaro, « Différence de statut, différence de salaire et devoir de motivation », *J.C.P. S.* 2007, n°1909.

² Pan. 179, spéc. 185, obs. A. Jeammaud, *R.D.T.* 2006. 108, obs. G. Pignarre

³ Voir *supra*. Cf. Soc. 20 février 2008 : « Mais attendu que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence » Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à payer une certaine somme au titre des tickets-restaurants, alors, selon le moyen, qu'un employeur est fondé à réserver l'attribution de titres-restaurant à la seule catégorie de salariés non-cadres, une telle disparité de traitement reposant sur des raisons objectives exclusives de toute discrimination ; qu'ayant constaté que la société Alain Y... réservait le bénéfice de titres-restaurant aux seuls salariés non cadres, la cour d'appel qui a néanmoins considéré que tous les salariés qui disposaient d'un restaurant interentreprises devaient bénéficier d'un avantage équivalent a violé les articles L. 133-5-4°, L. 136-2-8° et L. 140-2 du code du travail ensemble les dispositions de l'ordonnance n° 67-830 du 27 septembre 1967 un impératif d'objectivité (en ce sens, A. Lyon-Caen, « A travail égal salaire égal ». Une notion en quête de sens »...Préc.. qui précise que pour être justifiée, la distinction doit « reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence » (Soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601, *Bull. civ. V.*, n° 39 ; D. 2008. AJ. 696, et Pan. 2306, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès).

⁴ T. Aubert-Monpeyssen « On ne peut pas contourner le principe d'égalité de rémunération par accord collectif. Soc. 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.411, *publié au Bulletin* et Soc. 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.213, *inédi* » *R.D.T.* 2007 p. 320. Voir également Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.529, D. 2008. AJ. 2436 et « Droit du travail mai 2008 - septembre 2008 » A.J., D. 2009 p. 191.

⁵ A propos du régime de la dénonciation, de la mise en cause, cf. *infra*.

⁶ Commentaire J. Porta in « Droit du travail septembre 2008 - décembre 2008 », D. 2009 p. 590

⁷ Un arrêt rendu quelques jours plus tôt (Hôtel le Méridien), illustre clairement cette logique de compensation : « Un salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe, ne se trouve pas dans une situation identique à celle des

le préjudice subi par les salariés en poste du fait du changement de statut conventionnel¹. La démarche de la Cour est intéressante à plusieurs égards. Tout d'abord, elle prédétermine les cas où une telle différence de traitement est admissible. Une telle démarche apparaît rigoureuse et fortement limitative de la liberté conventionnelle. En effet, les interlocuteurs sociaux ne peuvent poursuivre que la finalité assignée par la jurisprudence elle-même. Néanmoins cette rigueur n'est qu'apparente, dans la mesure où la différence introduite peut ne concourir que « partiellement » à la poursuite de l'objectif visé. En réalité, il est peu probable qu'une différence de traitement entre salariés en poste et futurs embauchés soit totalement dénuée de finalité compensatrice², car cette distinction est intimement liée au préjudice subi par les salariés du fait de la perte ou de la modification de leurs avantages conventionnels. Il convient d'ajouter que la référence à l'adverbe « partiellement » écarte toute appréciation de la proportionnalité³. Dès lors, si le contrôle sur les différences de traitement au sein des conventions collectives apparaît bien renforcé dans cet arrêt, il n'en laisse pas moins une marge de manœuvre⁴ certaine à la liberté conventionnelle.

Cependant, un arrêt récent semble étendre les exigences de justification objective, réelle et pertinente aux accords collectifs⁵. Il s'agit, en l'espèce, d'un accord collectif qui prévoit un nombre de jours de congés supérieur en faveur des cadres par rapport aux autres catégories de salariés. Un salarié non-cadre a réclamé le bénéfice de cet avantage et a été

salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et subissant, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser » Soc. 16 janvier 2007, n° 05-42.213, Hôtel « Le Méridien Paris Etoile ».

¹ Rappr., Soc. 11 juill. 2007, *D.* 2007. AJ. 2167, et Pan. 3034, obs. A. Jeammaud ; *R.D.T.* 2007, p. 661, obs. G. Pignarre ; *Dr. Soc.* 2007. 1122, obs. C. Radé. Voir également Soc. 12 févr. 2008, *D.* 2008. AJ. 617, obs. B. Ines ; *R.D.T.* 2008, p.321, obs. H. Tissandier.

² Récemment, la Cour de cassation a jugé qu'une prime d'expatriation prévue par une convention collective a pour finalité de compenser les inconvénients résultant de l'expatriation du salarié et de sa famille et que la privation de cet avantage pour les salariés français repose sur une raison pertinente et objective, cf. Soc.17 avril 2008, Bulletin 2008, V, n° 95.

³ J. Porta, Pan., *D.* 2009 p. 590.

⁴ Dans le même sens, I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *RDT* 2008 p. 648 Soulignons aussi qu'une telle conception de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement s'accorde pleinement avec le souhait exprimé par certains conseils d'employeurs d'une « application stricte de la notion de situation identique qui permettra aux partenaires sociaux de continuer de négocier un système de rémunération adapté aux populations concernées... et des accords contenant des clauses à périmètres fermés » (cf. E. Laherre, « Le statut collectif sous le prisme du principe d'égalité de traitement », *S.S.L.*, 10 sept. 2007, suppl. n° 1319).

⁵ Soc. 1^{er} juillet 2009, n° de pourvoi 07-42675 ; J. Barthélémy, P. Bailly, *S.S.L.* n° 1414, p. 6, C. Radé, obs. *Dr.Soc.* 2009, p.984.

débouté par les juges du fond. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa du principe d'égalité de traitement en ces termes :

« Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

La Cour ne fait aucune fois mention de la source conventionnelle de l'avantage, ce qui signifie, *a priori*, que les avantages conventionnels sont soumis au même titre que les autres avantages au principe d'égalité de traitement. Dans cette perspective la liberté conventionnelle ne constitue plus une immunité. La spécificité de la négociation collective est d'ailleurs niée, car les raisons de la distinction devront être déterminées en considération de l'avantage. En effet, la Cour de cassation censure les juges du fond pour défaut de base légale, car le fait d'avoir estimé que *« les contraintes spécifiques aux cadres, notamment l'importance des responsabilités qui leur sont confiées, justifie une différence de traitement »*, ne répond pas au contrôle concret des raisons objectives, de leur réalité et pertinence. Un contrôle si poussé pourrait heurter très directement le jeu de la négociation, car il rend plus difficiles certaines différenciations entre catégories de salariés ainsi que les tractations sous-jacentes, ce qui limite d'autant la libre négociation¹. Cet arrêt pourrait également constituer un danger pour les organisations syndicales catégorielles, car désormais les avantages propres à certaines catégories, tels les cadres, devront faire l'objet d'une justification poussée, qui dépasse la simple considération générale de la spécificité de cette catégorie de travailleurs².

Toutefois, cette jurisprudence, si elle est susceptible de remettre en cause nombre de dispositions de conventions collectives, oblige les interlocuteurs sociaux à veiller de manière plus attentive à l'obligation qui leur est faite d'assurer l'égalité de traitement entre les salariés.

¹ L'application et le respect des conventions collectives peuvent aboutir à une situation paradoxale : c'est l'employeur assujéti à la convention, qui ne l'a pas nécessairement négociée ou signée, qui doit justifier la distinction opérée en son sein. Autrement dit, en cas d'action en justice d'un salarié, c'est l'employeur et non les signataires qui est poursuivi, cf. Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2.

² Pour une application par les juges du fond de cette jurisprudence voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 4 nov. 2009 (n° 09/01816), commenté par F. Champeaux dans « Les cadres et les non-cadres à l'unisson dans les accords collectifs », *S.S.L.* 2010, n°1439.

Cette jurisprudence, si elle vient à être confirmée¹ rendra plus difficile les différences entre les salariés et assurera une plus grande homogénéité entre eux, ce qui est plus en adéquation avec l'objet des organisations syndicales : représenter l'intérêt collectif des salariés.

127. La liberté conventionnelle est donc bien limitée² par le principe d'égalité de traitement. Se pose alors la question de la sanction à retenir lorsque ce dernier principe est violé³ par un accord collectif. La Cour de cassation n'a, pour l'heure, pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Rejaillira sur cette question le débat quant à la nature hybride de la convention collective⁴. En effet, faudra-t-il recourir aux sanctions qui relèvent du contrat, telle la nullité, ou faudra-t-il se fonder sur son caractère réglementaire et opter pour un contrôle de légalité⁵. Peut-être que la Cour de cassation va-t-elle dessiner un régime de sanction propre au principe d'égalité de traitement, ou appliquer le régime propre aux droits fondamentaux⁶ dans lequel ce dernier principe s'inscrit.

II. LES « RÉGIMES LÉGAUX » DE MODIFICATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DU STATUT COLLECTIF À L'ÉPREUVE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

128. Les conventions collectives, comme tout contrat, peuvent être réformées par avenant ou être dénoncées. Elles peuvent également être mises en cause, dès qu'un élément

¹ Comme tend à le faire penser sa publication au bulletin de la Cour de cassation.

² Elle ne peut être absolue, cf. M. Despax, « Les conventions collectives », in *Traité de droit du travail*, ss. dir. de G.-H. Camerlync : Dalloz, 1966 et sa mise à jour en 1974, n° 158 et 159 ; F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats, Les contrats de travail* : L.G.D.J., 2001, n° 534 ; M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs » : *Dr.Soc.* 1996, p. 395.

³ Voir comm. D. Jacotot, « La liberté conventionnelle limitée par le principe « à travail égal, salaire égal » », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 13, 25 Mars 2009, II 10056. Au regard du respect du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de rémunération entre eux. Il appartient à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale dont il revient au juge de contrôler la réalité et la pertinence. Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-41.406 à 07-41.410, FS P+B+R, CAF de Paris c/ Beaumont et a. préc..

⁴ P. Durand, « Dualisme de la convention collective », *R.T.D. civ.* 1939, p. 353. Voir notamment la question des accords qui améliorent les droits collectifs des salariés confronté au principe d'égalité et de non-discrimination, cf. *supra*.

⁵ Sur la nullité d'un accord contraire aux dispositions statutaires de nature réglementaire des agents EDF-GDF : Cass. soc. 12 juill. 1999, n° 98-20.837 et 98-21.138 *Bull. civ.* 1999, V, n° 349. Les conventions collective demeurent assujetties à « une exigence de légalité » cf. M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996. 395.

⁶ Voir J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. Soc.* 2001, p.1035.

déterminant de leur application n'est plus vérifié. Il en est ainsi, par exemple, en cas de transfert d'entreprise : la modification dans la personne de l'employeur entraîne la mise en cause de l'accord d'entreprise¹. Le nouvel employeur n'étant pas signataire de cet accord, ce dernier ne peut lui être opposé. Toutefois, le législateur, dans un souci de protection des salariés et de préservation de leur statut collectif, a établi un régime de la mise en cause qui prévoit le maintien temporaire² de la convention, à moins que dans le délai ainsi imparti une nouvelle convention³ n'ait été signée. A l'issue de ce délai⁴, certains avantages peuvent acquérir la qualité d'avantages individuels acquis, qui seront automatiquement intégrés aux contrats de travail. Du point de vue de l'égalité de traitement, un problème peut survenir lorsque des salariés nouvellement embauchés se voient rétribués différemment pour la même activité professionnelle. En effet, ceux qui ont vu l'entreprise pour laquelle ils travaillaient transférée à un nouvel employeur vont cumuler les avantages qu'ils tirent de leur ancienne convention collective avec ceux de la convention applicable à leur nouvel employeur. Autrement dit, ils bénéficient des avantages de l'ancienne convention, auxquels leurs nouveaux collègues ne peuvent avoir droit.

La Cour de cassation a décidé que les accords d'adaptation⁵, à condition qu'ils respectent les exigences du principe d'égalité, peuvent opérer des différences. Ces accords ne peuvent certes avoir pour objet de viser exclusivement ou d'exclure les anciens salariés de

¹ Éventuellement mise en cause de la convention collective de branche, si les deux entreprises successives relèvent d'une convention collective de branche différente.

² Le délai légal amène à un total de 15 mois. Une convention collective peut prévoir une durée de survie plus longue.

³ Sauf convention collective plus favorable et à défaut de nouvelle convention signée par le nouvel employeur, dit accord d'adaptation.

⁴ Autrement appelée période de survie.

⁵ Soc. 21 févr. 2007, n° 05-43.136 ; Soc. 11 juill. 2007, n° 06-42.128 à 06-42.152, *D.* 2007. AJ. 2167, et Pan. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut, et A. Jeammaud ; *R.D.T.* 2007. 661, obs. G. Pignarre). Par la suite, cette justification a été étendue à la différence de traitement établie par un accord de substitution (Soc. 4 déc. 2007, n° 06-44.041, *D.* 2008. AJ. 163 ; *R.D.T.* 2008. 115, obs. H. Tissandier) Soc. 11 juillet 2007, *R.D.T.* 2007, note G. Pignarre ; Soc. 4 décembre 2007, *R.D.T.* 2008, 115, H. Tissandier, *Dr. Soc.* 2008, 244, obs. C. Radé. Comparaison avec engagement unilatéral : Soc. 12 février 2008, et G. Pignarre, « Que reste-t-il du principe « A travail égal, salaire égal... » ? Application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise » Soc. 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.128, publié au Bulletin, *R.D.T.* 2007 p. 661. A propos de la succession d'employeurs, en dehors du cadre légal, mais prévu le dans contrat de fermage, cf. Soc., 19 juin 2007, n° 06-44.047, Office d'équipement hydraulique de Corse c/ Union départementale CGT Haute-Corse: le différend est né d'une succession d'entreprises pour l'exploitation du service des eaux dans le district de Bastia réalisée en 2001, Cf. « Chronique de droit du travail », B. Teyssié (dir.), *J.C.P. G.* 2008, I, 188.

l'entreprise transférée, ils doivent au contraire s'appliquer à tous les salariés ; il en va de même pour l'engagement unilatéral¹. Mais, ces accords peuvent réserver des avantages aux seuls salariés transférés, à condition que ceux-ci visent à compenser² le préjudice subi découlant du transfert d'entreprise³. Par conséquent, quelle que soit la source en cause - convention collective, usage ou engagement unilatéral - la date d'embauche ne peut, à elle seule, justifier des différences de rémunération⁴. Elle doit avoir pour objet, au moins partiellement, la compensation du préjudice⁵.

¹ la jurisprudence censurant désormais la pratique jadis admise (Cass. soc., 22 janv. 1992 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 24 et 25) qui consistait pour l'employeur à intégrer un usage dans certains contrats de travail seulement, pratique qui entraînait une rupture d'égalité en cas de dénonciation de l'usage (Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.144, inédit). H. Tissandier « De l'action en justice au principe « à travail égal, salaire égal » : un arrêt riche en enseignements Soc. 12 février 2008, pourvoi n° 06-45.397, à paraître au Bulletin » *R.D.T.* 2008 p. 321 Le maintien des engagements unilatéraux et des usages liant le précédent employeur réservé aux seuls salariés transférés ne portait pas atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » (Cass. soc., 7 déc. 2005 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 356 ; *J.C.P. S* 2006, 1141, note E. Cornut).

² *Cass. soc.*, 21 févr. 2007, n° 05-43136. L'arrêt rendu le 24 septembre 2008 apporte certaines réponses à ces interrogations. Il paraît admettre qu'une différenciation ne soit pas limitée au maintien des avantages individuels acquis et puisse résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, cf. Cesaro, *J.C.P.*, il en tire la conclusion suivante : « l'acte doit procéder à « une compensation », ce qui suppose qu'il ne peut s'agir du maintien intégral de l'ancien statut collectif (comp. Cass. soc., 11 juill. 2007, préc.) ; l'acte doit être justifié par l'existence d'un préjudice, ce qui suppose que les anciens salariés perdent véritablement un avantage en raison du changement de statut collectif (ce qui ne sera pas nécessairement le cas si le nouveau statut collectif est comparable à l'ancien). A vrai dire, s'il est exigé des accords d'adaptation et des engagements unilatéraux de justifier d'une compensation, la chambre sociale n'a jamais contrôlé si tel était le cas dans le dispositif légal, si de toute évidence la disposition n'en est pas exempt. Néanmoins, cette dernière est probablement motivée par d'autres soucis que celui de la compensation (qui à vrai dire n'a pas besoin de mécanisme collectif) telle la protection du statut collectif et l'incitation à négocier. J.-F. Cesaro « Contrat de travail à durée déterminée d'usage et égalité de rémunération en cas de changement de norme collective » *La Semaine Juridique Sociale* n° 5, 27 Janvier 2009, 1040 Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-43.529 et n° 06-43.530, FS-P+B+R, SA The Ritz hôtel limited c/ Di Lernia et a. La Cour de cassation a admis que les différences ainsi constituées entre les salariés embauchés avant et après la dénonciation (ou mise en cause) d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral ne violaient pas le principe « à travail égal, salaire égal » (*Cass. soc.*, 15 mai 2001 *Bull. civ.* 2001, V, n° 170 ; *J.C.P. G* 2001, IV, 2276 ; *R.J.S.* 2001, n° 897. - Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608 *Bull. civ.* 2005, V, n° 2 qu'il n'était pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de salariés et qu'il avait pour seul objet de maintenir des avantages à caractère collectif (Cass. soc., 19 juin 2007, n° 06-44.047 : *J.C.P. S* 2007, 1910 ; *R.J.S.* 2007, n° 979. Dénonciation : Soc. 11 juill. 2007, n° 06-42.128, *R.D.T.* 2007. 213 Elle a déjà joué en faveur de salariés postérieurement embauchés (Soc. 21 févr. 2007, *R.D.T.* 2007. 320, obs. T. Aubert-Monpeyssen ; *Dr. Soc.* 2007. 647, obs. C. Radé) ou à leur détriment (Soc. 1er déc. 2005, *Dr. Soc.* 2006. 224, obs. C. Radé ; 16 janv. 2007, n° 05-42.212 et 05-42.213, *R.D.T.* 2007. 320, obs. T. Aubert-Monpeyssen.

³ Voir *supra*.

⁴ Soc. 4 déc. 2007, *R.D.T.* 2008. 115, obs. H. Tissandier ; *D.* 2008. AJ. 163 Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.047, *D.* 2007. AJ. 1964.

⁵ Cf. *Supra*.

En revanche, faute pour le nouvel employeur d'avoir conclu un accord d'adaptation durant la période de survie, le maintien des avantages individuels acquis¹ engendrent une différence de traitement², justifiée par la disposition législative elle-même³. Il est significatif que la Cour de cassation vise directement, dans sa motivation, l'article du Code lui-même⁴. D'ailleurs, dans les affaires qui concernaient des accords d'adaptation ou de substitution qui maintenaient des avantages pour les salariés en poste à la date de l'entrée en vigueur du nouvel accord, avantages refusés aux salariés embauchés postérieurement, la Cour vise, dans des attendus de principe, directement l'article L.132-8 du Code du travail⁵ comme une exception au principe d'égalité de traitement⁶. Une telle motivation suppose que le législateur, dans son souci de protection, peut créer des différences de traitement entre salariés⁷. Ce qui frappe est que le simple constat de la source législative suffit à justifier la différence de traitement. Certes, il serait difficile de reprocher à l'employeur d'avoir respecté ses

¹ L'article L.2261-13 du Code du travail dispose : « Lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai ». Un régime identique s'applique à la mise en cause, cf. L.2261-14 du Code du travail. Ce régime ne s'applique que pour les avantages conventionnels

² A. Bugada, « A travail égal, salaire égal »... sauf avantage individuel acquis » *Recueil Dalloz* 2005 p. 1270 H. Tissandier, « Principe « travail égal, salaire égal » et avantages individuels acquis : la confusion des genres ? » *R.D.T.* 2008 p. 115.

³ Soc. 1er déc. 2005, n° 03-42.641, *D.* 2006. IR. 2951 ; *R.D.T.* 2007. 42, obs. M. Véricel. Cass. soc., 15 mai 2001; *Bull. civ.* 2001, V, n° 170 ; *J.C.P. G* 2001, IV, 2276 ; *R.J.S.* 2001, n° 897. - Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608, *Dr. Soc.* 2005. 323, obs. C. Radé. Voir aussi F. Champeaux, « La dénonciation des accords et le principe d'égalité de traitement », *S.S.L.* n° 1319, 10 sept. 2007, p. 11. Cet arrêt se réfère à tort au concept de discrimination. - V. aussi, T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal ». - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *J.C.P. E.* 2007. 1960.

⁴ L. 2262-13 du Code du travail. Dans un arrêt du 4 décembre 2007 Soc. 4 déc. 2007, n° 06-44.041, *R.J.S.* 2/08, n° 205 ; *R.D.T.* 2008. 115, obs. Tissandier. La Chambre sociale a jugé que « le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal ». La Cour de cassation vise ce principe ainsi que l'article L. 132-8, alinéa 7 (art. L. 2261-14 nouv.), sans même s'interroger sur la présence de raisons objectives admissibles

⁵ Recodifié aux articles L.2222-6 et L.2261-9 et suivants du Code du travail.

⁶ Soc. 11 juillet 2007, n° 06-42.128, *D.* 2007. AJ. 2167 ; *R.D.T.* 2007. 661, obs. G. Pignarre

⁷ Nous pouvons débattre ici du caractère transitoire de l'avantage, cf. d'A. Bugada, « une raison de droit transitoire » Cass. soc., 11 janv. 2005, *J.C.P. E.* 2005, 265 ; *D.* 2005, p. 1270, note A. Bugada. La survie de l'accord mis en cause et le risque de voir les avantages individuels acquis intégrés les contrats de chacun des salariés concernés jouent très certainement comme des incitations pour le nouvel employeur de négocier, sans compter la nécessité pratique et sociale d'avoir un statut homogène dans l'entreprise. Le caractère transitoire n'est plus tellement vérifié lorsque les avantages sont devenus individuels et acquis. V. aussi H. Tissandier « Principe « travail égal, salaire égal » et avantages individuels acquis : la confusion des genres ? » Soc. 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, publié au Bulletin *R.D.T.* 2008 p. 115.. Pendant combien de temps la référence à la loi, qui organise un régime transitoire, peut-elle justifier la mise à l'écart du principe d'égalité ?

obligations légales, mais en parallèle, une telle argumentation laisse à penser que le Parlement peut mettre à l'écart le principe d'égalité de traitement¹.

129. Un autre exemple de différence de traitement provenant d'une disposition légale réside dans la mise en œuvre de la réduction du temps de travail. Dans la loi² est prévue une prime différentielle qui bénéficie aux salariés rémunérés au SMIC, afin que ceux-ci ne voient pas leur rémunération globale diminuée avec la réduction des heures effectuées³. La garantie de cette prime différentielle n'est offerte qu'aux salariés en poste au 1^{er} janvier 2000. Une telle solution est motivée, encore une fois par une logique de compensation : en effet, les salariés en poste au moment de l'accord collectif risquaient de voir leur rémunération réduite par le mécanisme de la réduction du temps de travail, préjudice dont ne peuvent par hypothèse souffrir ceux qui n'étaient pas encore embauchés. Toutefois, le législateur prévoit lui-même une règle « spéciale » d'égalité à l'article 32 – II de la loi : « *Les salariés embauchés à temps complet postérieurement à la réduction de la durée collective de travail et occupant des emplois équivalents à ceux occupés par des salariés bénéficiant du minimum prévu au I ne peuvent percevoir une rémunération inférieure à ce minimum* »⁴. Le minimum visé par cet alinéa est assuré notamment par la prime différentielle. Si la disposition a de toute évidence pour objet la protection des salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi,

¹ Sur la portée de cette considération et sur l'articulation des principes d'égalité communautaire, conventionnelle, constitutionnelle, générale du droit et de principe d'égalité de traitement, voir Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

² Soc. 19 janv. 2000, n° 2000-37.

³ Article 32 de la loi : « *I. Les salariés dont la durée du travail a été réduite à trente-cinq heures ou plus à compter de l'entrée en vigueur de la loi no 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ne peuvent percevoir, postérieurement au 1er janvier 2000, un salaire mensuel inférieur au produit du salaire minimum de croissance en vigueur à la date de la réduction par le nombre d'heures correspondant à la durée collective qui leur était applicable, dans la limite de cent soixante-neuf heures. Cette garantie est assurée par le versement d'un complément différentiel de salaire... Les salariés à temps partiel, employés dans les entreprises où la durée collective est réduite en dessous de trente-neuf heures, et dont la durée du travail est réduite, ne peuvent percevoir un salaire inférieur au minimum défini ci-dessus calculé à due proportion. II. Les salariés embauchés à temps complet postérieurement à la réduction de la durée collective de travail et occupant des emplois équivalents à ceux occupés par des salariés bénéficiant du minimum prévu au I ne peuvent percevoir une rémunération inférieure à ce minimum* »

⁴ Cass. soc., 20 sept. 2005, D. 2005, IR p. 2551 ; J.C.P. S. 2005, 1297, note F. Favennec-Héry, cf. D. 2007 Cass. soc., 1er déc. 2005 : Dr. Soc. 2006, p. 224, note C. Radé.- Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 03-15.228 J.C.P. S. 2006, 1071 Cass. soc., 20 sept. 2005, n° 03-43.513 FS-P+B, EURL Blatin Restauration Rapide c/ Imerazene : cf. La Semaine Juridique Social n° 18, 25 Octobre 2005, 1297. Le texte législatif fait référence aux « emplois équivalents », suppose-t-elle une comparaison particulière, différente de celle du principe d'égalité de traitement ? La Cour de cassation ne répond pas à la question et renvoie aux juges du fond le soin d'opérer une telle distinction.

elle n'institue pas une stricte égalité : si les salariés rémunérés au SMIC embauchés après le 1^{er} janvier 2000 doivent toucher une rémunération minimum¹ au moins égale à ceux embauchés avant cette date, rien n'empêche en revanche que les premiers bénéficient d'une rémunération supérieure aux seconds². Il apparaîtrait alors que le législateur puisse écarter l'égalité de traitement et donner une orientation au « privilège »³.

La difficulté particulière qui apparaît dans le dispositif propre à la réduction du temps de travail est l'articulation de la loi avec les accords collectifs qui la mettent en œuvre⁴. Il a ainsi été jugé en 2005⁵ qu'un accord de réduction du temps de travail peut prévoir le versement d'une indemnité différentielle de salaire au bénéfice des seuls salariés présents dans l'entreprise au moment de la signature de l'accord, et que les salariés engagés postérieurement à la conclusion de cet accord ne sauraient en réclamer le bénéfice en se fondant sur le principe « *à travail égal, salaire égal* », dans la mesure où ils ne sont pas dans la même situation. Une telle différence de traitement est justifiée, selon les termes mêmes de la chambre sociale, par son objet, à savoir « compenser » la diminution des salaires de base consécutive à la réduction de la durée du travail. De manière évidente, la Cour de cassation fait application de sa jurisprudence relative à la conciliation entre liberté conventionnelle et principe « *à travail égal, salaire égal* ». Mais l'application d'une telle démarche peut susciter la dubitation. En effet, la garantie minimum n'est pas un objet sur lequel les partenaires sociaux se sont mis d'accord, mais résulte de la loi elle-même⁶. Les accords collectifs propres à la réduction du temps de travail font ressortir toute la difficulté de cette fonction nouvelle de la négociation collective : la mise en œuvre de la loi. Or c'est traditionnellement une fonction du pouvoir réglementaire. Dès lors, dans ces cas, la Cour de cassation ne devrait-elle pas troquer son

¹ Il semblerait que la disposition ne vise que les *minima*. Elle ne concerne pas d'éventuelles primes, notamment d'ancienneté.

² Si l'hypothèse apparaît peu probable, elle n'est pas impossible, cf. l'espèce des arrêts CRAMIF, *supra*.

³ De telles formulations de l'exigence d'égalité, sous forme de règle spéciale d'égalité, se retrouvent par exemple au sujet des travailleurs à temps partiel, cf. L.3123-9 et suivants du Code du travail.

⁴ Voir notamment, J.-J. Dupeyroux, « Projet de loi "relatif à la réduction négociée du temps de travail" adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 19 octobre 1999. Quelques questions », *Dr. Soc.* 1999, p.984.

⁵ Cass. soc., 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197, FS-P+B+R+I, Sté Transports de tourisme de l'océan Océcars c/ Gandon : Comm. par Jean-François Cesaro « Égalité de rémunération entre salariés embauchés avant et après un accord de RTT » *La Semaine Juridique Sociale* n° 4, 24 Janvier 2006, 1071.

⁶ Quand bien même la loi a voulu ménager une place significative à la négociation collective en la matière.

contrôle habituel des conventions collectives pour un contrôle plus proche de celui pratiqué par le juge administratif sur le pouvoir réglementaire¹ ?

¹ Ce qui peut supposer par exemple que le contrôle de la norme conventionnelle au regard non des finalités des interlocuteurs sociaux, mais de l'objectif assigné par la loi.

CONCLUSION DE CHAPITRE

130. L'exigence d'égalité a fait l'objet d'une promotion sans précédent dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. La jurisprudence relative à la charge de la preuve qui pèse sur la victime de discrimination ou d'inégalité de traitement s'inscrit dans l'objectif de rendre plus effectif l'exigence d'égalité. Les juges affirment alors la protection de la victime. La jurisprudence récente, avec la promotion d'un contrôle de pertinence de la différence de traitement, emporte un contrôle renforcé du pouvoir de l'employeur et des interlocuteurs sociaux. Néanmoins, ce dernier contrôle suppose une relation complexe avec les distinctions opérées par le législateur lui-même. En effet, la Cour de cassation ne contrôle pas, à l'aune du principe d'égalité de traitement, les différences de traitement qui résultent directement de l'application de la loi. Ainsi, le maintien des avantages acquis, qui crée une dérogation à l'autonomie des sources en droit du travail, décidée par le législateur lui-même favorise les salariés qui voient leur statut conventionnel disparaître à la suite d'une dénonciation de l'accord collectif ou d'une convention collective. Un tel maintien n'est pas affirmé en faveur des autres salariés, soit qu'ils aient été embauchés postérieurement à la dénonciation ou la mise en cause, soit qu'ils n'ont jamais eu vocation à bénéficier de l'accord et ne peuvent donc se prévaloir d'une quelconque acquisition de l'avantage. De même, le législateur peut orienter le principe d'égalité de traitement en posant des règles spéciales en faveur des salariés précaires. Par exemple, l'article L.3123-10 du Code du travail prévoit une règle d'égalité en faveur des salariés à temps partiel : « *Compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise* ». Le législateur semble donc disposer du principe d'égalité de traitement, soit qu'il décide de créer des différences de traitement entre salariés, soit qu'il crée des règles spéciales d'égalité, chacune étant soumise au principe d'égalité telle que contrôlé par le Conseil constitutionnel. En revanche, la nature législative de la distinction ne suffit pas pour justifier d'une différence de traitement au sein d'un acte de l'employeur ou d'une convention collective. La jurisprudence du 1^{er} juillet

2009¹, affirme que les interlocuteurs sociaux ne peuvent se contenter de reprendre la dichotomie, habituelle et qui se retrouve dans le Code du travail², entre cadres et non-cadres. La jurisprudence affirme donc la libre disposition du législateur du principe d'égalité de traitement, mais la distinction opérée par celui-ci ne saurait justifier les différences de traitement de l'employeur et des signataires d'une convention collective qui s'inscrirait dans le prolongement du dispositif législatif. Cette différence de traitement doit être justifiée par son caractère objectif, réel et pertinent à l'égard de toutes les autres distinctions.

¹ Voir *supra*.

² Voir ainsi pour la mise en place du comité d'entreprise et le collège électoral cf. L.2324-11 et suivants du Code du travail ; l'électorat au Conseil des prud'hommes, cf. L.1441-3 du Code du travail ; et sur la durée du travail, cf. L.3111-2 et L.3121-38 et suivants du Code du travail.

CONCLUSION DE TITRE

131. A la lumière des jurisprudences des juridictions françaises, deux conclusions, au moins, s'imposent. Tout d'abord, l'intensité de l'exigence d'égalité semble varier selon le pouvoir contrôlé. Le Conseil d'Etat, qui partage une définition identique du principe d'égalité avec le Conseil constitutionnel, impose une exigence d'égalité plus contraignante à l'égard de l'Administration que celle imposée au législateur. Le pouvoir réglementaire voit souvent son action enserrer dans le cadre de la loi, dès lors l'exigence d'égalité se conjugue avec le respect de la légalité. La chambre sociale de la Cour de cassation, quant à elle, a distingué dans un premier temps selon que la différence de traitement relevait du pouvoir unilatéral de l'employeur ou de la négociation collective. Aujourd'hui, la juridiction judiciaire semble vouloir imposer le principe d'égalité de traitement d'une intensité égale aux employeurs et aux interlocuteurs sociaux. Ce principe est alors confronté dans la première hypothèse à la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle et dans la seconde hypothèse à la liberté conventionnelle. Cette confrontation à des droits fondamentaux différents est susceptible d'induire une intensité variable du principe d'égalité de traitement dans l'une ou l'autre des situations.

132. Il apparaît ensuite une convergence fondamentale entre le principe d'égalité constitutionnel, le principe d'égalité-principe général du droit et le principe d'égalité de traitement : tous visent essentiellement à contrôler une différence de traitement¹. Ainsi, l'application d'un traitement égal à tous est présumé conforme à ces trois principes. Cette conception de l'exigence d'égalité, attachée à l'idée d'universalité, est clairement affirmée par les juridictions administrative et constitutionnelle. Elle apparaît moins avec la force de l'évidence dans la jurisprudence de la chambre sociale. Néanmoins, en considération de la démarche employée dans ses arrêts, la Cour de cassation montre bien son souci premier de ne contrôler que des différences de traitement². Elle impose à celui qui s'estime victime d'une inégalité d'apporter la preuve de la différence de traitement, c'est-à-dire qu'il lui appartient de se comparer à un autre, avec qui il estime devoir être traité de manière identique. Le contrôle

¹ Sur l'appréciation que peut receler le terme « traitement », voir Introduction générale.

² A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 694.

des trois juridictions n'est déclenché qu'en cas de différence de traitement et non d'uniformité de traitement.

Enfin, la place de la non-discrimination semble beaucoup plus importante dans la jurisprudence judiciaire. Ceci peut s'expliquer, notamment, par le fait que la liste des critères discriminatoires est plus consistante dans le Code du travail que dans la Constitution. Mais il est plus probable que le contentieux judiciaire, comme les juges de l'ordre judiciaire, soient plus réceptifs aux droits européens, dont la lutte contre la discrimination constitue le cœur de l'exigence d'égalité.

TITRE 2 : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ DANS LES JURISPRUDENCES EUROPÉENNES

134. La régionalisation du droit en Europe est caractérisée par la coexistence de deux ensembles conventionnelles : le Conseil de l'Europe et les Communautés européennes devenues aujourd'hui l'Union européenne. Le premier connaît de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le second est aujourd'hui doté d'un Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces deux ensembles internationaux jouissent d'une protection juridictionnelle. La C.E.S.D.H.L.F. est interprétée par la C.E.D.H., qui ne peut être saisie qu'après l'épuisement des recours en droit interne. La Cour de Justice de l'Union européenne¹, peut être saisie soit par voie de recours en manquement² ou soit de renvois préjudiciels³, au travers desquels elle est amenée à interpréter et à contrôler la validité des textes de l'U.E. ainsi que la compatibilité des normes nationales avec le droit de l'Union européenne⁴. Si la C.J.U.E. n'a pas à trancher les contentieux nés en droit interne, il n'en demeure pas moins qu'elle est « *l'interprète authentique* »⁵ du droit communautaire. Les deux juridictions dans leur domaines respectifs ont à connaître de droit fondamentaux, dont l'exigence d'égalité constitue une part du contentieux non négligeable. Cette dualité juridictionnelle et partant jurisprudentielle, ne va pas sans engendrer des différences quant à leur conception de l'exigence d'égalité. En effet, la C.E.D.H., selon l'économie de l'article 14 de la Convention, cantonne cette exigence à une protection, un renforcement des autres droits et libertés fondamentaux que la Convention affirme et protège (chapitre 1). La C.J.U.E., quant à elle, voit l'exigence d'égalité évoluer au gré du processus d'intégration de plus en plus poussé de l'Union européenne, dans lequel l'exigence d'égalité a

¹ Ou le Tribunal de première instance en certaines matières, pour l'essentiel tenant aux décisions individuelles prises par les institutions de l'Union.

² C'est un recours généralement déposé par la Commission européenne, mais qui peut également être à l'initiative d'un État membre, contre un autre État membre accusé de manquer à ses obligations découlant des Traités ou du droit dérivé. Voir notamment E.Laurant, *L'exécution des arrêts de la C.J.C.E. en matière de manquements d'États*, CERRI, 1998.

³ Par lequel les juridictions nationales des États membres soit demandent l'interprétation d'un texte communautaire, soit interrogent la Cour sur la validité d'un texte communautaire. Plus particulièrement sur ce mécanisme et le dialogue qu'il institue avec le juge national, voir l'introduction.

⁴ Plus particulièrement dans le recours en manquement.

⁵ Voir, sur les théories de l'interprétation, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, M. Troper, Paris, PUF, 2001.

été un puissant catalyseur. Les règles antidiscriminatoires constituent un instrument dynamique de la jurisprudence communautaire (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

135. La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales¹ a été signée le 4 novembre 1950 à Rome². Cette Convention fait figure de Charte constitutionnelle européenne³, ou d'instrument d'ordre public européen⁴. Il peut paraître étonnant dans une thèse qui porte sur le droit social de s'intéresser au droit de la Convention, tant ce domaine est jalousement gardé par les États et ne fait que rarement l'objet de transfert de pouvoir en direction d'organes supra-étatique. L'étonnement est d'autant plus grand que la Convention vise pour l'essentiel des droits civils et politiques. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme⁵ dans son interprétation dynamique⁶ de la Convention a permis, notamment par le truchement des obligations positives imposées aux États parties⁷, de côtoyer les problématiques des relations professionnelles et de se saisir des questions de politiques sociales.

¹ Ci-après la Convention ou C.E.S.D.H.L.F.

² En France, en application de l'article 55 de la Constitution, l'autorisation de ratification a été adoptée par la loi du 31 décembre 1973. La déclaration d'acceptation du recours individuel, prévue à l'article 25 de la Convention est intervenue le 8 octobre 1981 (décret n°81-917 du 9 octobre 1981, *J.O.R.F.* du 14 octobre 1981).

³ Cette expression a été employée notamment par F. Sudre dans son article : « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 8ème édition, Dalloz, Paris, 2002.

⁴ Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'affirme elle-même dans son arrêt C.E.D.H. 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, §93.

⁵ Ci-après la Cour ou C.E.D.H.. Dans un premier temps, le respect de la Convention était confié à trois organes : le Comité des ministres, organe politique de décision ; la Commission, organe d'enquête et de conciliation et enfin la Cour, organe judiciaire de décision. Dans ce cadre, la saisine de la Cour n'était pas directe. Ce n'est qu'à la suite du protocole numéro 11, adopté le 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, que s'est substitué à ces trois organes, un seul organe permanent : la Cour européenne des droits de l'homme ; qui ne peut être saisie que lorsque l'ensemble des procédures internes sont épuisées.

⁶ Voir en ce sens l'arrêt C.E.D.H. 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A, n°26, req. n° 5856/72, §31, qui le premier affirme : « ...la Convention est un instrument vivant à interpréter ... à la lumière des conditions de vie actuelles ».

⁷ L'une des difficultés de l'extension de l'application de la Convention aux relations professionnelles tient au fait qu'elles s'inscrivent dans une relation entre particuliers ; or la Convention s'applique aux États parties et le procès qui se tient devant la Cour doit connaître nécessairement l'un de ces États comme partie au procès. Précisément, l'une des fonctions de l'obligation positive est d'imposer des devoirs de protection aux pouvoirs publics internes, protection qui peut s'avérer violée même par l'action de personne (physique ou morale) privée ; autrement dit, la Cour en posant l'obligation de protection des droits reconnus par la Convention peut imposer à l'État l'obligation d'agir contre toute violation, même celle émanant de personnes privées. Ainsi, la Cour a étendu l'applicabilité de la Convention à l'interprétation des juges d'un contrat de droit privé cf. C.E.D.H. 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII.

136. La Convention prévoit en son article 14 une disposition qui intéresse directement la question de l'égalité :

« *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

L'article 14 de la Convention connaît un fonctionnement particulier : il n'a pas d'existence indépendante¹. Il ne s'applique qu'aux droits et libertés garantis par la Convention. Ainsi, son applicabilité est doublement limitée : en premier lieu par l'applicabilité de la Convention elle-même ; en deuxième lieu l'article 14 doit compléter un droit garanti par la Convention ou un de ses protocoles². La jurisprudence de la Cour va néanmoins donner un rayonnement à cet article. Ainsi, l'applicabilité de l'article 14 pourra être accueillie de manière souple, notamment lorsque les faits ou mesures litigieux « *se situent dans le domaine* »³ ou « *tombent sous l'empire* »⁴ de l'une des dispositions substantielles de la Convention ; peu importe que le respect de ce droit suppose une simple abstention ou une action positive⁵ de la part des États. La jurisprudence relative à l'application de l'article 14 reste toutefois sinieuse⁶. L'autonomie conférée à l'article 14 peut s'avérer très grande, à tel

¹ C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire linguistique belge, Fond, série A, n°6 ; *A.F.D.I.* 1968, 201, obs. R.Pelloux ; *R.B.D.I.*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

² Notons toutefois que le protocole additionnel n°12, adopté le 27 juin 2000 – non ratifié par la France – vise à étendre le principe d'égalité à tous les droits ouverts en droit interne.

³ C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, série A n°94 ; « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1986, p. 1084 obs. P.Rolland et P.Tavernier.

⁴ C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, série A n°87 ; « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1986, p. 1074, obs. P.Rolland et P.Tavernier ; « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1989, p. 799, obs. P.Rolland et P.Tavernier, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, Paris, PUF 2003, p. 380.

⁵ C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, Série A n°31 ; « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1982, p. 183, obs. P.Rolland et P. Tavernier, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, F.Sudre F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, Paris, P.U.F. 2003, p. 370.

⁶ Dans certains arrêts, la C.E.D.H. se dispense d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 dès lors que le contrôle de l'article auquel il est rattaché suffit à la condamnation de l'Etat défendeur ; dans d'autres affaires elle l'examine malgré la violation de l'article auquel il est combiné. Dans d'autres arrêts encore, la Cour emploie des formules restrictives quant à l'invocation de l'article 14, elle exige une « *inégalité évidente de traitement* » en tant « *qu'aspect fondamental de l'affaire* » (C.E.D.H. 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, série A n°32) ; toutefois

point que l'examen de l'égalité prend parfois le pas sur le contrôle de l'article avec lequel il est combiné¹.

137. La C.E.D.H. a également construit une jurisprudence qui a élargi considérablement le domaine d'application de l'article 14. La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales vise des droits civils et n'a en principe pas lieu d'être appliquée aux relations professionnelles. Les droits sociaux sont en principe du ressort de la charte européenne des droits sociaux², qui n'a pas de force obligatoire. Elle a d'autant moins vocation à s'appliquer aux relations professionnelles que l'effet horizontal de la Convention fait débat. Son application aux litiges entre particuliers, et plus particulièrement entre employeurs et salariés ne sont *a priori* pas de son ressort.

Toutefois, la Convention s'applique de manière certaine dès lors que l'action directe de l'État est en cause. Celle-ci peut prendre place dans les relations entre les pouvoirs publics et un fonctionnaire³ ou un auxiliaire de justice, comme les avocats⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a étendu l'applicabilité de la Convention lorsque l'État agit en tant qu'employeur⁵, en dehors de la fonction publique. Par ailleurs, l'État est responsable de toute

de telles formules ne sont pas réapparues depuis. Il arrive même que l'article 14 soit plus subsidiaire que complémentaire, la C.E.D.H. écartant ce moyen sous le motif qu'il n'a pas d'intérêt juridique (cf. D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Convention européenne des Droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Editions du conseil de l'Europe 1997, p.371).

¹ C.E.D.H. 23 juin 1993, Hoffman c. Autriche, A255-C, req. n° 12875/87 : les juridictions internes avaient attribué l'autorité parentale au père des enfants d'un couple en instance de divorce en raison de la conversion de la mère au témoin de Jéhovah ; la C.E.D.H. adopte une démarche originale : elle estime que l'article 8 est applicable, mais au lieu de passer logiquement à l'analyse sous l'angle de l'article 8 pris isolément, elle passe directement à l'analyse de la non-discrimination. Il semblerait que la combinaison avec les articles 8 ou 1 du premier protocole confère à l'article 14 une autonomie renforcée ; voir les arrêts cités par F. Sudre, dans la « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* I103 2005, p.82 : C.E.D.H. 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c. Turquie, *rec.* 2004-X (extraits), req. n°29865/96 ; C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII ; C.E.D.H. 27 juillet 2004, Sidabras et Dziautas c. Lituanie, *rec.* 2004-VIII, req. n° 55480/00;59330/00.

² Adoptée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996.

³ A titre d'exemple, différents arrêts ont opposé la France à des fonctionnaires lors de mises en disponibilité sans traitement à la suite d'arrêts de travail, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention : C.E.D.H. 24 août 1998, Couez c. France, *rec.* 1998-V, req. n° 24271/94 et C.E.D.H. 29 juillet 1998, Le Calvez c. France, *rec.* 1998-V, req. n° 25554/94.

⁴ C.E.D.H. 23 novembre 1983, Van Der Musselle c. Belgique, série A70, req. n° 8919/80.

⁵ Voir les arrêts C.E.D.H. 06 février 1976, Schmidt et Dählstom c. Suède, série A, n°21, req. n°5589/72 et C.E.D.H. 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, série A, n°20, req. n° 5614/72.

violation imputable aux autorités publiques, même locales¹. La Convention est également applicable aux entreprises publiques², et aux groupements privés investis d'une mission de service public³. La Cour a également étendu la question égalitaire aux régimes de sécurités sociales⁴.

Néanmoins, en dehors de ces cas, l'applicabilité de la Convention aux relations entre employeurs et salariés ne semble pas acquise. L'action de l'État peut révéler certains cas d'application directe de la Convention aux relations professionnelles. Une première question peut survenir à propos des conventions collectives étendues : certes, l'arrêté d'extension ne modifie pas la nature contractuelle de la convention⁵, mais l'intervention des pouvoirs publics ne justifie-t-elle pas en soi le contrôle de la C.E.D.H. ? D'autant que la Cour n'a pas hésité à analyser les dispositifs relatifs à la négociation collective sous l'angle de l'article 11 de la Convention⁶.

138. L'effet horizontal de la Convention, autrement dit son application aux relations interindividuelles, fait donc débat. La conception classique viendrait interdire un tel effet, car la Convention s'adresse aux seuls États. Mais d'un autre côté, l'objet même de la Convention, les droits fondamentaux, n'incite-t-il pas à ce que l'État protège les particuliers contre toute violation de leurs droits fondamentaux, même si celle-ci résulte de l'action d'un particulier⁷. Car, après tout, une telle action ne révélerait-elle pas une carence de l'État⁸ ? En particulier pour la non-discrimination, la règle serait bien vaine si elle n'interdisait les discriminations que lorsque l'État agit en tant qu'employeur, laissant par exemple les employeurs privés

¹ Voir, G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1989, p.76.

² Par exemple : C.E.D.H. 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, série A, n°20, req. n° 5614/72, l'employeur en cause était les chemins de fer suédois.

³ C.E.D.H. 29 février 2000, Fuentes Bobo c. Espagne, req. n° 39293/98.

⁴ Cf. *Infra*.

⁵ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail », *R.T.D. Civ.* 1939 p.353.

⁶ C.E.D.H. 27 octobre 1975, Cour plénière, Syndicat national de la police belge, série A n°19 et C.E.D.H. 06 février 1976, Schmidt et Dalhström c. Suède, série A, n°21, req. n°5589/72 et en dernier lieu C.E.D.H. 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, req. 34503/97.

⁷ Voir le plaidoyer de J. Rivero, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *Amicorum discipulorumque liber, Mélanges René Cassin, Protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, tome 3, A. Pédone, Paris, 1971, p. 311.

⁸ R. Abraham, « Article 25 », in *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, sous la dir. de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Economica, Paris, 2ème édition, 1999, p.584.

prendre leurs décisions fondées sur des considérations raciales ou idéologiques¹. Néanmoins chaque droit de la Convention ne semble pas pouvoir avoir un effet direct horizontal². M. Pettiti, ancien juge de la Cour, inspiré par la théorie allemande³, estime que la dimension horizontale est marquée par « *le passage de l'obligation négative de l'État, qui est au cœur de la Convention pour protéger l'individu contre toute ingérence illégitime, à l'obligation positive* »⁴.

139. La théorie des obligations positives, c'est-à-dire l'imputation de la responsabilité de l'État pour une action d'un particulier en violation d'un droit protégé par la Convention, a tôt été reconnue par les institutions de la Convention⁵. Dans cette perspective, la Haute partie contractante⁶ n'est plus sanctionnée pour une ingérence active, mais pour une abstention⁷, qui a permis la réalisation de la violation. L'État, « *qui ne saurait se borner à demeurer passif* »⁸, doit protéger les droits inscrits dans la Convention. Cette construction jurisprudentielle est soit déduite d'une disposition particulière⁹, dont le caractère imprécis favorise cette extension¹⁰, soit fondée sur l'article premier de la C.E.S.D.H.L.F. selon lequel les États « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

¹ Voir l'article précité de J. Rivero.

² Voir le débat entre M. Spielmann *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruxelles, 1995 et Mme A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque des thèses, préface L. Leveneur, Paris, 2002 sur un critère pertinent différenciant les articles ayant un effet horizontal et les autres.

³ Inspiré de la « *Drittwirkung der Grundrechte* » appliquée à la Loi fondamentale allemande : dans les systèmes monistes, les juges peuvent donner à la Convention un effet réflexe dans les litiges privés ; un effet horizontal indirect par lequel l'Etat devient débiteur d'une obligation positive d'empêcher les personnes de violer certaines dispositions de la Convention.

⁴ L.-E. Pettiti, « *Réflexion sur les principes et les mécanismes de la Convention* », in *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, sous la dir. de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Economica, Paris, 2^{ème} édition, 1999, p.33.

⁵ Voir les décisions du 24 juillet 1970 et du 1^{er} février 1971 citées par D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, *Op. cit.* et plus particulièrement l'affaire linguistique Belge (prec.), à propos de l'article 8 pour assurer un respect effectif de la vie familiale.

⁶ Autrement dit l'État partie à la Convention.

⁷ C.E.D.H. 29 février 2000, Fuentes Bobo c. Espagne, req. n° 39293/98, §38. En ce qui concerne le droit du travail, la Cour a reconnu sur le fondement de l'article 11, une obligation positive en matière syndicale, cf. C.E.D.H. 2 juillet 2002, Wilson et autres c. Royaume-Uni, req. n° 30660/96, 30671/96 et 30678/96.

⁸ C.E.D.H. 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, série A n°32.

⁹ Par exemple de l'article 8, cf. arrêt Marckx précité.

¹⁰ Voir en ce sens F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2^{ème} édition, 2004.

Plusieurs arrêts ont vu l'application de l'article 14 à des litiges entre particuliers. Par exemple, l'arrêt Karner¹ concerne un litige initié par un bailleur qui refusait le prolongement du bail au concubin du même sexe du locataire décédé. Dans un arrêt Van Kück², la Cour évalue l'équilibre fait entre deux intérêts privés (celui d'une compagnie d'assurance contre celui d'un transsexuel)³ dans une décision judiciaire⁴. Plus marquant encore est l'arrêt Pla et Puncernau⁵ dans lequel la Cour, dès lors que l'interprétation des juges nationaux lui apparaît comme « *manifestement déraisonnable* », « *manifestement arbitraire* » ou « *en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention* »⁶, prescrit sa propre interprétation d'un acte privé.

L'application de la Convention au droit social, tant au droit des fonctions publiques, que du droit du travail, ne fait plus guère aujourd'hui de doute⁷. Ainsi, la C.E.D.H. à propos de la liberté d'expression a clairement affirmé que « *l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé* »⁸. Une telle extension de la Convention aux relations de travail « privé » peut trouver une justification supplémentaire. Le droit du travail ne constitue pas seulement un droit « protecteur » du salarié, il suppose également une reconnaissance juridique du pouvoir de l'employeur⁹. Il a même été avancé

¹ C.E.D.H. 24 juillet 2003, Karner c. Autriche, *rec.* 2003-IX, req. n° 40016/98, P. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (l'arrêt Karner c. Autriche du 14 juillet 2003) », *R.T.D.H.* 2004, p. 663.

² C.E.D.H. 12 juin 2003, Van Kück c. Allemagne, *rec.* 2003-VII, req. n° 35968/97.

³ Au §84 de l'arrêt : « Au vu de ces divers éléments, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part ».

⁴ Dans cet arrêt, la Cour condamne l'Allemagne sur le fondement des articles 6§1 et 8 de la Convention, mais non sur l'article 14, bien qu'il trouve à s'appliquer, car selon le dispositif « *aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 14 de la Convention* ». Ceci signifie que virtuellement la Cour aurait pu évaluer la proportionnalité entre deux intérêts privés en application de la non-discrimination.

⁵ C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII ; J. Rochfeld, « C.E.D.H. et interprétation des contrats en droit privé », *R.D.C.* 2005, n°3, p.645. Cet arrêt concerne l'interprétation d'un testament et la question de savoir si l'auteur avait voulu ou non qu'un de ses petits enfants adopté puisse lui succéder.

⁶ §59 de l'arrêt.

⁷ J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une oeuvre encore en demi-teinte », *R.D.T.* 2008, p.16.

⁸ C.E.D.H. 6 février 1976, Schmidt et Dahlström c. Suède, série A n° 21, p. 15, § 33.

⁹ A. Jeammaud et A. Lyon-Caen (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique*, Actes Sud, 1986.

que l'employeur bénéficie d'une sorte de délégation de pouvoir¹. Dans cette perspective, les exigences de la Convention ne peuvent que « suivre » cette délégation et s'imposer à l'employeur. Le mouvement d'extension de l'application de la Convention aux relations « horizontales », justifient l'étude de la jurisprudence relative à l'article 14².

Au-delà de la question de l'application de la Convention à l'employeur, la jurisprudence de la Cour a d'ores et déjà embrassés, au titre de l'article 14, des domaines du droit social³, en particulier les régimes de protection sociale. Au vu de ces premiers développements, il apparaît que la question égalitaire a pris une place croissante dans le système conventionnel. La dynamique tirée de l'article 14 tient du travail interprétatif des juges européens. La Cour a su dégager deux expressions de l'exigence d'égalité dans le système conventionnel : la première tient d'une logique qui s'apparente à l'expression d'un principe d'égalité de traitement (section 1) ; la seconde tient pour suspect le recours à certains critères déterminés, et serait la traduction dans le système conventionnel de règles de non-discrimination (section 2).

SECTION 1 : L'ARTICLE 14 ET L'AFFIRMATION DE L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ DANS LE SYSTÈME CONVENTIONNEL

140. Une fois la question de l'applicabilité de l'article 14 résolue, la Cour doit en définir la substance. Le contentieux relativement riche en la matière, lui a permis d'explicitier son interprétation et de déterminer la méthodologie propre à cet article (§1). Elle a dans le même élan déterminé les fonctions de l'exigence d'égalité dans le contrôle des États parties à la Convention, qui sont soumis à un contrôle de raisonnable et de proportionnalité (§2). Il ressort alors de la jurisprudence que l'exigence d'égalité permet d'interdire les décisions arbitraires.

¹ Voir les conclusions du commissaire du Gouvernement A. Bacquet qui ont précédé l'arrêt C.E. 1 février 1980, Peintures Corona, cf. *Dr. Soc.* 1980, p.310.

² Bien évidemment les exemples jurisprudentiels pourront être tirés de contentieux extérieurs aux relations professionnelles. Néanmoins ces arrêts établissent la doctrine de la Cour et à ce titre représentent de bons indicateurs si l'extension de l'applicabilité de la Convention venait à se confirmer.

³ Voir en ce sens la thèse de A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruylant 2006 et J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi teinte », *R.D.T.* 2008, p.16.

PARAGRAPHE 1 : LE PRINCIPE CONVENTIONNEL D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

141. L'affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* »¹ mérite une attention particulière, car la Cour a saisi l'occasion de ce contentieux pour définir non seulement les mécanismes propres à l'article 14, mais plus encore pour se prononcer sur la problématique de l'exigence d'égalité dans le système conventionnel (I). La Cour n'a jamais consacré un « principe »². Néanmoins, la Cour dans son interprétation de l'article 14, ne réduit pas celui-ci aux seuls critères visés en son sein. L'enjeu aurait été alors de contrôler le recours aux critères énoncés, ce qui aurait cantonné cet article dans une logique de non-discrimination. Toutefois, la C.E.D.H. vise en réalité toute différence de traitement, non seulement au sein des normes juridiques³, mais également dans les pratiques⁴. L'approche concrète de la jurisprudence qui vise toute différence de traitement inscrit dès lors les arrêts fondés sur l'article 14 dans un principe d'égalité de traitement, de portée plus générale. La dynamique de cette approche est renforcée par l'ajout de la Cour selon lequel le principe d'égalité de traitement peut s'entendre de l'obligation, pour les États, de différencier certaines situations (II).

I. L'ARRÊT FONDATEUR : L'AFFAIRE DITE « LINGUISTIQUE BELGE »

142. L'affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » porte sur la conventionalité des lois belges de 1932 et 1963, relatives au régime

¹ C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Arrêt « affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, Fond, série A, n°6, §10.

² Sur le concept de principe voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, introduction.

³ Voir par exemple la jurisprudence Marckx, qui a obligé le législateur à réformer le droit de succession pour accueillir les enfants adultérins dans la vocation successorale, cf. C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, A-31, req. n° 6833/74 ; P.Rolland et P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1982, p. 183, Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F. 2003, p. 370, *C.D.E.* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *A.F.D.I.* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; M. Bossuyt, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.B.D.I.* 1980, p. 53 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.T.* 1979, p. 513 ; P. Jestaz, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommages à F. Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 417.

⁴ Par exemple pour une décision individuelle de refus d'agrément d'adoption à l'encontre d'une homosexuelle, cf. C.E.D.H. 22 janvier 2008, E.B. c. France, req. n°43546/02.

linguistique propre à cet Etat. La Belgique connaît deux langues officielles : le néerlandais et le français ; cette dernière a longtemps été la langue ayant cours dans toute la vie publique. Les deux lois en cause consacrent le principe de l'unilinguisme territorial : à titre d'exemple, les enseignements dans chacune des régions doivent être dispensés dans la langue de la région. Toute dérogation, même pour un cours non directement financé par les subventions étatiques, entraîne la suppression de ces dernières. Cette obligation s'applique également aux établissements privés subventionnés. Toutefois, la région de Bruxelles-Capitale est déclarée bilingue tout comme six communes à la périphérie de celle-ci – dénommées « communes à facilités » - en région néerlandaise, qui peuvent organiser des enseignements en français¹. En dehors de ces cas, la loi de 1963 pose un strict principe d'unilinguisme².

Les requérants francophones résidant dans une région flamande soutiennent qu'un tel système les contraint à une coûteuse³ « *émigration scolaire* »⁴. Ils s'estiment discriminés dans la jouissance des droits garantis de l'article 2 du premier protocole⁵.

143. La Cour, pour répondre à la discrimination alléguée, a dû dans un premier temps éclairer le sens de l'article 14 de la Convention. En effet, il existait une divergence entre les versions française⁶ et anglaise⁷ du texte conventionnel. Dans cet arrêt, la Cour a tranché en faveur de cette dernière, plus respectueuse de l'exercice des prérogatives des autorités nationales⁸. La notion de « non-discrimination » de l'article 14 ne saurait être assimilée à l'égalité devant la loi ou à l'égalité de protection de la loi. Ainsi, toutes les distinctions ne sont pas

¹ Si seize chefs de famille résidant sur le territoire de la commune le demandent. Le maintien d'un enseignement français est également assuré à Louvain pour les enfants des membres francophones de l'Université et pour les personnes de nationalités étrangères jouissant d'un statut diplomatique.

² En dehors de Bruxelles et des six communautés à facilités, il est interdit de prendre en considération la proportion de la population parlant l'une ou l'autre des deux langues nationales et organiser des enseignements dans une langue autre que celle de la région. Le maintien éventuel de tels enseignements se verrait non-homologué.

³ Id. II, A, §4.

⁴ Ils allèguent en premier lieu une violation de l'article 2 du premier protocole et de l'article 8 de la Convention considérés isolément. Mais la Cour rejettera leur argumentation sur ces deux fondements.

⁵ « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.* »

⁶ Selon laquelle la jouissance des droits doit être assurée « *sans distinction* ».

⁷ Qui dispose que la jouissance des droits doit être « *without discrimination* ».

⁸ Voir M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

prohibées, seules celles qui sont « discriminatoires » encourent la censure de la Cour. Une distinction n'est pas « discriminatoire »¹ au sens de la Convention, si elle est justifiée de manière objective et raisonnable, autrement dit non arbitraire²:

« *Au regard de l'article 14 (art. 14), une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" »*³.

144. Dans l'analyse juridique de la situation en cause, un point d'accord entre la Commission⁴ et la Cour est de reconnaître la différence de traitement opérée entre les résidents francophones et les résidents néerlandophones d'une région flamande. Ainsi, elles considèrent que, dans un contexte multilingue, le fait d'imposer un enseignement uniquement dans l'une des langues officielles est constitutif d'une différence de traitement à l'encontre de ceux qui ne pratiquent pas usuellement cette langue. Un tel traitement est susceptible d'être jugé discriminatoire si la mesure prise n'a pas de justification légitime et proportionnée⁵. Une telle position va à l'encontre de l'argumentation du gouvernement belge qui invoquait un parallélisme entre la situation des requérants et celle des Flamands habitants en région francophone. Autrement dit, le gouvernement invoque une comparaison entre régions (wallonne et flamande). La Commission, comme la Cour, estime au contraire que la

¹ A ne pas confondre avec la définition que nous avons retenue de ce terme pour les nécessités de notre étude cf. Partie 2, Titre 2. La C.E.D.H. prend la notion de discrimination dans son sens premier : le fait de différencier. Dans cette perspective, elle n'attache pas un caractère particulier à certains motifs, qui seraient prohibés en eux-mêmes.

² L.E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (sous la direction de), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica 1999.

³ Voir notamment les arrêts C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, précité, §10 ; C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, précité, §33 ; C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, précité, §38.

⁴ A l'époque, la Commission avait un rôle d'enquête et de conciliation. A l'issue de l'enquête, elle proposait une analyse juridique de la situation qui lui était soumise. La grande majorité des affaires s'arrêtaient à la suite de l'intervention de la Commission.

⁵ Rapport de la Commission, §399, p.304 ; C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière Affaire linguistique belge, précité, II, A, §5.

comparaison pertinente doit se faire au sein de chacune des régions, en référence à la situation des individus et non des régions elles-mêmes¹.

Contrairement à la Commission, la Cour va estimer, pour l'essentiel, que la différence linguistique au fondement du système d'enseignement belge est justifiée. Après avoir admis l'existence de la différence de traitement la Cour exige du gouvernement Belge la poursuite d'un but légitime de distinction. Celui-ci réside dans « *la défense de l'homogénéité linguistique de la région* »², qui ressortirait de l'intérêt général. Ainsi la Cour, à l'encontre des conclusions de la Commission, estime légitime pour un gouvernement de réaliser « *l'unité linguistique* » au sein des régions et pour ce faire prendre des mesures propres à « *décourager la création ou le maintien d'écoles où l'enseignement se dispenserait exclusivement en français* »³. Par la suite, la Cour estime que le système, bien que rigoureux, n'est pas disproportionné et permet d'assurer que les subventions étatiques ne financent en aucune manière des cours dispensés dans l'autre langue officielle que la langue de la région⁴. D'autant plus qu'un tel système n'interdit pas un enseignement libre d'expression française, en dehors de toute subvention⁵.

145. Dans ce cadre, il apparaît étonnant que la Cour qualifie de discriminatoire l'une des mesures du système linguistique. En effet, il est interdit pour des résidents francophones dans une région flamande d'inscrire leurs enfants dans l'une des écoles des communes à facilités. La Cour estime qu'une telle interdiction réside essentiellement sur une considération reposant sur la langue et non plus sur l'intégrité du territoire régional. Le but n'est dès lors plus légitime. La Cour ajoute même que la mesure n'est pas proportionnée⁶. Cette condamnation met en évidence que le raisonnement de la Cour repose avant tout sur l'identité régionale.

¹ Voir en particulier le rapport de la Commission, §409, p.312.

² Arrêt précité., §13.

³ Id. §7.

⁴ Il est à noter que la Cour précise qu'il ne lui appartient pas de rechercher s'il existait d'autres moyens pour l'État d'atteindre l'objectif poursuivi. Cette réserve judiciaire, si elle est toujours d'actualité, doit toutefois être nuancée par le développement de la proportionnalité dans les arrêts suivants ; voir infra §2, II.

⁵ *Ibid.* §13.

⁶ Alors que les enfants néerlandophones qui résident dans une région unilingue française ont accès aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les communes à facilités, les enfants francophones dans une région unilingue néerlandophone ne peuvent d'autant moins avoir accès à des établissements francophones que leur région ne compte pas de tels établissements, cf. §32.

146. Cet arrêt fondateur trace les trois étapes du raisonnement de la Cour : 1) l'existence d'une différence de traitement ; 2) la poursuite d'un but légitime, qui est en l'espèce la question déterminante ; 3) la proportionnalité des moyens à l'objectif poursuivi.

La Cour va enrichir le principe d'égalité de traitement en lui conférant une nouvelle dimension¹ : l'obligation de différencier.

II. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET L'OBLIGATION DE DIFFÉRENCIER

147. La Cour, dans l'interprétation donnée à l'article 14 dans l'affaire dite « *linguistique belge* », permet aux autorités des États parties à la Convention de différencier lorsque les situations sont différentes. C'est ce qui procède du travail de comparaison qui constitue la première étape de son contrôle.

Dans l'arrêt *Thlimmenos*², la Cour va donner une nouvelle dimension au principe d'égalité de traitement : l'obligation de différencier lorsque les situations sont très différentes. En l'espèce, le requérant avait été condamné par le tribunal militaire pour insubordination, car en application de ses croyances religieuses (témoin de Jéhovah), celui-ci était objecteur de conscience. Il fut condamné à quatre années d'emprisonnement³. Quelques années plus tard, il a présenté l'examen d'État pour devenir expert-comptable. Malgré sa réussite à l'examen⁴, la Chambre des experts-comptables refusa de le nommer au motif qu'il avait été condamné pour un crime. M. *Thlimmenos* saisit alors la justice grecque, sur le fondement de la violation de sa liberté de religion et d'égalité devant la loi, qui correspond à la combinaison des articles 9⁵ et 14 de la Convention. La Cour, après avoir établi que la question de droit tombe bien « *sous l'empire d'une disposition de la Convention* », à savoir l'article 9⁶, note que la condamnation

¹ Dans le cadre de la Convention l'égalité est dite « bilatérale », sur cette expression voir O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992.

² C.E.D.H. 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, *rec.* 2000-IV, req. n° 34369/97 ; *J.C.P.* 2001.I.291, n°42, obs. F. Sudre ; *R.T.D. Civ.* 2000, obs. J.P. Marguénaud, p.433 ; *A.J.D.A* 2000, obs. J.-F. Flauss, p.537.

³ Il effectua deux ans et un jour de détention, cf. §7.

⁴ Il se classa deuxième sur soixante, cf. §8.

⁵ Qui garantit, notamment, la liberté de religion.

⁶ § 39 à 45.

de l'intéressé ne procédait d'aucune « *malhonnêteté ou turpitude morale* »¹, de nature à exclure l'intéressé, en considération des doutes sur ses capacités à exercer la profession². Autrement dit, la condamnation pénale dont il a fait l'objet n'est pas propre à poser l'opprobre sur ses capacités à remplir les fonctions de cette profession³. Si bien que la loi grecque est trop générale et le législateur aurait dû prévoir les exceptions appropriées parmi les personnes convaincues de crime⁴.

Cette décision, prise à l'unanimité de la grande chambre de la Cour, consacre la « *bilatéralisation* »⁵ du principe d'égalité dans le système conventionnel : non seulement les États peuvent distinguer si les situations sont différentes, mais encore ils doivent, dans certains cas, distinguer lorsque les situations sont différentes. Autrement dit, dans la seconde alternative, les États ne peuvent pas créer une analogie et un traitement unique entre des situations très différentes, comme en l'espèce la Grèce aurait dû créer une différence dans l'accès à la profession d'expert-comptable entre tous ceux qui ont été condamnés pour un crime, afin de différencier ceux qui ont été condamnés pour objection de conscience dans l'accès à la profession d'expert-comptable.

148. Cet arrêt porte un coup sévère à la maxime *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁶, qui interdit d'éluder l'application d'un texte conçu en termes généraux au motif que le cas est exceptionnel ou qu'il y aurait inopportunité à en faire usage en l'espèce⁷. En effet, cette jurisprudence condamne les lois trop générales qui ne prennent pas en compte certaines spécificités et oblige le législateur⁸ à tenir compte de ces dernières.

¹ §47.

² §47.

³ La Cour n'examine pas la conventionalité de la condamnation pénale, mais seulement le refus consécutif de l'accepter comme expert-comptable. La Cour n'a pas examiné ce contentieux sous l'angle de l'article 9 pris isolément, se contentant de la condamnation au titre de l'article 14 combiné avec l'article 9, cf. § 50-53.

⁴ §48.

⁵ Sur ce terme O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Op.cit.* Voir également Partie 2, titre 1, Chapitre 1, section 1, §2.

⁶ « Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer », cf. H. Roland, *Lexique juridique - expression latines*, Objectif droit, Litec, Paris, 2010.

⁷ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd. 1999, n° 453, p. 920.

⁸ La Cour vise directement la loi qui obligeait la chambre des experts-comptables d'exclure l'ensemble des personnes condamnées pour crime. La Cour ne se contente pas d'imposer aux juges et à cette chambre d'opérer la distinction qu'elle prescrit dans leur application de la loi, mais elle déclare directement la loi comme contraire à la Convention.

Il est remarquable que la Cour dans sa démarche confronte la finalité de l'interdiction de l'exercice de la profession poursuivie par le législateur, à savoir écarter de la profession les personnes qui par leurs actions passées ont démontré leur peu d'inclinaison à respecter une certaine déontologie, à la finalité qui ressort de l'exercice d'une liberté¹ protégée par la Convention : le refus de porter l'uniforme pour se conformer à ses croyances religieuses. Autrement dit, le juge ne s'arrête pas à l'objectif poursuivi par le législateur mais s'attache dans à l'exercice de la liberté religieuse². C'est précisément parce que la Cour part de cette prémisse de la liberté individuelle qu'elle impose de distinguer entre ceux qui ont été condamné pour crime et ceux dont la condamnation procède de l'exercice de leur liberté de religion. L'examen du but poursuivi est ainsi déconnecté de la volonté du législateur, afin de mieux pouvoir lui assigner une autre finalité. La Cour ne fait pas que contrôler si le but poursuivi par le législateur est conforme à la Convention, elle introduit une autre exigence que le législateur doit respecter et prendre en compte.

149. Certains auteurs ont vu dans cette obligation de différencier l'apparition d'une discrimination positive³ posée par la Cour elle-même⁴. Cette assertion est discutable, tout d'abord parce que, assez étonnamment, la Cour semble ne pas identifier le motif en cause comme relevant du « noyau dur »⁵, c'est-à-dire comme un motif particulièrement suspect pour lequel son contrôle est plus strict⁶. Probablement a-t-elle hésité à substituer directement le motif tiré de la religion au motif choisi par le législateur, ce qui pourrait impliquer que la Cour refuse de se substituer au législateur, mais qu'elle s'estime néanmoins légitime pour lui imposer des contraintes dans son travail législatif, dont prendre en compte certaines différences de situations. A vrai dire cette obligation de différencier, étonnante du point de

¹ D'ailleurs dans cette affaire il apparaît étonnant de parler de liberté religieuse dans la mesure où M. Thlimmenos s'est vu condamné pour avoir suivi les recommandations de sa religion et avoir effectué deux années de détention. La Cour ne remet pas en cause la peine imposée pour avoir voulu suivre les préceptes de sa religion.

² La Cour précise bien qu'il ne s'agit pas pour elle d'examiner la liberté de profession qui ne fait pas partie de la Convention.

³ Voir en ce sens J.-P. Marguénaud, « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit ?* La Cour européenne des droits de l'homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives (Cour EDH, grande chambre, Thlimmenos c/ Grèce, 6 avr. 2000) », *R.T.D. Civ.* 2000 p. 434.

⁴ Dans l'arrêt Petrovic (préc.) la Cour semble ouvrir aux États la possibilité de mettre en place des dispositifs de « discrimination positive ».

⁵ Voir *infra*.

⁶ Comme pour la nationalité, le sexe, ... voir *infra*.

vue du système français¹, semble correspondre à la bilatéralisation de l'égalité qui se retrouve en Allemagne². Donc la jurisprudence Thlimmenos s'inscrit dans une certaine conception de l'égalité de traitement, plus que d'une logique antidiscriminatoire, qui suppose de contrôler le recours à un motif préalablement déterminé comme suspect.

Cette démarche égalitaire explique que l'accent soit porté sur la différence de situation, la Cour énonce clairement :

« *Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »³.

Cette jurisprudence souffre néanmoins d'un manque de méthodologie. Non seulement la Cour ne donne pas d'indication sur la détermination de situation « *sensiblement différente* », car évidemment toute différence de situation n'est pas mobilisable pour contester une réglementation ou son application. La question, à laquelle la Cour ne répond pas, est de savoir à partir de quel point une différence est suffisamment importante pour imposer au législateur d'en tenir compte.

150. Par ailleurs, le raisonnement suivi par la Cour semble en contrariété avec sa jurisprudence antérieure. Bien qu'elle fasse référence à des arrêts précédents⁴ et qu'elle semble inscrire cette nouvelle dimension de l'égalité comme la continuité de sa jurisprudence, elle déduit l'absence de légitimité du but poursuivi en raison du défaut de proportionnalité⁵ : elle estime que l'exclusion de la profession d'expert-comptable correspond, peu ou prou, à une « double peine » pour Monsieur Thlimmenos, qui a déjà effectué une peine d'emprisonnement pour son refus de porter l'uniforme. Or, d'après les étapes du contrôle posé dès l'affaire dite « linguistique belge », l'examen de la proportionnalité est l'ultime étape, si

¹ Voir Partie 1, titre 1 et Partie 2, titre 1.

² O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Op.cit.*

³ §44.

⁴ Comme l'arrêt Inze (préc.) qui est cité trois fois dans ses motifs.

⁵ « Dans ces conditions, la Cour estime qu'infliger une autre sanction à l'intéressé était disproportionné. Il s'ensuit que l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable ne poursuivait pas un but légitime » (c'est nous qui soulignons), cf. §44.

bien que de cet examen ne peut procéder le constat de l'absence de légitimité du but, qui constitue en principe l'étape précédente¹.

Cette absence de méthodologie claire ne retire pas toutes les virtualités² qui peuvent découler de cette jurisprudence, laquelle demande à être précisée³. La Cour elle-même tient l'arrêt Thlimmenos comme un précédent⁴.

La définition d'un principe d'égalité de traitement bilatérale ouvre pour la Cour un champ de contrôle des mesures des pouvoirs publics vaste. Ce contrôle est orienté vers l'élimination de l'arbitraire qui se concrétise par l'affirmation de la raisonnable de cette mesure.

PARAGRAPHE 2 : LA RAISONNABILITÉ DE LA MESURE PUBLIQUE

151. La Cour peut contrôler toutes les mesures prises par les pouvoirs publics, y compris les lois issues de la délibération du Parlement. Le principe d'égalité dégagé par la Cour sert à éliminer l'arbitraire dans les distinctions qui sont à l'œuvre dans ces différentes prises de décisions. Plus encore ce principe permet d'en contrôler la raisonnable, au travers du but poursuivi (I) et de la proportionnalité des moyens à ce but (II).

¹ Sur ce problème méthodologique et de ses relations avec le travail comparatif, voir §2 infra.

² Voir notamment la contribution de J.-F. Flauss dans « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme » (*A.J.D.A.* 2001, p. 1060) qui dresse deux mobilisations possibles de la jurisprudence Thlimmenos.

³ Les références à Thlimmenos posent parfois question : dans l'arrêt C.E.D.H. 31 juillet 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, req. n°40825/98 (disponible uniquement dans sa version anglaise) fait référence à la jurisprudence Thlimmenos pour affirmer que l'État a appliqué un traitement différent aux témoins de Jéhovah comparativement à d'autres groupes religieux. Cette référence est paradoxale car dans Thlimmenos, la Cour oblige les États à différencier, alors que dans cet arrêt il oblige à assimiler les témoins de Jéhovah à d'autres groupes.

⁴ Voir par exemple C.E.D.H. 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, req. n°34462/97, *rec.* 2002-IV, §46 ; F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456. La notion de « précédent », affirmée par la Cour elle-même dans l'arrêt (C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, *rec.* 2001-I, req. n° 27238/95), doit être entendue de manière souple, à l'opposé de l'approche du « stare decisis » dans la common law. Le précédent, signifie plutôt une continuité dans l'interprétation, une directive montrant une orientation (voir en ce sens M. Deguergue, « Jurisprudence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF, Paris, 2003, p. 887).

I. RAISONNABILITÉ ET BUT DE L'AUTEUR

152. Le respect de l'article 14 de la Convention repose en premier lieu sur le constat d'une distinction opérée entre deux situations. La légitimité de cette distinction suppose avant tout que ces situations soient identiques, ou tout du moins comparables.

Dans ses premiers arrêts, la Cour semblait cantonner l'article 14 à des distinctions reposant sur des caractéristiques personnelles, donc propres aux individus. Ainsi réduisait-elle son contrôle aux distinctions entre personnes ou entre groupes de personnes¹. Mais la Cour a par la suite expressément écarté la comparabilité sur le fondement des seules caractéristiques personnelles². La liste des critères de distinction est largement ouverte, conférant le champ le plus large à l'article 14. En dehors des critères constituant le « noyau dur »³, les critères contrôlés par la Cour ont été aussi divers que l'âge⁴, le statut ou le rang militaire⁵, la résidence ou le domicile⁶, le statut professionnel⁷, le seuil financier ou le type de propriété⁸.

La comparabilité des situations est une question préalable nécessaire⁹, car si les situations sont différentes il n'est plus utile *a priori* de continuer le contrôle. Mais cette question n'est pas toujours expressément traitée par la Cour. Le plus souvent, l'analogie des situations est établie de manière implicite¹⁰, parfois la question est complètement omise¹.

¹ C.E.D.H. 7 décembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, série A, n°23, req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72.

² C.E.D.H. 6 juin 2000, Magee c. Royaume-Uni, rec. 2000-VI, req. n° 28135/95, §50. En vérité, certains arrêts comme Pine Valley ou les Saints monastères montraient déjà qu'un tel cantonnement était caduc dans la mesure où étaient en cause des personnes morales.

³ Voir section 2 de ce chapitre.

⁴ En particulier la différence entre adulte et mineur cf. C.E.D.H. 29 février 1988, Bouamar c. Belgique, série A, n°129, req. n° 9106/80, et certains arrêts sur l'orientation sexuelle cf. *infra*.

⁵ C.E.D.H., 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, série A 22, req. n°5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72 ; C.E.D.H., 26 novembre 2002, Buchen c. République Tchèque, req. n°36541/97.

⁶ C.E.D.H. 25 octobre 2005, Okpiz c. Allemagne, req. n° 59140/00 “*of aliens who were in possession of a stable residence permit on one hand and those who were not*” (la distinction est opérée entre « les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence stable sur le territoire et ceux qui ne le peuvent pas »).

⁷ Entre les avocats et les autres professions juridiques cf. C.E.D.H. 23 novembre 1983, Van Der Mussele c. Belgique, série A70, req. n° 8919/80.

⁸ C.E.D.H., 21 février 1986, James et autres c. Royaume-Uni, série A, n° 98 ; C.E.D.H., Spadea et Scalabrino c. Italie, 28 septembre 1995, série A, n° 315-B ; C.E.D.H., 24 novembre 1986, Gillow c. Royaume-Uni, Série A n° 109, p. 19, § 46 ; C.E.D.H. 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, série A n°32 ; C.E.D.H. 29 avril 1999, Grande chambre, Chassagnou et autres c. France, rec 1999-III, req.n°5088/94; 28331/95; 28443/95.

⁹ Voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁰ Par exemple, à propos du nom de famille : C.E.D.H. 22 février 1994, Burghartz c. Suisse, série A280-B, req. n° 16213/90.

Lorsque la Cour explicite le travail de comparaison, celle-ci s'apprécie *in concreto* : l'opération de qualification des situations analogues ne semble obéir à aucun critère précis, ni de méthodologie particulière². Si elle se réfère expressément au défaut d'analogie ou de comparabilité des situations pour fonder un constat de non-violation de l'article 14³, il est rare qu'elle affirme formellement que les situations soient comparables⁴.

La Cour ne définit pas *a priori* ce qui doit être considéré comme analogue. Souvent, elle se fonde sur la reconnaissance par les parties elles-mêmes de la distinction opérée et plus particulièrement celle de l'auteur de la distinction. Dans les arrêts où le contrôle sur le fondement de l'article 14 est admis, l'analogie est implicitement fondée sur le fait que l'auteur de la distinction a consciemment distingué entre les deux situations en causes. Par exemple, dans l'arrêt Marckx⁵, le gouvernement belge avait reconnu favoriser la famille « traditionnelle » sur la famille « naturelle » ; ou encore dans l'arrêt Abdulaziz⁶, la Cour affirme « nul ne conteste que les règles de 1980 permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou rester dans le pays à demeure »⁷. En somme, la conscience de la distinction opérée, qu'elle soit expressément assumée ou découle nécessairement des dispositions prises, semble épuiser, dans la plupart des cas, la question de la comparaison.

Le peu de développement, dans la jurisprudence, consacré à la question de la comparabilité s'explique par la démarche de la Cour. En effet, son contrôle porte sur la justification de la distinction et non sur la détermination objective de situations différentes. Dès lors, ce contrôle porte moins sur l'appréciation de la comparabilité des situations, que sur les raisons qui ont guidé les pouvoirs publics à opérer une telle distinction. Ainsi, l'analyse

¹ Par exemple : C.E.D.H. 26 février 2002, Fretté c. France, *rec.* 2002-I, req. n°36515/97.

² F.Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F. 2003, p.370.

³ Voir par exemple, C.E.D.H. 23 novembre 1983, Van Der Mussele c. Belgique, série A70, req. n° 8919/80, §46, à propos de la comparaison entre la profession d'avocat et d'autres professions judiciaires et parajudiciaires.

⁴ Par exemple : C.E.D.H. 27 mars 1998, Petrovic c. Autriche, *rec.* 1998-I, req. n°20458/92, §30 et suivants ; C.E.D.H. 18 février 1999, Larkos c. Chypre, *rec.* 1999-I, req. n° 29515/95, §28. Voir partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1 paragraphe 1.

⁵ C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, A-31, req. n° 6833/74, §40.

⁶ C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, série A n°94.

⁷ §74 de l'arrêt.

juridique de la Cour porte essentiellement sur la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité opérée.

153. Une telle approche pose problème dans le cadre de l'application de la jurisprudence Thlimmenos¹. Si formellement la Cour reprend les mêmes étapes de raisonnement que dans les autres cas d'application de l'égalité, à savoir la légitimité du but et la proportionnalité des moyens aux fins, la méthodologie du contrôle apparaît confus. Ainsi dans l'arrêt Thlimmenos, la Cour après avoir admis que l'État est en droit de punir ceux qui refusent de servir leur pays, ajoute :

« Toutefois, elle [La Cour] relève également que le requérant a purgé une peine d'emprisonnement pour avoir refusé de porter l'uniforme. Dans ces conditions, la Cour estime qu'infliger une autre sanction à l'intéressé était disproportionné. Il s'ensuit que l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable ne poursuivait pas un but légitime. Partant, la Cour considère que le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et raisonnable. »²

La démarche de la Cour est étonnante. Elle tire du constat de la « double peine » (emprisonnement et interdiction d'exercer la profession d'expert-comptable) une disproportion dans la sanction. De cette disproportion, qui relève en principe de la technique juridique propre à la deuxième étape du raisonnement, elle en déduit une absence de légitimité du but poursuivi, qui constitue la première étape du raisonnement. En somme, en l'absence de méthodologie claire sur le travail de comparaison des situations, la Cour se retrouve contrainte de mettre en avant l'injustice faite à Monsieur Thlimmenos, qui ressort de la manière la plus saisissante au travers de la « double peine » et donc de renverser le schéma habituel de contrôle de l'égalité. Ceci est d'autant plus frappant que la Cour ne condamne pas

¹ C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, *Rec.* 2000-IV ; *R.U.D.H.* 2000 p. 241 ; *R.T.D.Civ.* 2000, p.434, J.-P. Marguénaud, *J.C.P.* 2001.I.291, n°42, obs. F. Sudre ; *R.T.D. Civ.* 2000, obs. J.P. Marguénaud, p.433 ; *A.J.D.A* 2000, obs. J.-F. Flauss, p.537. Il ne fait guère de doute que cet arrêt constitue un « précédent », au vue des nombreuses occurrences de cette jurisprudence dans les arrêts ultérieurs. Toutefois, la Cour n'a pas eu l'occasion de nouveau de l'appliquer à une autre affaire ; voir par exemple C.E.D.H. 24 septembre 2002, Posti et Rahko c. Finlande, *rec.* 2002-VII, req. n° 27824/95.

² §47.

le fait que l'objection de conscience soit sanctionnée pénalement¹. Elle condamne simplement la « double peine » qui résulte de la combinaison des différents textes. Dans ce cadre, l'objection de conscience dans l'exercice de sa liberté de religion n'est qu'imparfaitement protégée. Il aurait certainement été plus opportun d'expliquer pourquoi la situation de ceux qui ont été condamné pénalement pour objection de conscience doit être distinguée des autres criminels, en lieu et place de fonder son raisonnement sur la « double peine »², car autrement la Cour est obligé de renverser le schéma pour mettre en avant la disproportion, qui alors se substitue à un véritable travail de comparaison des situations³.

154. Dès lors que la Cour a admis, implicitement ou explicitement, la comparabilité des situations, elle contrôle en principe la première prémisse du principe d'égalité : la distinction est-elle justifiée objectivement et raisonnablement au vu du but poursuivi ? Ce contrôle sur le but légitime de la distinction est parfois sommaire, soit qu'elle en prenne simplement acte⁴, soit qu'elle en fasse silence⁵. Il se peut même que lorsqu'un doute existe sur la raisonabilité⁶ du motif invoqué, ceci n'empêche pas l'examen de la proportionnalité⁷.

Par exemple, la Cour a admis une différence entre organisations syndicales dans le système de consultation par les pouvoirs publics, excluant un syndicat catégoriel de police en faveur d'autres organisations représentant l'ensemble des agents des provinces et des communes⁸. Les objectifs poursuivis par l'État étaient d'éviter l'anarchie syndicale et de tenir

¹ La Cour en effet condamne la Grèce uniquement sur le fondement de la combinaison des articles 14 et 9 de la Convention et estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 9, pris isolément, en raison de la condamnation déjà prononcée.

² Qui d'ailleurs s'applique aux autres criminels.

³ Cette mesure de l'importance des différences existant entre les situations comparées est présente également dans les cas où la Cour estime que la différence n'est pas suffisamment importante, cf. arrêt *Posti et Rahko c. Finlande*, précité, §86 : suite au rappel des motifs de l'arrêt *Thlimmenos* « la Cour ne juge pas établi que les requérants aient subi une différence de traitement qui leur aurait été préjudiciable dans l'exercice de leur droit ».

⁴ C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire linguistique belge, Fond, série A, n°6, voir par exemple §7.

⁵ C.E.D.H. 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, *rec.* 1996-V.

⁶ Voir toutefois l'arrêt C.E.D.H. 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, *rec.* 1997-I, §42-44 ; mais il s'agit en l'espèce d'un motif discriminatoire (le sexe) qui relève du noyau dur cf. *infra*. A cet égard la Cour exige des « raisons impérieuses » pour justifier la distinction.

⁷ C.E.D.H. 1 février 2000, *Mazurek c. France*, *rec.* 2000-II, req. n° 34406/97, §48 à 55.

⁸ C.E.D.H. 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, Cour plénière, série A n°19.

compte des intérêts de l'ensemble des agents¹. La Cour contrôle néanmoins que la justification avancée est bien celle qui a présidé à la distinction, qu'il n'existe pas d'abus de la part des pouvoirs publics : le syndicat catégoriel dénonçait une distinction en fonction de la couleur politique des organisations syndicales², mais n'en a pas rapporté la preuve. Le contrôle des buts affichés par l'État mis en cause est l'occasion de prendre au sérieux le discours de celui-ci et éventuellement de révéler les véritables critères cachés derrière les raisons de façade. La Cour effectue un contrôle de cohérence des critères retenus par l'État.

L'exigence de but légitime emporte que le critère de distinction soit objectif, ainsi la Cour refuse le recours à des critères tels que l'effort et l'initiative personnelle déployés lors de la recherche d'un emploi qui sont « *des critères par définition subjectifs qui ne peuvent servir de justification à une différence de traitement parmi des personnes placées dans des situations analogues* »³.

Lorsque la condamnation de l'État est fondée sur le défaut de légitimité du but invoqué, la position de la Cour est radicale. En effet, elle signifie, que du point de vue de la Convention, l'État partie ne peut se permettre de poursuivre l'objectif qu'il s'est assigné. Les conséquences d'une telle condamnation peuvent d'ailleurs entraîner de grandes réformes. Ainsi, dans l'arrêt Ünal Tekeli⁴ était contestée, au nom de la discrimination fondée sur le sexe, l'attribution du nom patronymique du mari à la femme mariée. Or, la justification avancée par la Turquie (l'unité de la famille serait préservée par le port d'un nom commun) ne justifie pas aux yeux de la Cour la différence, car le défaut de nom commun n'empêche pas

¹ Par ailleurs, la Cour a admis que l'État pouvait mettre en place des systèmes de consultations différents selon les catégories d'agents (ceux de l'État ou ceux des provinces et communes), cf. *Op. cit.* §48.

² *Ibid.* §48 : « *Ce but est par lui-même légitime et la Cour n'a aucune raison de penser que le gouvernement ait poursuivi d'autres desseins, abusifs ceux-là, ... Rien ne prouve, en particulier, que l'on ait voulu accorder en la matière un privilège exclusif aux grandes centrales syndicales en raison de leur coloration "politique" ; si d'ailleurs il existait ou se créait une organisation "apolitique" ouverte à l'ensemble des agents des provinces et des communes et défendant leurs intérêts professionnels, le texte litigieux astreindrait le ministre de l'intérieur à la consulter elle aussi.* » (Souligné par nous).

³ C.E.D.H. 26 novembre 2002, Buchen c. République Tchèque, req. n° 36541/97, § 75 : à propos d'allocation de retraite attribuée à certains anciens militaires et pas à d'autres, sans que le critère d'attribution et de refus ne soit explicité et cohérent dans les décisions.

⁴ C.E.D.H. 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c. Turquie, *Op.cit.*

cette unité¹. Et la Cour d'assumer expressément les implications pratiques de sa jurisprudence² :

« *Il est vrai que cette tradition trouve ses origines dans le rôle primordial de l'homme et le rôle secondaire de la femme dans la famille. Or la progression vers l'égalité des sexes dans les États membres du Conseil de l'Europe, y compris la Turquie, et en particulier l'importance attachée au principe de non discrimination empêche aujourd'hui les États d'imposer cette tradition aux femmes mariées* »³. En somme les États se doivent de modifier leur système d'état civil pour se conformer à l'égalité des sexes, telle que définie par la Cour.

Si le contrôle de la légitimité du but poursuivi par l'État est une étape importante, en pratique le cœur du contrôle de la raisonnable demeure la proportionnalité des moyens au but.

II. LA PROPORTIONNALITÉ DES MOYENS AU BUT : PIVOT DU CONTRÔLE DE LA C.E.D.H.

155. L'article 14 de la Convention soumet les dispositions nationales à une exigence de proportionnalité « latente »⁴, c'est-à-dire que cette exigence n'est pas *expri verbis* dans le texte, mais a été progressivement dégagée par la jurisprudence⁵. Ainsi, à la suite de l'arrêt dit « linguistique belge »⁶, la proportionnalité⁷ constitue le second élément d'une justification raisonnable : la proportionnalité entre les moyens et le but visé. Comme l'explique Monsieur le professeur Muzny⁸, la proportionnalité se définit comme le rapport de grandeur entre les parties d'une chose et est composée de deux éléments constitutifs : un rapport entre des

¹ §64.

² En particulier pour le système d'état civil, cf. §66.

³ §63.

⁴ M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Pettiti et al., Bruylant, 1999, p. 71.

⁵ Voir en particulier la référence au principe de proportionnalité dans l'arrêt Fretté contre France du 26 février 2002, (préc). R. 2002-I, §42.

⁶ C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, Fond, série A, n°6.

⁷ Pour une étude sur la « technique » de la proportionnalité voir P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme- Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, tome 1 et 2, PUAM, Aix-Marseille, 2005

⁸ *Op. cit.*, §8.

variables ; l'ampleur du lien entre elles. Ce rapport entre les variables se mesure par l'adéquation des moyens au but.

156. La proportionnalité emporte une exigence d'appropriation¹ : la mesure doit être de « *nature à permettre la réalisation du but recherché* »² ; et une exigence de nécessité : les pouvoirs publics nationaux doivent expliquer en quoi il est nécessaire d'exclure certaines personnes du champ de la mesure pour atteindre le but. Il n'entre pas dans la considération de la Cour d'évaluer la proportionnalité de la distinction à l'aune des mesures alternatives que les autorités publiques auraient pu adopter afin de satisfaire à l'objectif assigné³.

Le défaut de proportionnalité est le critère décisif du contrôle de la Cour, il en est la clé de voûte⁴. Ce contrôle emporte parfois des jugements de valeurs sur la spécificité d'une situation ou d'un groupe ou sur son rôle social⁵. La proportionnalité inscrite dans le contrôle de l'article 14 prend un sens particulier. Lorsque la proportionnalité est appliquée à une liberté, celle-ci étant de principe, elle vient en limiter l'ingérence des pouvoirs publics. Elle concilie l'intérêt individuel, protégé par la liberté, avec l'intérêt général qui justifie l'ingérence. C'est une liberté solipsiste. Alors que dans le rapport d'égalité, la comparaison suppose de prendre la liberté dans le chef de plusieurs individus⁶.

157. La technique de la proportionnalité est guidée non seulement par la marge d'appréciation laissée aux États membres, mais également par les effets éventuels des arrêts de la Cour dans les systèmes nationaux. A cet égard la Cour tient compte de l'implémentation⁷ de sa jurisprudence.

¹ S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme- Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, vol. 2, Larcier 2005, §484.

² Karner c. Autriche, *Op.cit.* §41

³ C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, série A n°87, req. n° 8777/79, § 41.

⁴ M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.* 1995, p. 156.

⁵ J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 1990, p. 120.

⁶ F. Edel, « Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme », communication au colloque *L'égalité*, organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, le Centre de Recherches en Théorie générale du Droit et l'association française de Philosophie du Droit, 16 et 17 octobre 2007. Voir partie 2.

⁷ Voir J.Porta, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J, 2008.

Ainsi, dans l'arrêt Sidabras et Dziautas¹, qui portait sur une interdiction d'emploi des anciens membres du KGB aussi bien dans la fonction publique que dans certains secteurs de l'emploi privé (notamment l'avocature et les banques), la C.E.D.H. a censuré une telle mesure. Bien qu'elle puisse se justifier² pour des raisons de sécurité nationale et plus particulièrement de loyauté de ces personnes à l'égard du nouvel État et du nouveau régime, et par le bon fonctionnement des systèmes éducatif et financier³, l'interdiction était disproportionnée car trop générale (les pouvoirs publics nationaux auraient dû spécifier les emplois et fonctions ou tâches interdites pour lesquels le recrutement d'un ancien membre du KGB aurait pu constituer un danger) et trop tardive (neuf ans après l'indépendance, cet élément reste un indice qui renforce le constat de disproportion⁴). La proportionnalité n'impose pas d'établir pour chaque membre le manque de loyauté à l'égard de l'État, mais qu'un lien raisonnable puisse être établi entre les emplois objet de l'interdiction et l'exigence de loyauté mise en péril par l'appartenance passée au KGB. La restriction d'emploi doit être précise et strictement définie.

La proportionnalité permet une appréciation concrète et effective de l'adéquation entre la distinction et le but poursuivi. Il peut s'agir de mesurer les effets réels de la distinction et ceux escomptés (par exemple, dans l'arrêt Abdulaziz⁵ la mesure était évaluée en rapport à l'exigence de protection du marché national de l'emploi). Il s'agit non seulement de mesurer la pertinence de la mesure, mais également la suffisance des critères invoqués par la Haute partie.

La proportionnalité qui confronte les raisons affichées de l'État aux effets de la distinction ainsi opérée peut servir à déchirer le « *voile des apparences* »⁶ et révéler les

¹ C.E.D.H. 27 juillet 2004, Sidabras et Dziautas c. Lituanie, *rec.* 2004-VIII, req. n° 55480/00 ; 59330/00 ; G. Gonzalez, *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre, en collaboration avec G. Gonzalez, M. Levinet, H. Surrel, *R.D.P.* 2005, p.755 ; Chron. F. Sudre, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 2005 I103, p.82.

² §55.

³ §53.

⁴ §60.

⁵ C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, série A n°94 ; req. n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.

⁶ P.Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme - Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *Op.cit.*

véritables critères, inavoués¹. Par exemple, dans l'arrêt Karlheinz Schmidt², la Cour condamne, au titre de l'article 14 et de la discrimination fondée sur le sexe³, une taxation compensatoire imposée aux seuls hommes qui souhaiteraient ne pas effectuer eux-mêmes le service de sapeur-pompier. Le Land de Bade-Wurtemberg justifiait une telle taxation par l'incitation à assurer ce service et à la condition que suffisamment d'hommes s'y soumettent. Mais la Cour constate que les effectifs ayant toujours été suffisants, le Land n'a jamais eu besoin d'obliger quiconque à accomplir ce service, si bien que la contribution financière a perdu en fait « *son caractère compensatoire pour devenir la seule obligation réelle* »⁴. A l'occasion du contrôle de la proportionnalité, la Cour n'effectue plus un contrôle abstrait, mais un contrôle concret, appuyé sur les faits et la pratique. Le contrôle de proportionnalité est dans ce cas l'occasion d'éprouver la justification avancée par les pouvoirs publics à l'aune des effets pratiques constatables. Ce contrôle poussé se justifie par le motif en cause : le sexe, motif du « noyau dur ».

158. L'un des éléments le plus souvent pris en compte dans le contrôle de la proportionnalité est la marge nationale d'appréciation⁵. Dans l'arrêt Rasmussen⁶ la Cour établit clairement :

« Dans plusieurs arrêts, la Cour a relevé que les États contractants jouissent d'une certaine "marge d'appréciation" pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire "linguistique belge", série A n° 6, p. 35, par. 10; arrêt Syndicat national de la police belge du 27 octobre 1975, série A n° 19, p. 20, par. 47, et pp. 21-22, par. 49; arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives du 6 février

¹ Précisément, parce que souvent l'auteur de la décision est conscient qu'il ne peut se fonder sur un motif discriminatoire.

² C.E.D.H. 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c. Allemagne, série n°291-B ; *J.D.I.* 1995, obs. P. Bodeau, p. 768.

³ Motif qui fait néanmoins partie du « noyau dur », cf. II infra.

⁴ C.E.D.H. 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c. Allemagne, série n°291-B, §28.

⁵ Voir en premier lieu : C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, Fond, série A, n°6, §19, à propos de la troisième question sur la « francisation » de la périphérie de Bruxelles.

⁶ C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, série A n°87. En l'espèce, en raison de la marge d'appréciation des autorités danoises, la Cour a admis que les procédures de reconnaissance de paternité ne soient pas soumises aux mêmes prescriptions selon que du père ou de la mère est à l'initiative de la procédure.

1976, série A n° 20, p. 17, par. 47; arrêt *Engel et autres précité*, série A n° 22, p. 31, par. 72; arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 87, par. 229). *L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 36, par. 59).* »

La marge nationale d'appréciation¹ est un instrument souple, qui s'appuie sur différentes données². Tout d'abord, les États bénéficient en principe d'une marge d'appréciation plus large³ dans les domaines où il n'existe pas de consensus européen (comme par exemple pour ce qui concerne la morale⁴). De même, plus la situation litigieuse est complexe, plus la marge d'appréciation est étendue. En sens inverse, la marge d'appréciation est réduite lorsqu'il existe un consensus entre les États⁵. Toutefois, au moment d'apprécier le consensus existant au sein des États membres, la Cour ne se fonde pas uniquement sur le sens des droits nationaux, mais se réfère également à une « *tendance internationale continue* »⁶, c'est-à-dire à une tendance de l'opinion commune. La marge d'appréciation des Hautes parties contractantes est également contingente des mouvements d'opinion dans l'ensemble des États soumis à la Convention, la jurisprudence de la Cour joue alors le rôle d'amplificateur de la tendance constatée.

Enfin, certains droits de la Convention sont considérés comme intangibles⁷ et ne tolèrent aucune marge d'appréciation et aucune exception¹. Parallèlement, la jurisprudence de

¹ Dégagée la première fois dans une décision de la commission E.D.H. du 2 octobre 1958, req. n°176/56, Grèce c. Royaume-Uni, Ann.2, p.175, à propos de l'article 15 de la Convention. La Cour y a eu recours pour la première fois, sous l'expression « pouvoir d'appréciation », dans l'arrêt C.E.D.H. 18 juin 1971, De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, série A, n°12.

² Pour une critique virulente de la marge d'appréciation voir l'opinion dissidente du juge De Meyer sous l'arrêt C.E.D.H. 25 février 1997, Z c. Finlande, *rec.* 1997-1, req. n° 22009/93.

³ La marge d'appréciation s'applique également à propos des obligations positives, cf. C.E.D.H. 21 février 1990, Powel et Rayner c. Royaume-Uni, série A, n°172.

⁴ C.E.D.H. 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, série A, n°24, § 48.

⁵ Par exemple C.E.D.H. 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, série A, n°45.

⁶ Voir par exemple à propos du transsexualisme : C.E.D.H. 11 juillet 2002, Grande chambre, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, *rec.* 2002-VI, §85.

⁷ Comme par exemple le droit à la vie (article 2 de la Convention), la prohibition de la torture (article 3), la prohibition de l'esclavage et de la servitude (article 4), le droit à la légalité des délits et des peines (article 7).

la C.E.D.H. semble avoir identifié un certain nombre de critères, *a priori* suspects, pour lesquels la marge d'appréciation des États est par principe restreinte². La restriction est telle, que pour certains de ces critères, telle la race, la doctrine envisage que la Cour n'admette aucune exception, autrement dit aucune marge d'appréciation. Ces critères identifiés³ par la Cour constituent un « noyau dur » de critères interdits, qui ont permis le développement de la jurisprudence sur l'article 14 de la Convention.

SECTION 2 : L’AFFIRMATION DE RÈGLES CONVENTIONNELLES DE NON-DISCRIMINATION

159. La Cour a, au fil de sa jurisprudence, dessiné un régime propre à une certaine catégorie de critères pour lesquels la marge d'appréciation des États est moindre. Ces critères sont considérés comme *a priori* suspects. Cette démarche est propre aux règles de non-discrimination, qui consistent à considérer le recours à certains critères comme suspect en soi. Ces critères ne peuvent servir, dans la majorité des cas, de fondement à une décision raisonnable. Ce « noyau dur » de critères constitue une part essentielle de la jurisprudence (§1). Le recours à ce « noyau dur » a permis le développement d'une jurisprudence plus protectrice des autres libertés et droits fondamentaux visés par la Convention. Dès lors, ce « noyau dur » est cantonné dans un rôle d'auxiliaire (§2).

PARAGRAPHE 1 : LA CONSTITUTION D'UN « NOYAU DUR » DE CRITÈRES INTERDITS, FER-DE-LANCE DE L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ

160. L'identification de critères *a priori* suspects, dont le recours est à première vue arbitraire, est caractéristique des règles de non-discrimination. En effet, dans ce cas, la Cour

¹ P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'I.D.E.D.H, sous la dir. de F. Sudre, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 72.

² J. Schokkenbroek, « The prohibition of discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of Appreciation », *Human Rights Law Journal* 1998, vol. 19 n°1 p.20.

³ Aucun arrêt ne dresse une liste exhaustive des motifs constituant le « noyau dur ». La Cour estime pour chaque espèce si le motif invoqué est un motif *a priori* suspect. Une telle méthode, souple, semble suggérer que la liste des motifs du « noyau dur » est ouverte et peut se trouver enrichie au fur et à mesure des contentieux. Une autre question est de savoir si la liste est réversible, c'est-à-dire qu'un motif puisse être retiré du « noyau dur ».

opère un contrôle différent de celui défini dans l'affaire dite « *linguistique belge* », dont l'intensité est plus grande, qui se départit d'un contrôle du principe d'égalité de traitement (II). Dans cette perspective, le premier enjeu porte sur l'identification de ces critères (I), qui connaissent un régime jurisprudentiel spécifique.

I. L'IDENTIFICATION DES CRITÈRES INTERDITS

161. Le texte de l'article 14 de la Convention identifie un certain nombre de critères interdits : « le sexe¹, la race², la couleur, la langue³, la religion⁴, les opinions politiques ou toutes autres opinions⁵, l'origine nationale⁶ ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale⁷, la fortune⁸, la naissance⁹ ». Il n'est pas possible d'affirmer que tous les critères visés dans l'article constituent des critères du « noyau dur », car ils n'ont pas tous fait l'objet

¹ C.E.D.H. 06 novembre 2002, Willis c. Royaume-Uni, req. 36042/97, *rec.* 2002-IV, §39; F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456.

² C.E.D.H. 26 février 2004, Natchova et autres c. Bulgarie, *rec.* 2005-VII, req. n°43577/98, §145 ; 43579/98; D. Rosenberg, *R.T.D.H.* 2005, p.171 ; *J.C.P. G* 2004, I, 161, n°14-15, chron. F. Sudre ; G. Gonzalez, *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre, en collaboration avec G. Gonzalez, M. Levinet, H. Surrel, *R.D.P.* 2005, p.755.

³ C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, Fond, série A, n°6 ; *A.F.D.I.* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *R.B.D.I.*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

⁴ C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, *rec.* 2000-IV, req. n° 34369/97 ; *J.C.P.* 2001.I.291, n°42, obs. F. Sudre ; *R.T.D. civ.* 2000, obs. J.P. Marguénaud, p.433 ; *A.J.D.A* 2000, obs. J.-F. Flauss, p.537.

⁵ L'arrêt Syndicat national de la police belge c. Belgique (C.E.D.H. 27 octobre 1975, Cour plénière, série A n°19) aurait pu être l'occasion de se fonder sur l'opinion syndicale, mais la comparaison retenue par la Cour a été la différence faite entre les organisations et leur caractère catégoriel, sans référence à la représentation des intérêts des salariés. Il est remarquable que l'article 14 n'ait jamais été invoqué en combinaison avec l'article 10 (liberté d'expression et d'opinion).

⁶ C.E.D.H. 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, *rec.* 1996-V, req. n° 17371/90 ; « Chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (année 1996) », *J.D.I.* 1997, p. 238, obs. E. Decaux et P.Tavernier ; « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr.Soc.* 1999, p. 215, J. Favard ; Note, *D.* 1998, jurisprudence, p. 439, J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis de l'assemblée du conseil d'Etat du 15 avril 1996, Mme Doukouré, à l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche », F. Sudre, *R.F.D.A.* 1997, p. 966 ; « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *J.C.G. G* 1997 I 4000, F. Sudre ; C.E.D.H. 30 septembre 2003, Koua Poirrez c. France, *rec* 2003-X, §46 ; F. Guiomard, *D.* 2004 p. 375.

⁷ Voir par exemple à propos de la discrimination à l'encontre des Roms, cf. C.E.D.H. 6 juillet 2005, Natchova et autres c. Bulgarie, req. n°43577/98 ; 43579/98.

⁸ C.E.D.H. 29 avril 1999, Grande chambre, Chassagnou et autres c. France, *rec.*1999-III, req. n°5088/94;28331/95;28443/95, à propos de la distinction entre « grands » et « petits » propriétaires terriens, directement associé à la fortune, dans l'obligation d'adhérer aux ACCA [Association communale de chasse agréée], dans le cadre de la loi Verdeille.

⁹ C.E.D.H. 8 juillet 2003, Sommerfeld c. Allemagne, *rec.* 2003-VIII, req. n°31871/96, §93 ; Voir en particulier la jurisprudence constructive en faveur des enfants adultérins : Marckx (préc.), Mazurek (préc.), confirmé par C.E.D.H. 22 décembre 2004, Merger et Cros c. France, req. n° 68864/01, F. Sudre, « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* I103 2005, p.8.

de jurisprudence. A quoi il convient d'ajouter que la liste des critères¹ de l'article 14 n'est pas limitative, mais indicative². Certains d'entre eux, qui ne sont pas expressément visés par l'article 14, n'en constituent pas moins des critères interdits intégrés au « noyau dur », tels l'orientation sexuelle³ ou le statut marital⁴. Il convient d'ajouter que certains critères expressément visés à l'article 14 ne font pas partie du « noyau dur »⁵. La mention d'un motif dans le texte de la Convention ne suffit donc pas à donner qualité de motif particulièrement suspect.

Certains critères, classiquement identifiés comme discriminatoires⁶, notamment par d'autres instruments internationaux aussi solennels que la Charte des Nations Unies⁷, ont rapidement été identifiés comme constitutifs de ce « noyau dur ». La reconnaissance de tels critères est marquée par le contrôle renforcé de la Cour et de la moindre marge d'appréciation concomitante laissée aux Hautes parties contractantes. La Cour les identifie par la formule suivante : « *seules de très fortes raisons* »⁸ pourront justifier la différence de traitement.

¹ Voir Partie 2, Titre 2.

² L'article 14 emploie l'adverbe « notamment » et l'expression « toute autre situation » qui soulignent le caractère ouvert de la liste et cf. Engel (préc.) §72.

³ C.E.D.H. 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva c. Portugal, *rec.* 1999-IX, req. n° 33290/96 ; F. Sudre, « Chronique droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 2000 I203, p.194 et C.E.D.H. 24 juillet 2003, Karner c. Autriche, *rec.* 2003-IX, req. n° 40016/98, §37. V. P. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (l'arrêt Karner c. Autriche du 14 juillet 2003) », *R.T.D.H.* 2004, p. 663 ; C.E.D.H. 26 février 2002, 97Fretté c. France *rec.* 2002-I, req. n°36515C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, *rec.* 2003-I, req. n° 39392/98;39829/98 ; Arrêts sur l'orientation sexuelle : C.E.D.H. 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, série A, n°45 ; C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, *rec.* 2003-I, req. n° 39392/98;39829/98 ; C.E.D.H., 27 septembre 1999, Smith et Grady c. Royaume-Uni n°33985/96 et 33986/96, *rec.*1999-VI, C.E.D.H. 27 septembre 1999 Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni n° 31417/96 et 32377/96, dans même domaine mais sans condamnation : C.E.D.H., 10 mai 2001, Mata Estevez c/ Espagne n° 56501/00.

⁴ C.E.D.H. 4 juin 2002, Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas, req. n°34462/97, *rec.* 2002-IV, §49 ; F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456.

⁵ Ainsi par exemple dans l'arrêt C.E.D.H. 29 avril 1999, Chassagnou et autres c. France, Grande chambre, *rec.* 1999-III, req. n°5088/94;28331/95;28443/95, §118 à 121, le critère de distinction entre petits et grands propriétaires [ces derniers pouvant refuser d'adhérer aux ACCA et refuser aux chasseurs de passer sur leurs terrains, dans le cadre de la loi Verdeille] est une distinction fondée sur la fortune, pour laquelle les États jouissent d'une marge d'appréciation « classique ».

⁶ Comme le sexe, la race, la langue et la religion.

⁷ Article 1§3.

⁸ Voir par exemple C.E.D.H. 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c. Allemagne, série n°291-B ; *J.D.I.* 1995, obs. P. Bodeau, p. 768, la taxe compensatoire payée par les seuls hommes cf. sapeurs pompiers ; C.E.D.H. 21 février 1997, Van Raalte c. Pays-Bas, *rec.* 1997-I, req. 20060/92 ; F. Sudre « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 1998, I. 107, p.184, exemption des femmes d'une obligation de

L'emploi de l'adverbe « *très* » et de l'adjectif « *forte* » marque bien le caractère renforcé de son contrôle et l'admission limitée des justifications possibles. D'emblée une précision s'impose : le recours aux critères appartenant au « noyau dur » n'est pas *per se* interdit. Certaines distinctions fondées sur ces critères peuvent tout à fait être admissibles¹, mais les États doivent être conscients que, ce faisant, ils se fondent sur des critères « suspects », qui leur imposent un recours parcimonieux et étayé à de tels critères. Ainsi, ni la Convention ni la jurisprudence de la Cour n'élaborent à proprement parler de règles de non-discrimination². Le rôle de la Cour est tout d'abord de veiller à ce que les règles nationales de non-discrimination soient conventionnellement valides et que les normes et pratiques nationales ne contreviennent pas aux distinctions interdites par l'article 14 de la Convention³.

162. La reconnaissance de la qualité de motif particulièrement suspect n'est pas nécessairement abrupte⁴. L'entrée de certains critères au sein du « noyau dur » a donné l'occasion à la Cour de recourir à la technique dite des « petits pas »⁵ qui a permis, au fur et à mesure des arrêts, le rapprochement et l'entrée de certains critères de distinction dans ce cercle. Il suffit de penser aux différences de traitement en matière successorale, en raison du mode de filiation, à la suite de l'arrêt *Marckx*⁶. Ou, plus encore, à propos de la jurisprudence

cotisation sociale ; ou encore C.E.D.H. 06 novembre 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. 36042/97, *rec.* 2002-IV ; F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456.

¹ Par exemple dans l'arrêt *Petrovic c. Autriche* (C.E.D.H. 27 mars 1998, *rec.* 1998-I, req. n°20458/92) la Cour admet que la législation autrichienne réserve aux seules mères de famille l'attribution d'une allocation de congé parental ; ou encore dans l'arrêt *Fretté c. France* (C.E.D.H. 26 février 2002, *rec.* 2002-I, req. n°36515/97) la Cour admet le refus des autorités françaises d'un agrément d'adoption à un homosexuel, essentiellement, en raison de l'absence de dénominateur commun entre les Hautes parties contractantes sur ce point.

² Voir Partie 2, titre 2, chapitre 1.

³ A propos de l'articulation de la jurisprudence de la C.E.D.H. avec le système juridique national, et plus particulièrement la jurisprudence nationale, voir Introduction.

⁴ Le caractère parfois « abrupte » de la jurisprudence, qui résulte souvent de la difficulté d'anticiper le raisonnement et la solution donnés à une espèce, vient du fait que l'élaboration de la norme jurisprudentielle est contingente du contentieux, une affaire pouvant alors constituer une occasion pour les juges de se saisir d'une question juridique d'importance et éventuellement novatrice.

⁵ Cette démarche de la juridiction permet de modifier la règle jurisprudentielle par touches successives, arrêt par arrêt, non d'un seul coup.

⁶ C.E.D.H. 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, A-31, req. n° 6833/74 ; suivi par C.E.D.H. 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, série A n°126 ; C.E.D.H. 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, série A n°214-C ; C.E.D.H. 1 février 2000, *Mazurek c. France*, *rec.* 2000-II, req. n° 34406/97 ; et dernièrement C.E.D.H. 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII.

sur l'orientation sexuelle, en particulier des différences de traitement à l'encontre des homosexuels¹.

Le caractère souple de la liste des critères suspects, de par son indépendance vis-à-vis de la liste dressée à l'article 14, permet à la Cour de faire de la Convention un « *instrument vivant* »². Le droit de la Convention est alors un droit évolutif. Précisément, c'est en raison de distinctions de moins en moins tolérées, que la Cour a opéré nombre d'évolutions jurisprudentielles, protégeant les catégories de personnes ainsi visées. La Cour n'a parfois pas hésité à se référer aux besoins d'évolution de la société et du droit³.

163. Toutefois, cette souplesse dans la reconnaissance des critères de distinction et de leur appartenance au « noyau dur » peut quelque fois laisser dubitatif. Ainsi, dans l'arrêt *Rasmussen*⁴, le requérant se plaignait d'une discrimination fondée sur le sexe car les règles de forclusion de l'action en reconnaissance de paternité n'étaient pas les mêmes selon que l'action était initiée par la mère ou par le père. Il est remarquable que la Cour prenne soin de ne pas se fonder sur la discrimination sur le sexe mais sur la différence de traitement entre mari et femme (en l'occurrence son ex-épouse)⁵, différence qu'elle trouvera justifiée en faisant référence au contrôle de droit commun et non du « noyau dur »⁶. De manière plus étonnante encore, la Cour affirme :

« Aux fins d'application de l'article 14 (art. 14), il existait donc aux yeux de la Cour une différence de traitement entre M. Rasmussen et son ex-épouse quant à la possibilité de

¹ Comme par exemple la prohibition pénale des relations sexuelles entre un adulte et un mineur de plus de 14 ans, thème sur lequel la Cour opère un revirement de jurisprudence dans l'arrêt C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, *rec.* 2003-I, req. n° 39392/98;39829/98, voir en particulier §47. Sur la consécration de l'orientation sexuelle comme critère appartenant au « noyau dur », cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

² La Convention est « *un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* », cf. l'arrêt C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, série A n° 26, pp. 15-16, § 31.

³ Arrêt précité.

⁴ C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, série A n°87, req. n° 8777/79.

⁵ Dans la mesure où à l'époque les mariages entre personnes de même sexe n'étaient pas autorisés et que le texte législatif distinguait bien le régime applicable à la demande du mari et celui applicable à celle de la femme, une différence fondée sur le sexe était indubitablement en cause.

⁶ §38 et suivants.

contester en justice la paternité du premier. Il n'y a pas lieu de rechercher sur quoi elle se fondait, la liste dressée à l'article 14 n'étant pas limitative »¹.

Une telle argumentation est contradictoire avec le fait d'avoir constitué une liste de critères *a priori* suspects, car, dès lors qu'un tel motif est identifié, la Cour devrait appliquer son contrôle renforcé. Seules des justifications très fortes peuvent légitimer la distinction. La Cour semble avoir agi comme si c'était elle qui avait en charge d'identifier le critère (époux/épouse ou sexe). Elle affaiblit ainsi l'autorité des critères appartenant au « noyau dur ». En effet, en décidant arbitrairement, contre toute vraisemblance, que le motif en cause ne constitue pas un motif du « noyau dur » elle balaye autoritairement, sans se justifier, l'argumentation avancée par le requérant. Une telle action affaiblit sans nul doute la construction jurisprudentielle du « noyau dur », soumettant l'application du contrôle strict du recours aux critères suspects au « bon vouloir » de la Cour.

164. A l'opposé, l'arrêt *E.B. c. France*², qui concernait le refus d'agrément d'adoption à une homosexuelle, démontre une démarche plus en accord avec la constitution d'un « noyau dur » de critères discriminatoires. En effet, la Cour prend bien soin d'identifier le critère véritable de distinction pris en considération, aussi bien par l'autorité publique compétente que par les juges internes, à savoir l'orientation sexuelle³. La Cour ne méconnaît, ce faisant, le fait qu'en l'espèce la compagne de la requérante était opposée à l'adoption. Pour autant, ce constat ne va pas empêcher la Cour de condamner la France, en application d'une surpondération⁴ du motif de l'orientation sexuelle. La Cour affirme clairement :

« Reste que ces deux critères principaux [à savoir les conditions d'accueil, dont le comportement de la compagne est un élément et la discrimination] s'inscrivent dans le cadre d'une appréciation globale de la situation de la requérante. Pour cette raison, la Cour estime

¹ §34 (C'est nous qui surlignons).

² C.E.D.H. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n°43546/02 ; A.J., *D.* 2008, obs. E. Royer, p.351 ; F. Rome, « Elles se marièrent et eurent beaucoup d'enfants », *D.* 2008, p.401 ; A. Gouttenoire, F. Sudre, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *J.C.P. G.* 2008, II 10071. Cet arrêt constitue un revirement par rapport à l'arrêt *Fretté* (préc.), malgré les précautions de la Cour de bien distinguer les deux affaires (cf. §71).

³ En quelque sorte cachée dans le critère d'un référent de l'autre sexe (exigence non inscrite dans les textes), évidemment plus difficile à remplir pour un couple homosexuel qu'hétérosexuel.

⁴ Le terme est d'A. Gouttenoire et F. Sudre, cf. *supra*.

qu'ils ne sauraient être considérés alternativement, mais doivent au contraire être appréciés cumulativement. En conséquence, le caractère illégitime de l'un des critères a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision ».

Ainsi, la Cour semble désormais s'orienter dans une recherche du véritable motif de distinction, lorsque celui-ci est susceptible d'être un critère *a priori* suspect, qui, s'il est identifié, emporte un effet de « contamination » sur l'ensemble de la décision au point de la rendre illégitime dans son ensemble.

Cette démarche, qui est plus en cohérence avec la constitution d'un « noyau dur » de critères suspects, crée une nouvelle obligation pour les autorités nationales. Celles-ci doivent désormais avoir pour préoccupation constante de prendre des décisions les plus épurées possibles¹ de toutes considérations fondées sur un motif suspect². Cette préoccupation s'impose au « juris-lateur »³, aussi bien dans la prise de décision que dans l'interprétation⁴ des normes.

Dès lors que le recours à un motif suspect est établi, la Cour applique un contrôle strict de raisonabilité de la mesure.

II. LA SPÉCIFICITÉ DU RÉGIME DU « NOYAU DUR »

165. La discrimination ne requiert pas de la part des Etats qu'ils garantissent le traitement le plus favorable⁵ à ceux qui sont protégés par la non-discrimination. La Cour sanctionne uniquement des distinctions « déséquilibrée(s) », c'est-à-dire que, « *s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention* »⁶. La Cour ménage ainsi une sorte

¹ En ce sens que le recours au motif suspect demeure possible, mais reste fortement limité.

² La Cour a rappelé dans les arrêts Thlimmenos, (préc.), et Chassagnou, (préc.) qu'elle « n'a jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention ».

³ Ce sont les producteurs de normes, que sont aussi bien le législateur, le pouvoir réglementaire et la jurisprudence, voir par exemple M. Boudot, *Le dogme de la solution unique - Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 1999.

⁴ En particulier pour le juge, voir C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII.

⁵ C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, série A n°94.

⁶ C.E.D.H. 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c. Turquie, *rec.* 2004-X, req. n° 29865/96, §51, F. Sudre, « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* I103 2005, p.82 ; à propos du nom patronymique.

de réserve d'intérêt général, qui permet de justifier certaines distinctions¹. Les Etats, même lorsqu'ils recourent à un critère appartenant au « noyau dur » dispose toujours d'une certaine marge d'appréciation, qui est toutefois plus réduite en raison du caractère *a priori* suspect attribué à un tel critère. La distinction doit alors être justifiée par des raisons « *particulièrement impérieuses* » ou des « *considérations particulièrement graves* ».

Les étapes du contrôle des règles de non-discrimination sont formellement les mêmes que celles pour tout autre motif. La Cour contrôle, dans un premier temps, si la justification est « *objective et raisonnable* », c'est-à-dire qu'elle vérifie que l'auteur de la décision poursuit un « *but légitime* ». Si ces conditions sont bien satisfaites, la Cour contrôle alors s'il existe un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Néanmoins, le contrôle dans le cadre du noyau dur voit chacune de ces étapes renforcées. Ainsi, l'exigence de justification objective et raisonnable du but légitime donne lieu à un contrôle plus poussé. Par exemple, le refus des autorités autrichiennes d'attribuer une allocation d'urgence à un chômeur au seul motif que celui-ci n'a pas la nationalité autrichienne est condamné par la Cour comme étant dénué de justification objective et raisonnable².

166. Le principe de proportionnalité est également appliqué plus strictement. L'arrêt *Karner*³ en est une illustration. L'État défendeur invoquait le but de la protection de la famille, mais il n'a pas été capable de démontrer en quoi l'exclusion des homosexuels du champ d'application de la législation était nécessaire. La raison avancée était bien trop abstraite. Il semblerait que dès qu'un motif suspect est en jeu la Cour refuse le mode de raisonnement *in abstracto*⁴, tout particulièrement à l'étape de la proportionnalité. La règle de la proportionnalité impose ainsi une adéquation entre le but poursuivi et les moyens utilisés.

¹ C.E.D.H. 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, *rec.* 2000-VII, req. n°27417/95 ; §83 et 87, la Cour, à propos d'un agrément octroyé à une association et refusé à une autre (pour l'abattage rituel de la viande), estime la différence de traitement de « faible portée », à l'aune de la liberté religieuse de la requérante. Il semblerait donc que la différence doit requérir une certaine qualité pour être examinée sous l'angle de l'article 14.

² D'ailleurs, la Cour ne prend même pas soin de discuter l'un des arguments avancé par l'Autriche, à savoir la responsabilité particulière de l'État vis-à-vis de ses propres ressortissants ; C.E.D.H. 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, *rec.* 1996-V, req. n° 17371/90, §45 et suivants.

³ C.E.D.H. 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, *rec.* 2003-IX, req. n° 40016/98.

⁴ C.E.D.H. 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, *rec.*, 2003-XII, req. n° 64927/01, §41.

La proportionnalité peut servir alors à évaluer l'appropriation des moyens utilisés et plus particulièrement de vérifier que la distinction décidée s'imposait comme le meilleur moyen pour réaliser l'objectif.

A ce titre est-il possible de relever les différences de solutions entre l'arrêt *Karner*, à propos de la transmission du droit au bail au profit du « compagnon de vie » du locataire décédé et l'arrêt *Fretté*¹. Le second est relatif au refus d'adoption pour un homosexuel célibataire. Ces deux espèces pouvaient amener à croire que les règles discriminatoires peuvent varier selon les domaines : la Cour condamne la prise en considération de l'orientation sexuelle à propos du droit au bail, mais reconnaît la possibilité de tenir compte d'un tel critère dans la décision de refus d'agrément d'adoption. La différence entre ces deux affaires est la place accordée à l'argument de l'intérêt de l'enfant dans le second arrêt. En effet, à l'époque de la décision de la C.E.D.H. la majorité des opinions publiques étaient contre l'adoption par des homosexuels. Or un tel argument, déconnecté du cas particulier de M. Fretté, pourrait être considéré comme contraire à l'interdiction des justifications abstraites². Toutefois, la jurisprudence *Fretté* démontre qu'il existe même pour les critères du « noyau dur » une marge d'appréciation en faveur des Etats, qui dépend étroitement de l'opinion commune³. La diversité des solutions nationales fournit à la Cour un alibi commode pour concéder aux États une marge d'appréciation telle qu'elle réduit à néant son propre contrôle de proportionnalité. C'est certainement la volonté de faire évoluer sa jurisprudence par touche successive qui explique la solution de l'arrêt *Fretté*, abandonnée, six ans plus tard, dans l'arrêt *E.B.*⁴. L'évolution de la jurisprudence européenne par touche successive, qui étend la non-discrimination du domaine du bail d'habitation à la question de l'adoption a permis l'érection du critère de l'orientation sexuelle comme critère suspect sans procéder en

¹ C.E.D.H. 26 février 2002, *Fretté c. France*, *rec.* 2002-I, req. n°36515/97.

² Particulièrement si l'on met cet arrêt en parallèle avec l'arrêt C.E.D.H. 9 janvier 2003, *L. et V. c. Autriche*, *rec.* 2003-I, req. n° 39392/98;39829/98.

³ Cf. *supra*.

⁴ C.E.D.H. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n°43546/02.

a-coup trop brutal. Cette démarche permet de donner du temps aux opinions nationales d'évoluer¹. La jurisprudence de la C.E.D.H. agit alors comme un catalyseur.

167. La Cour européenne montre qu'elle a su se saisir du développement des règles antidiscriminatoires. La constitution d'un « noyau dur » lui permet d'opérer un contrôle plus strict pour certains critères déterminés. Toutefois, la C.E.D.H. s'est montrée plus frileuse quant à toute innovation dans le régime de la preuve de la discrimination. Ainsi, dans différents arrêts, des Tziganes ont obtenu la condamnation de la Bulgarie², en raison d'homicides ou de traitements inhumains à caractère raciste sur le fondement des articles 2 et 3 de la Convention³. Néanmoins, la Cour a écarté, à plusieurs reprises, toute condamnation sur le fondement de l'article 14. Elle continuait d'exiger que la preuve du caractère raciste de ces actes soit « *au-delà de tout doute raisonnable* ». Une telle jurisprudence a été fustigée par le juge Bonello dans son opinion, en partie dissidente, de l'arrêt *Anguelova*⁴, qui dénonce l'ineffectivité d'une telle position dans la lutte contre les discriminations racistes. Le juge invoque le fait notamment que ce n'est pas la première fois que la Cour connaît de tels agissements qui apparaissent motivés par le racisme des agents de police bulgares, contre lequel la Bulgarie demeure pour le moins timorée⁵. En outre, des associations de droit de l'Homme ont rendu plusieurs rapports accablants dénonçant le racisme à l'égard des Tziganes dans cet Etat. Face à ces critiques, la Cour a récemment fait évoluer sa position.

168. Dans un premier temps, la Cour européenne s'est montrée peu encline à permettre un renversement de la charge de la preuve, en cas de discrimination⁶. En principe la charge de la preuve repose sur celui qui introduit le recours : il doit démontrer qu'il n'a pas été traité de

¹ A propos de la diffusion du critère de l'orientation sexuelle aux autres ordres juridiques, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

² Voir notamment C.E.D.H. 28 octobre 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, *rec.* 1998-VIII ; C.E.D.H. 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, *rec.* 2000-VI ; C.E.D.H., 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie*, *rec.* 2002-IV.

³ L'article 2 est relatif au droit à la vie et l'article 3 à l'interdiction de la torture.

⁴ C.E.D.H., 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie*, *rec.* 2002-IV, voir en particulier §9 à 13 de l'opinion dissidente. La Cour fera évoluer sa position dans l'arrêt C.E.D.H. 26 février 2004, *Natchova et autres c. Bulgarie*, *rec.* 2005-VII, req. n°43577/98 ; 43579/98.

⁵ Les policiers sont rarement inquiétés pour leurs actes, qui apparaissent comme des assassinats racistes.

⁶ Toutefois dans l'arrêt C.E.D.H. 28 mai 2002, *McShane c. Royaume-Uni*, req. n°43290/98, §135, la Cour ouvre la possibilité de considérer comme discriminatoire une mesure qui porte préjudice à un groupe particulier, alors même que la mesure ne vise pas expressément et directement ce groupe. Néanmoins, la Cour ne trouve pas les statistiques avancées en l'espèce suffisante pour caractériser la discrimination.

manière égale ou qu'il a été traité de manière discriminatoire dans l'exercice d'un droit protégé par la Convention¹. Cette absence de souplesse est dommageable pour les victimes de discrimination. De nombreux cas se sont présentés à elle en matière de discrimination raciale, sans que les éléments apportés ne puissent à ses yeux justifier une condamnation de l'État défendeur. En somme, tant que le requérant n'apporte pas de preuve suffisante faisant apparaître un traitement inégalitaire, voire discriminatoire, la Haute partie contractante n'a pas à se justifier de la distinction opérée². Par un arrêt audacieux³, la première section de la Cour a opéré un revirement de jurisprudence, en conférant à l'article 14 de la Convention un caractère procédural. L'affaire concernait des Rom qui avaient été abattus en pleine rue (dont l'un était de dos) par des agents de police. La famille invoquait, outre l'utilisation excessive de la force, quatre indices visant à montrer le caractère raciste de l'intervention policière : l'utilisation illégale d'arme automatique dans un quartier que le policier savait habité par des Roms, la connaissance du policier de l'origine Rom des victimes, les injures racistes prononcées après les faits par le tireur⁴, la récurrence de ce genre d'événements en Bulgarie⁵, régulièrement dénoncée par de nombreux rapports internationaux. La chambre de la Cour européenne des droits de l'homme condamne la Bulgarie non parce qu'elle estime avéré le

¹ C.E.D.H. 18 février 1991, Fredin c. Suède (cas n°1), A192, req. n°12033/86 ; §61 : « *M. et Mme Fredin n'ont pas cherché à réfuter cette constatation, ni fourni d'autres preuves. Ils plaident pour l'essentiel que comme une seule entreprise en activité, la leur, a été fermée (...), il incombe au Gouvernement d'expliquer en quoi leur cas se distinguait de celui des affaires ayant pu continuer à fonctionner, ou de donner une raison plausible de leur traitement exceptionnel. La Cour ne peut marquer son accord. Elle doit certes présumer, le Gouvernement ne lui ayant pas communiqué de plus amples précisions sur le jeu de la loi de 1964 et, en particulier, de l'amendement de 1973 (paragraphe 35 ci-dessus), que l'unique gravière fermée en vertu de ce dernier est bien celle des requérants, mais il n'y a pas là un motif suffisant de tenir leur situation pour comparable au cas des entreprises laissées en activité.* »

² Toutefois dans deux arrêts précurseurs la Suède et l'Irlande ont été condamnées pour défaut de justification de la distinction opérée cf. C.E.D.H. 23 octobre 1990, Darby c. Suède, série A, n°187, req. n° 11581/85 (à propos du refus d'exonération de l'impôt ecclésiast opposés aux non-résidents) et C.E.D.H. 29 novembre 1991, Pine Valley Developments Ltd c. Irlande, A.222, req. n°12742/87 (dont les requérants n'ont pas vu leur certificat d'urbanisme validé rétroactivement par une loi [d'après l'interprétation faite des juridictions], contrairement aux autres titulaires de permis de la même catégorie).

³ C.E.D.H. 26 février 2004, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. n°43577/98 ; 43579/98 ; Cf. D. Rosenberg , « Enfin ... le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie », *R.T.D.H.* 2005, p.171 ; *J.C.P. G* 2004, I, 161, n°14-15, chron. F. Sudre ; Chron. G. Gonzalez, *R.D.P.* 2005, p.755.

⁴ La Cour distingue toujours les propos racistes qui ont pu être tenus et la motivation, éventuellement raciste, de l'acte de violence, par exemple §86 C.E.D.H. 16 mai 2006, Osman c/ Bulgarie, req. n° 43233/98.

⁵ Argument intéressant : la Cour se fonde sur une appréciation générale (la récurrence d'actes à caractère raciste à l'encontre des Rom en Bulgarie) pour étayer la présomption de racisme dans le cas particulier.

caractère raciste¹ des assassinats, mais en raison de l'inaction de l'Etat Bulgare, qui, face à des allégations de racisme, aurait dû diligenter une enquête afin d'étayer ou d'infirmer de telles accusations. La Cour pose alors une obligation procédurale spécifique² aux allégations de racisme³.

La chambre est allée plus loin encore en affirmant que lorsque l'État partie en cause est incapable de fournir des explications ou moyens de preuves convaincants attestant du caractère non discriminatoire des agissements des agents, il doit être condamné au titre de l'article 14. En opérant ainsi, la chambre aménage la charge de la preuve de la victime de discrimination. Le schéma ressemble alors fort au débat juridictionnel imposé par le droit de l'Union européenne, tel que transposé en France⁴ : la victime doit rapporter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, l'auteur supposée de celle-ci doit dans un second temps démontrer que sa décision a été prise sur le fondement d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Mais cette avancée a été tempérée par la suite par la Grande chambre⁵. La Grande chambre va confirmer que l'État partie doit mener une enquête effective lorsque de fortes présomptions de racisme pèsent sur l'action de ses agents, mais elle n'a pas admis qu'en cas de manquement à cette obligation la charge et le risque de la preuve lui soient transférés. Néanmoins, la Grande chambre manque un mot la possibilité d'un tel aménagement de la preuve n'est pas totalement écarté, car elle affirme dans le paragraphe 157 :

¹ Dans la droite ligne des arrêts C.E.D.H. 18 mai 2000, *Velikova c/ Bulgarie*, *rec.* 2000-VI, et C.E.D.H., 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie* (préc.) ; notons toutefois que les juges Casadevall, Hedigan, Mularoni, Fura-Sandström, Gyulumyan et Spielmann, dans leur opinion partiellement dissidente estiment qu'au vu des éléments apportés par la requérante, auxquels il convient d'ajouter les affaires précédentes contre la Bulgarie portant sur des faits similaires, la Cour aurait dû conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2.

² Voir notamment, H. Surrel dans « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2007) », sous la direction de F. Sudre, en collaboration avec G. Gonzalez, M. Levinet, H. Surrel, *R.D.P.* 2008, p.937.

³ Celle-ci s'ajoute à l'obligation procédurale résultant de l'article 2 de la Convention, cf. par exemple C.E.D.H. 27 septembre 1995, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, *rec.* Série A, n°324, req. n° 18984/91.

⁴ Article L.1144-1 à-3 du Code du travail, voir *supra*.

⁵ La Bulgarie a formé un appel contre sa condamnation, cf. C.E.D.H. 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, req. n°43577/98 ; 43579/98 ; D. Rosenberg, « Quand la grande chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination... l'épilogue de l'affaire Natchova », *R.T.D.H.* 2006, p. 655. Confirmé par l'arrêt C.E.D.H. 26 juillet 2007, *Angelova et Iliev c. Bulgarie*, req. n°55523/00 et C.E.D.H. 26 juillet 2007, *Cobzaru c. Roumanie*, req. n°48254/99.

« La Grande Chambre n'exclut pas la possibilité d'inviter, dans certains cas de discrimination alléguée, le gouvernement défendeur à réfuter un grief défendable de discrimination et, s'il ne le fait pas, de conclure à la violation de l'article 14 de la Convention. »

Il résulte de ce dernier arrêt que deux modes de preuves différents sont applicables à la discrimination raciale : le critère de la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* » et le renversement de la charge de la preuve, reste exceptionnel¹. La Grande Chambre consacrant malgré tout l'obligation d'enquête en cas de suspicion forte de discrimination, condamne la Bulgarie sous l'angle de l'article 2 combiné à l'article 14 pris dans sa dimension procédural². La Grande chambre, contrairement à la première section, refuse d'établir un lien entre l'absence d'une enquête sérieuse en de tels cas et la violation matérielle de l'article 14. Dans le cadre de la seconde branche de l'alternative, la Grande chambre justifie la restriction apportée à la décision rendue par la première section. Selon ses dires, il serait difficile pour l'Etat de démontrer l'absence d'intention discriminatoire de l'agent de police, car cela relève du for intérieur de ce dernier. Le juge Bratza, dans son opinion concordante, émet des réserves sur une telle justification : « *Ce passage semble indiquer qu'en raison des difficultés auxquelles un Gouvernement se trouverait confronté en matière de preuve, il n'y aurait guère de situations, voire aucune, où la charge de la preuve pourrait être renversée et un gouvernement défendeur invité à prouver qu'un homicide n'était pas motivé par des considérations raciales* ». En effet, de telles affaires appellent nécessairement d'apprécier les causes subjectives.

Suite à ce tâtonnement, la C.E.D.H. a consacré la discrimination indirecte pour constater une violation sur le fondement de l'article 14 dans une jurisprudence *D.H. contre République Tchèque*³. Il s'agissait en l'espèce du placement, quasi systématique, d'enfants

¹ Néanmoins la Cour applique un tel renversement de la charge de la preuve dans l'arrêt E.B. c. France, cf. *supra*, qui imposait à l'Etat partie de démontrer, par des statistiques, que le recours par l'administration au motif de référent paternel n'était pas discriminatoire à l'encontre de la communauté homosexuelle.

² Confirmé par l'arrêt C.E.D.H. 13 décembre 2005, Bekos et Koutropoulos c/ Grèce, req. n° 15250/02.

³ C.E.D.H., 13 novembre 2007, D.H. c. République tchèque n°57325/00. du 13/11/2007, Chron. F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G I* 11, p.25, voir également E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des

Rom dans des établissements scolaires spécialisés destinés à des enfants souffrant d'un handicap mental¹. Ils représentent parfois jusque 80 à 90 % des enfants de ces établissements, ce qui montre un phénomène de « ghettoïsation ». La Cour s'appuie sur les études statistiques afin d'apporter la preuve du caractère systématique de la différence de traitement opérée et de la stigmatisation. Elle constate alors les « effets préjudiciables disproportionnés » d'une telle politique à l'encontre des enfants Rom, si bien qu'il n'est pas nécessaire pour la Cour de se pencher sur chaque cas individuel qui lui est soumis². Le constat des effets préjudiciables établis, il appartient à la Haute partie contractante d'apporter une justification objective et raisonnable et la preuve d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre³. Cette jurisprudence pourrait marquer également un tournant, car la C.E.D.H. raisonne en référence à la communauté Roms dans son ensemble et non en fonction de chaque cas qui lui est soumis. Une telle démarche, systématiquement refusée antérieurement par la Cour de Strasbourg, pourrait l'amener à consacrer des droits à des « groupes » ou des « minorités »⁴.

169. L'article 14 de la Convention est soumis à une condition d'applicabilité particulière : il doit être combiné avec un autre article de la Convention. Si la Cour a réussi à faciliter l'application de cet article⁵, cette règle souligne la fonction de l'exigence d'égalité au sein du droit de la Convention : celle d'auxiliaire des autres droits et libertés fondamentaux protégés par la Convention.

droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2007, p. 397 et « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2008, p. 383.

¹ La Grande chambre précise que « lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi ». Ainsi, la Cour entend appliquer la discrimination indirecte non seulement au domaine de l'éducation, mais également en matière sociale.

² Point 209 de l'arrêt.

³ Point 208 de l'arrêt.

⁴ Voir E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2006, p. 851 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁵ Voir Introduction du chapitre.

PARAGRAPHE 2 : LA NON-DISCRIMINATION, AUXILIAIRE DES AUTRES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

170. La constitution du « noyau dur » s'inscrit dans la continuité du mécanisme propre de l'article 14 : l'égalité s'entend toujours d'un droit particulier, or la Convention exige que l'égalité ne s'applique qu'aux droits et libertés prévus par la Convention. Les règles de non-discrimination dégagées par la Cour sont devenues prépondérantes dans cette fonction (§1). Les valeurs qui se font jour au travers des critères établis comme *a priori* suspects, ont permis à la Cour d'étendre son contrôle à des domaines qui à première vue ne ressortaient pas de sa compétence. Il en est notamment ainsi des droits sociaux (§2).

I. LE RENFORT DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

171. La combinaison nécessaire de l'article 14 avec un autre article de la Convention, au-delà de la question de l'application autonome mais non indépendante¹ de cette première disposition, révèle une caractéristique de l'égalité qui dépasse la simple question de l'application de l'article 14.

L'égalité a un caractère de « méta-principe »², en ce sens que les droits fondamentaux de la Convention doivent être assurés de manière égale à toutes les personnes. L'égalité s'inscrit nécessairement dans l'application des autres droits.

172. La combinaison de l'égalité avec un autre droit n'est pas une opération neutre. La question égalitaire apposée au droit ou à la liberté en cause nécessite de saisir les problématiques juridiques particulières en jeu dans ce droit ou cette liberté. Ainsi, il apparaît que l'article avec lequel l'article 14 se combine puisse avoir une influence sur celui-ci en retour. Il en est ainsi dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*³, dans laquelle étaient contestées les mesures d'exception prises au cours du conflit en Irlande du Nord. Si les procédures

¹ Sur cette expression voir F. Sudre et pour des explications voir l'Introduction de ce chapitre.

² Voir Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

³ C.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n°25 ; R. Pelloux, « L'affaire irlandaise et l'affaire Tyler devant la Cour européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.* 1978, p. 379 ; n°11, §23, F. Sudre, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « que sais-je ? », Paris, 1997.

« extrajudiciaires » instaurées alors étaient justifiées par l'article 15¹, qui autorise les dérogations aux dispositions de la Convention en cas d'urgence², la mise en œuvre du dispositif est apparu pour le moins comme inégalitaire. En effet, les combattants « loyalistes » étaient le plus souvent soumis aux voies de justice de droit commun, alors que les combattants « républicains » étaient, quant à eux, systématiquement soumis aux voies extrajudiciaires. Si la Cour établit que le dispositif, à l'origine, visait bien le seul terrorisme « républicain », la différence de traitement entre les membres des deux organisations terroristes a été perpétuée pendant un certain temps, alors même que le terrorisme « loyaliste », dans le même temps, a augmenté fortement. Cette différence a été justifiée par la difficulté de ces temps de crise³. Autrement dit, les circonstances de l'affaire qui ont permis de justifier une dérogation à l'article 5 de la Convention – à savoir le conflit armé – se retrouvent également en creux dans la justification de la différence de traitement à l'encontre des organisations terroristes : dans un premier temps les pouvoirs publics visaient à combattre le terrorisme « républicain », ce

¹ L'article 15 dispose en son §1 : « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

² En l'espèce il s'agissait essentiellement de dérogation à l'article 5 de la Convention : « *1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales: a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. 2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. 3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article (art. 5-1-c), doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. 4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* ».

³ §229 : « ... [la Cour] comprend que les autorités aient hésité sur la conduite à tenir, procédé par tâtonnements et eu besoin d'un certain délai pour essayer de s'adapter aux exigences successives d'une crise dramatique. Sur la base des éléments dont elle dispose, et eu égard aux limites de son pouvoir de contrôle, elle ne saurait affirmer que pendant la période considérée le Royaume-Uni ait enfreint l'article 14, combiné avec l'article 5 (art. 14+5), en n'exerçant les pouvoirs d'exception que contre l'IRA ».

qui explique l'application des procédures « extrajudiciaires » à eux seuls¹ ; les pouvoirs publics sont ensuite excusés de ne pas avoir étendu ces procédures aux terroristes « loyalistes » au moment de la recrudescence des attentats de ces derniers en raison de la difficulté de définir une politique claire en des temps troublés². Il apparaît alors que les raisons qui ont mené à l'application de l'article 15 sont également le fondement pour conférer aux pouvoirs publics un large pouvoir de distinction³. Cet exemple permet d'illustrer que l'exigence d'égalité s'imprègne nécessairement de la problématique juridique du droit avec lequel elle est combinée. Le contrôle opéré au travers de l'article 14 est contingent de la nature du droit auquel il est associé (vie privée, liberté d'expression,...)⁴.

173. Par ailleurs, la C.E.D.H. n'hésite pas dans certains arrêts à mettre l'accent sur l'exigence d'égalité et à condamner sur ce fondement, même si une condamnation est déjà prononcée sur le fondement d'un autre article pris isolément. Il en va ainsi « *si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige* »⁵. Cette démarche a été mise en œuvre pour la première fois dans l'arrêt *Chassagnou*⁶. Le caractère de renforcement de l'égalité se traduit alors par une amplification de la condamnation. Mais plus encore, dans l'arrêt susvisé, la condamnation sur le fondement de l'article 14 permet de mettre en évidence l'incohérence de la justification apportée par le législateur à l'atteinte au droit de propriété des « petits » propriétaires⁷.

La découverte du « noyau dur » recèle un renforcement de l'article 14 et peut engendrer un rapport inversé entre l'égalité et le droit auquel il est associé : la Cour peut

¹ § 228. Aux premiers temps du conflit les attentats étaient principalement le fait de l'IRA.

² §229 à 231, en substance. Cette « excuse » ressort surtout dans le refus de la Cour de vouloir trop scinder les périodes historiques et semble vouloir s'inscrire plutôt dans la continuité des événements.

³ Pouvoir large, mais pas discrétionnaire, car la Cour contrôle tout de même les différences opérées, ce qui suppose qu'elle aurait pu conclure à la violation de l'article 14.

⁴ Ce phénomène est à lire en conjonction avec les conditions d'applications de l'article 14 qui est un droit devenu autonome mais pas indépendant, cf. section 1, paragraphe 1 de ce chapitre.

⁵ Dudgeon et Airey, précités.

⁶ C.E.D.H. 29 avril 1999, Grande Chambre, *Chassagnou et autres c. France*, *rec.* 1999-III ; F. Sudre, « chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 2000 I203, p.194. Il s'agissait de la loi Verdeille et de l'organisation de la chasse qui dans les droits réservés aux propriétaires terriens distingue entre grands et petits propriétaires. Les premiers peuvent refuser d'ouvrir leur terrain à la chasse, ce qui n'est pas le cas des seconds.

⁷ Qui, contrairement au grand propriétaire, étaient dans l'obligation d'adhérer aux ACCA, organisme qui gèrent le territoire et la chasse.

parfois écarter l'examen du droit auquel est combiné l'article 14¹ afin uniquement de se fonder sur ce dernier². Ainsi, dans l'arrêt *Hoffman*³, la C.E.D.H. adopte une démarche originale : elle estime que l'article 8 est applicable, mais au lieu de passer logiquement à l'analyse sous l'angle de l'article 8 pris isolément⁴, elle passe directement à l'analyse de la non-discrimination. Il semblerait que la combinaison avec l'article 8 de la Convention ou avec l'article 14 du premier protocole confère à l'article 14 une autonomie renforcée⁵.

174. Cette dernière démarche n'a été mise en œuvre que pour les critères appartenant au « noyau dur ». Elle permet dès qu'un motif suspect a été mobilisé dans la prise de décision de centrer la décision sur la justification de la décision, sans avoir à discuter de la conformité de celle-ci à l'aune du droit fondamental en cause. Ainsi, le respect de la vie privée assuré par l'article 8 peut recéler de nombreuses questions sur la substance d'un tel droit et une interprétation trop large pourrait virtuellement interroger un nombre de dispositifs trop important. Dans ces conditions il est plus confortable et opportun pour la Cour de se focaliser sur la justification de l'auteur de la décision. Elle évite ainsi le débat sur les dérogations possibles au droit conventionnel en cause. La Cour, par cette démarche, donne une assise apparemment plus objective, car il est difficile de contester le caractère arbitraire d'une décision fondée sur un critère appartenant au « noyau dur ». Le recours à l'article 14 permet d'assurer le respect du droit fondamental en cause sans avoir à dévoyer son essence ; celui-ci justifie seulement l'applicabilité de la Convention à l'espèce. Ainsi, en est-il dans l'arrêt *Burghartz*⁶ la requérante conteste que l'état civil suisse lui impose de porter le nom de son mari, alors que mariée en Allemagne, elle avait eu la possibilité de garder son nom de jeune fille. Un tel régime n'est appliqué qu'aux femmes et apparaît comme une discrimination en

¹ En veillant toutefois à ce que la Convention soit bien applicable en l'espèce, c'est-à-dire que la question juridique entre bien dans le périmètre du droit ou de la liberté avec lequel l'article 14 est combiné.

² Voir les arrêts cités par F. Sudre, dans « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* II03 2005, p.82 : C.E.D.H. 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c. Turquie, *rec.* 2004-X (extraits), req. n°29865/96 ; C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII ; C.E.D.H. 27 juillet 2004, Sidabras et Dziautas c. Lituanie, *rec.* 2004-VIII, req. n° 55480/00;59330/00. C.E.D.H. 22 février 1994, Burghartz c. Suisse, série A280-B, req. n° 16213/90.

³ C.E.D.H. 23 juin 1993, Hoffman c. Autriche, A255-C, req. n° 12875/87 : les juridictions internes avaient attribué l'autorité parentale au père des enfants d'un couple en instance de divorce en raison de la conversion de la mère aux témoins de Jéhovah.

⁴ La Cour s'y refusant, ayant conclu à la violation combinée des articles 8 et 14.

⁵ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 8^{ème} édition, 2006.

⁶ C.E.D.H. 22 février 1994, Burghartz c. Suisse, série A280-B, req. n° 16213/90.

raison du sexe. Le droit du nom n'est pas un droit protégé directement par l'article 8¹, la Cour a alors préféré se référer à la discrimination faite à l'encontre des femmes. L'article 14 permet ainsi de protéger des droits et libertés, qui sans être directement et expressément visés par la Convention, se trouvent à la « périphérie »² de droits et libertés qu'elle consacre.

175. Enfin, l'article 14 ouvre une perspective propre : le droit des groupes. En effet, l'essentiel des droits et libertés protégés par la Convention demeure le socle de droits individuels. Dans cette perspective, la Cour semble réticente à reconnaître le droit des groupes³. Cette position peut paraître paradoxale, dans la mesure où le raisonnement suivi pour l'égalité suppose une comparaison, qui se fait parfois en termes de catégories⁴ juridiques. Bien que la Cour vise avant tout la protection des droits des personnes et non ceux des groupes et refuse *l'actio popularis*⁵, elle n'est pas complètement hermétique à la logique de minorité. Elle refuse notamment qu'une mesure soit justifiée par l'hostilité de la majorité de la population à l'encontre d'une minorité⁶ comme par exemple à l'encontre des homosexuels⁷. L'article 14 peut devenir à l'avenir le berceau du droit des groupes ou des minorités, même si la Cour demeure réservée à cet égard.

La Cour a accentué la portée de l'article 14⁸, avec l'extension à des droits qui ne sont pas dans le corpus de la Convention, tels que des droits sociaux¹. Certains auteurs en doctrine ont exprimé quelques réserves à propos de cette dernière phase d'autonomisation².

¹ D'autant plus difficile qu'une réserve de la Suisse lors de la ratification du protocole numéro 7 existait en la matière. Toutefois, il est aisé pour la Cour de trouver un lien entre le patronyme et la vie privée et familiale, ce qui lui permet d'affirmer que la question juridique posée entre bien sous « l'empire » de l'article 8 de la Convention.

² En ce sens qu'ils sont fortement liés ou découlent nécessairement de droits et libertés conventionnels ; les développements de la Cour sur le lien unissant le droit invoqué et l'un des droits ou libertés de la Convention apparaît nettement lorsqu'il s'agit de démontrer que le premier tombe « sous l'empire » ou se situe « dans le domaine » du second ; voir introduction de ce chapitre sur les règles d'application de l'article 14.

³ Sur cette question voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁴ Par exemple la Cour admet une procédure disciplinaire spécifique aux militaires, distinctes de la procédure pénale de droit commun applicable aux civils, en raison des différences entre les conditions de la vie militaire et celles de la vie civile, cf. C.E.D.H., 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, série A 22, req. n°5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72, §92.

⁵ Toutefois, à titre d'exemple l'arrêt C.E.D.H. 14 juillet 2003, Karner c. Autriche, (préc.) consacre une place croissante à la tierce intervention avec notamment l'intervention de trois organisations non-gouvernementales.

⁶ Sur la notion de minorité, Voir Partie 2, Titre 2, chapitre 2, Section 2.

⁷ C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, *rec.* 2003-I, req. n° 39392/98 ; 39829/98.

⁸ F. Sudre, « La portée du droit à la non-discrimination », *R.F.D.A.* 1997, p.974.

II. EXTENSION AUX DROITS SOCIAUX

176. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales vise des droits civils et n'a, à première vue, pas lieu d'être appliquée aux relations professionnelles. Les droits sociaux sont en principe du ressort de la Charte européenne des droits sociaux³. Elle a d'autant moins vocation à s'appliquer aux relations professionnelles que l'effet horizontal de la Convention fait débat⁴. Son application aux litiges entre particuliers, et plus particulièrement entre employeurs et salariés ne sont a priori pas de son ressort.

Néanmoins, par des interprétations audacieuses de l'article 8 de la Convention⁵, qui protège la vie privée⁶ et de l'article 1^{er} du protocole n°1, protégeant le droit de propriété et les droits patrimoniaux⁷, la C.E.D.H. a permis l'applicabilité de la Convention au domaine de la protection sociale⁸. En effet, elle a affirmé dans l'arrêt *Airey*⁹ qu'il n'existe « *nulle cloison étanche* » entre la « *sphère des droits économiques et sociaux* » et le domaine de la Convention et précise que si la Convention « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social* ». Cette jurisprudence s'inscrit sûrement dans l'idée que la Convention doit se lire à la « *lumière des conditions d'aujourd'hui* »¹⁰.

¹ C.E.D.H. 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, *rec.* 1996-V, req. n° 17371/90.

² Voir F. Sudre « La portée du droit à la non-discrimination » (*préc.*). p.973-974 et J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 2002, p.116.

³ Adoptée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996.

⁴ Voir Introduction de ce chapitre.

⁵ C.E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. 20458/92, *rec.* 1998-I ; F. Sudre, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 1999 I 105, p. 137.

⁶ La combinaison de l'article 8 et de l'article 14 va bien au-delà de la vie privée et peut concerner un refus d'agrément d'adoption, voir en particulier le commentaire de A. Gouttenoire-Cornut, « La réponse de la C.E.D.H. à la question de l'adoption par un parent homosexuel », *J.C.P. G* 2002 II 10 074, p.885.

⁷ F. Sudre, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.* 2000, p. 28.

⁸ F. Sudre, « Exercice de « jurisprudence fiction » : La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, actes du colloque des 15 et 16 juin 2001, sous la dir. F. Benoît-Rohmer et de C. Grewe, Presse universitaire de Strasbourg, 2003, p.145 ; article repris dans la *R.T.D.H.* 2003, p. 755.

⁹ C.E.D.H. 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A n°32 ; « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1982, p. 187, obs. P.Rolland ; V. aussi F.Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF 2003, p. 17.

¹⁰ C.E.D.H. 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A n° 26, § 31 ; *A.F.D.I.* 1978, p. 400, obs. R. Pelloux ; *C.D.E.* 1979, p. 471, obs. G. Cohen-Jonathan ; *J.D.I.* 1980, p. 457, obs. P. Rolland ; C.E.D.H. 13 juin 1979,

177. L'arrêt *Gaygusuz*¹ est celui qui marque le point de départ de la marche vers les droits sociaux². La Cour dans cet arrêt se fonde sur le droit de propriété³. Selon cette décision, il serait possible de rattacher le droit à une prestation sociale, droit qui relève en principe de la Charte sociale européenne⁴. La Cour rattache également au droit de propriété l'obligation de verser des cotisations sociales⁵ et au droit au respect de la vie familiale le droit à une allocation de congé parental⁶. Remarquons dès à présent que la chambre sociale de la Cour de cassation⁷ et le Conseil d'État⁸ se sont alignés sur cette interprétation⁹. Les arrêts *Wessels-Bergervoet et Willis*¹⁰, relatifs tous deux à l'octroi d'une pension de vieillesse et d'une allocation de veuve, ont prolongé le mouvement d'extension de l'application de l'article 14 aux droits sociaux.

Marckx c. Belgique, série A n° 31, § 58 ; *C.D.E.* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *A.F.D.I.* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *J.D.I.* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.B.D.I.* 1980, p. 53 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.T.* 1979, p. 513 ; *G.A.C.E.D.H.*, n° 48, comm. A Gouttenoire.

¹ C.E.D.H. 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, *rec.*1996-V ; « Chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (année 1996) », *J.D.I.* 1997, p. 238, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; J. Favard « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr.soc.* 1999, p. 215 ; Note, *D.* 1998, jurisprudence, p. 439, J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; F. Sudre, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis de l'assemblée du conseil d'État du 15 avril 1996, Mme Doukouré, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *R.F.D.A.* 1997, p. 966 ; F. Sudre « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 1997 I 4000.

² Avant même d'étendre l'article 14 aux droits sociaux, la Cour avait déjà franchi le pas en appliquant l'article 6§1 de la Convention au contentieux de la Sécurité sociale, nonobstant le fait que celui-ci pourrait receler des aspects de droit public, voir notamment les arrêts C.E.D.H. 29 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, série A99, req. n° 8562/79 et C.E.D.H. 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, série A100, req. n° 9384/81.

³ Article 1 du protocole numéro 1.

⁴ Pour un plaidoyer de la synergie de la Convention et de la Charte, voir A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁵ C.E.D.H. 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, req. 20060/92, *rec.* 1997-I ; F. Sudre « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 1998, I. 107, p.184.

⁶ C.E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. 20458/92, *rec.* 1998-I.

⁷ Soc. 14 janvier 1999, *Bozkurt*, (préc.).

⁸ C.E. Ass. 5 mars 1999, *Roquette*, (préc.) ; C.E. 30 novembre 2001 *Diop*, (préc.) ; C.E. 12 décembre 2003 *Ammouche*, (préc.).

⁹ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰ C.E.D.H. 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, req. n°34462/97, *rec.* 2002-IV ; C.E.D.H. 06 novembre 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. 36042/97, *rec.* 2002-IV ; F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456 et C.E.D.H. 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, *rec.* 1997-I, req. 20060/92 ; F. Sudre « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 1998, I. 107, p.184.

Suite à l'arrêt *Gaygusuz*, des hésitations portaient sur la question de savoir si cette jurisprudence pouvait être applicable à des prestations non contributives¹. Un premier pas avait été franchi dans l'arrêt *Koua Poirrez*² en faveur de l'extension³, appliquant la Convention à l'allocation adulte handicapé, dépourvue de tout caractère contributif⁴. Ensuite, l'arrêt *Stec*⁵ est venu clarifier la matière : l'espèce concernait une prestation sociale non contributive, alimentée par l'impôt, accordée en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Le problème juridique portait sur les conditions d'extinction automatique, notamment suite au remplacement par une allocation de retraite, elle-même soumise à des limites d'âges différentes pour les hommes et les femmes. Les requérants, de nationalité anglaise, invoquent l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, alors que le gouvernement anglais soutient que des prestations non contributives ne peuvent être qualifiées de « biens » au sens de l'article premier du protocole numéro un. La Cour affirme⁶ :

« Dès lors toutefois qu'un État décide de créer un régime de prestations ou de pensions, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention ».

Tout d'abord, il est à souligner que la Cour ne distingue pas entre les régimes et les pensions. Elle précise en outre, que l'application de cet article n'implique pas « *de mettre en place un quelconque régime de sécurité sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations devant être accordées au titre de pareil régime* »⁷. La démarche de la Cour n'est pas d'imposer un droit à prestation, mais d'encadrer ce droit ; de vérifier, lorsqu'il existe, qu'il respecte l'article 14. La Cour a ainsi opéré un découplage entre ce dernier article et les

¹ L'arrêt C.E.D.H. 20 juin 2002, *Azinas c. Chypre*, req. 56679/00, §33, semble réduire l'arrêt *Gaygusuz* (préc.) aux seules prestations contributives. Mais cet arrêt sera supplanté par un arrêt en Grande Chambre qui tranchera l'affaire sur une base différente.

² C.E.D.H. 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, *rec.* 2003-X.

³ § 37 de l'arrêt : « *A cet égard, la Cour considère que le fait que, dans cette affaire, le requérant avait bien payé des contributions et que ce paiement lui ouvrait le droit à l'attribution de l'allocation d'urgence ... n'implique pas, a contrario, qu'une prestation sociale non contributive, telle que l'AAH, ne fonderait pas elle aussi un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1* ».

⁴ *Sommaires commentés*, C.E.D.H. 30 septembre 2003, F. Guiomard, *D.* 2004 p. 375.

⁵ C.E.D.H. 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 ; 65900/01 ; pour un commentaire de la décision sur la recevabilité : A. Simon, « les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - à propos de l'arrêt *Stec et autres c/ le Royaume-Uni* », *R.T.D.H.* 2006, p. 647.

⁶ § 53 de l'arrêt.

⁷ §53 de l'arrêt.

droits qu'elle garantit¹. Ce faisant, la Cour semble anticiper l'entrée en vigueur du protocole n°12², qui garantit la non-discrimination dans la jouissance d'un droit individuel reconnu en droit interne.

178. Il est frappant à la lecture de ces arrêts que les incursions de la Cour dans le droit de la Sécurité sociale aient été accomplies essentiellement sur le fondement de l'article 14 et plus particulièrement à propos de critères appartenant au « noyau dur ». Il semblerait que le caractère *a priori* arbitraire du recours à de tels critères ait poussé la Cour à sanctionner les distinctions qui se sont fait jour et étendre ainsi la protection des droits fondamentaux, dont l'égalité fait partie. Mais une telle évolution n'aurait certainement pas été possible si ces critères n'avaient pas au préalable été définis comme intrinsèquement suspects. Cette jurisprudence repose également sur l'idée que les droits fondamentaux de l'individu ne se réduisent pas aux seuls droits civils et politiques et que les divisions entre les droits de « première, deuxième et troisième générations », au-delà de leur vertu pédagogique et classificatoire, ne justifie pas « l'étanchéité » entre ces différents droits³.

En outre, les critères du « noyau dur » sont le terrain privilégié de l'application « horizontale » de la Convention. Ainsi dans l'arrêt *Pla et Puncerneau*⁴, la Cour qualifie

¹ P. Lambert, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.* 1998, p.497 ; F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Les nouveaux droits de l'Homme en Europe*, XI^{ème} Congrès des 29, 30 et 31 mai 1997 organisé par l'Union des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.103.

² Le protocole n°12, ratifié le 4 novembre 2000, prévoit en son article 1^{er} une interdiction générale de la discrimination : « 1. *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* 2. *Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.* ». Ce protocole n'a été ni signé ni ratifié par la France, et n'a pas encore atteint le nombre de ratifications nécessaires pour entrer en vigueur. Mais les juges semblent assumer l'anticipation sur l'entrée en vigueur de ce protocole. Notamment dans l'arrêt Fretté le juge Tulkens, dans son opinion annexée à la décision, estime que la Cour a « totalement » anticipé son entrée en vigueur, le juge Costa estimant lui que l'anticipation n'est que partielle.

³ Voir par exemple R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *R.D.P.* 1981, p. 53.

⁴ C.E.D.H. 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, req. n° 69498/01, *rec.* 2004-VIII ; F. Sudre, « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* I103 2005, p.82 ; J. Rochfeld, « C.E.D.H. et interprétation des contrats en droit privé », *R.D.C.* 2005, n°3, p.645 ; *R.T.D. civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *A.J.D.A.* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *J.C.P.* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *J.C.P.* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *R.D.C.* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note P. Malaurie.

l'exclusion d'un enfant adultérin de la vocation successorale de discriminatoire. L'arrêt frappe par le fait qu'il transpose à une relation interindividuelle la jurisprudence qu'elle a forgé s'agissant des actions publiques. Ainsi, la Cour recherche, s'agissant de l'interprétation d'un droit, si celui-ci ne contient pas une discrimination fondée sur un critère du noyau dur, en l'occurrence l'origine¹.

Certains auteurs proposent, de manière plus franche, une extension de l'applicabilité de la Convention aux relations salariales², en considérant que le pouvoir exercé par l'employeur sur ses salariés constituerait une présomption d'obligation positive de l'État. Une telle proposition peut trouver renfort dans le raisonnement suivi par le commissaire du gouvernement dans l'affaire Corona³. Selon lui, l'employeur exerce une sorte de pouvoir délégué par le législateur⁴. En raison de cette délégation, il incomberait à l'Etat de veiller au respect de la Convention au sein des relations professionnelles.

¹ J.-M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme » in *Les orientations sociales du droit contemporain*, écrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, Paris, 1992, p. 427. On peut ajouter que longtemps le droit industriel a été classé dans le droit public cf. Mathieu Touzeil-Divina, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart, 1799-1860*, L.G.D.J., 2007. (+ intervention Clud)

² Voir A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, Bruxelles, 2006. Aussi, M. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruxelles, 1995

³ C.E. 1 février 1980, Peintures Corona (préc.).

⁴ D. Baquet *Dr.soc.* 1980 p. 314.

CONCLUSION DU CHAPITRE

179. L'article 14 pouvait apparaître, à première vue, d'une portée limitée, de par son mécanisme d'application et l'absence de vocation de la Convention à s'appliquer au droit social. La jurisprudence de ces vingt dernières années dément cette première impression. La Cour a tout d'abord su construire un principe d'égalité dans son arrêt fondateur de l'affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* ». La C.E.D.H. a su se saisir de contentieux dans lesquelles l'inégalité était patente¹ pour asseoir une méthodologie claire². Elle a, par la suite, conféré à ce principe son pendant « bilatéral », qui reste quant à lui à préciser. Enfin, la Cour, dans le prolongement de sa jurisprudence, a embrassé les évolutions, internationales et internes, des règles discriminatoires³ pour s'orienter elle-même vers une politique de lutte contre les discriminations⁴. Elle a ainsi institué certains critères de distinction comme suspects en eux-mêmes. C'est ce qui forme le « noyau dur », berceau de l'autonomisation de l'exigence d'égalité dans le système conventionnel. Cette autonomie ne s'entend pas seulement de l'exigence d'égalité vis-à-vis du droit ou de la liberté auquel l'article 14 est associé, mais également du rayonnement qu'il confère à la Convention. De ce fait, la Cour a pu exercer son contrôle sur des distinctions qui relèvent de domaines qui *a priori* n'étaient pas de son ressort. Contrôle, qui tout en aménageant certaines marges d'appréciation, demeure strict. La constitution de ce « noyau dur », qui présume le caractère arbitraire du recours à certains critères déterminés (comme le sexe, la race, ...), a justifié l'émancipation de ce qui pouvait apparaître comme la lettre du texte et permit une interprétation dynamique de l'article 14.

¹ Comme par exemple dans l'arrêt Chassagnou (préc.), entre « petits » et « grands » propriétaires.

² Sous réserve toutefois de la jurisprudence Thlimmenos (préc.) qui demande à être précisée.

³ Voir par exemple dans l'arrêt Abdulaziz (préc.), à propos de la discrimination sexuelle : « ... on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe. », §78.

⁴ Voir partie 2, titre 2, chapitre 1.

CHAPITRE 2 : LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRES RELATIVES AX DISPOSITIONS ANTIDISCRIMINATOIRES

180. Héritière des Communautés européennes instituées par les Traités de Rome¹, l'Union européenne est née avec le Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992. Après l'échec de l'adoption du Traité instituant une Constitution pour l'Europe, rejetée par référendum en France et aux Pays-Bas, les vingt-sept ont adopté le Traité dit « de Lisbonne », « *modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne* »². Il constitue une modification des Traités existants et réforme les institutions européennes, leurs compétences ainsi que le processus de décision³. Ce Traité est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. L'Union européenne demeure une institution internationale originale, comme a pu le souligner la Cour de Justice de l'Union Européenne⁴ dès son arrêt *Costa contre Enel*⁵ :

« En instituant une Communauté⁶ de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».

¹ Le Traité CEE, signé à Rome le 25 mars 1957, réunit la France, l'Allemagne, l'Italie et les pays du Benelux dans une Communauté qui a pour but l'intégration par les échanges en vue de l'expansion économique ; le même jour est signé le traité EURATOM de la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique dont l'objectif est de coordonner les programmes de recherche sur l'énergie nucléaire ; précédemment le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) avait été signé, par les mêmes États, à Paris le 18 avril 1951. Il instaure un marché commun du charbon et de l'acier, supprime les droits de douane et les restrictions quantitatives entravant la libre circulation de ces marchandises ; il supprime également toutes les mesures discriminatoires, aides ou subventions, qui seraient accordées par les États signataires à leurs productions nationales.

² Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.de l'Union Européenne* du 17 décembre 2007, 2007/C 306/01.

³ Voir en particulier article 19 du Traité F.U.E.

⁴ Ci-après la Cour ou la C.J.U.E. Par commodité nous viserons exclusivement cette Cour par l'abréviation C.J.U.E. dans le corps du texte. En revanche nous continuerons à faire référence à la C.J.C.E. (Cour de Justice des Communautés Européennes) dans les références jurisprudentielles.

⁵ C.J.C.E. 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, Aff. 6/64, Rec. 1141.

⁶ À l'époque il s'agissait de la Communauté Economique Européenne.

De cette considération, la Cour en déduit le principe de primauté¹ du droit communautaire² sur le droit national.

181. Le droit communautaire n'a eu de cesse de se développer en droit social depuis sa création. Si, à l'origine, les références au domaine social restaient modestes³, les droits du travail et de la protection sociale au niveau communautaire ont connu de forts développements⁴ pour constituer aujourd'hui un corpus de règles⁵ qui autorise à parler de droit social communautaire⁶. Si l'action communautaire en ce domaine reste dominée par le principe de subsidiarité⁷, les institutions communautaires, au-delà des règles d'hygiène et de sécurité, ont pu imposer l'harmonisation de certaines règles en la matière.

L'un des principaux axes de construction du droit social communautaire a été la lutte contre la discrimination. Celle-ci ressort du principe « d'égalité de traitement », principe fondamental du droit communautaire⁸. Initialement, ces règles étaient cantonnées à deux thèmes prédominants que sont la lutte contre la discrimination à l'encontre des migrants communautaires, enrichie aujourd'hui par la citoyenneté européenne, et l'égalité des sexes dans le domaine de l'emploi. Le rôle de la C.J.U.E. dans ces deux derniers domaines a été déterminant. Ses interprétations ont permis un enrichissement et un développement certain du

¹ Confirmé par l'arrêt C.J.C.E. 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, Aff. 106/77, Rec. 629 ; CDE, 1978, pp. 265-286, note A. Barav.

² Voir D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3ème éd., 2001.

³ La liberté de circulation des personnes reconnue par le Traité de Rome, restera longtemps essentiellement focalisée sur les travailleurs migrants.

⁴ Non sans à-coups ; le *summum* a été la discorde avec le gouvernement britannique lors de la ratification du Traité de Maastricht. Voir notamment, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », G. Lyon-Caen, *D.* 1993, p.149 et « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr.soc.* 1994, p.80.

⁵ Qui jouissent depuis le traité d'Amsterdam d'une référence solide dans l'article 136 du traité CE, qui affirme la protection des droits sociaux fondamentaux. Voir « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », S. Robin Olivier, *Dr.soc.* 1999, p.609.

⁶ Voir notamment les manuels *Droit social de l'Union européenne* de P. Rodière, L.G.D.J., 2008 ; *Droit européen du travail* de B. Teyssié, LITEC, 2006 ; *Droit social international et européen* de G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen, 8^e éd., Dalloz, Paris, 1993. Ajoutons que la Commission connaît une direction générale consacrée à la politique sociale.

⁷ Le principe de subsidiarité signifie que les institutions de l'Union européenne ne peuvent prendre des actions que « si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité » (cf. article 5 du traité CE). Ce principe privilégie l'action des États membres sur celle de l'Union. Voir « Subsidiarité et droit social européen », G. Lyon-Caen, *Dr.soc.* 1997, p.382.

⁸ Voir *infra*, section 1, §2, I.

droit social communautaire. Le Traité d'Amsterdam constitue à cet égard un tournant¹. Il a permis au législateur communautaire de renforcer l'édifice antidiscriminatoire. En effet, si l'article 13 du Traité pouvait apparaître modeste, le législateur communautaire a su se saisir de cet instrument pour donner un nouveau souffle à la lutte contre la discrimination, en adoptant deux directives en 2000. Celles-ci visent à définir un cadre général et à étendre la lutte contre les discriminations aux motifs raciaux, religieux, au handicap, à l'orientation sexuelle et à l'âge.

Le droit social de l'Union européenne est désormais construit autour de deux dispositifs antidiscriminatoires, chacun ayant une logique propre. Le premier concerne la libre circulation des personnes, fondée sur l'interdiction des discriminations nationales entre les nationaux et les ressortissants communautaires. La jurisprudence de la C.J.U.E. a favorisé à travers ce dispositif l'émergence d'un véritable statut du citoyen européen, dont les droits sociaux constituent un des principaux aspects (section 1). Le second dispositif antidiscriminatoire est directement applicable à l'ensemble des travailleurs², sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient exercé leur liberté de circulation. Dans ce cadre, la C.J.U.E. a construit une jurisprudence riche autour de « *l'égalité de traitement des hommes et des femmes* », jurisprudence que le législateur communautaire a souhaitée conforter en étendant la lutte contre la discrimination à d'autres critères. La C.J.U.E. se doit désormais de conjuguer une jurisprudence parvenue à maturité en matière de discrimination sexuelle et un contentieux nouveau relatif aux nouveaux critères prohibés, qui suscitent chacun des problématiques nouvelles, souvent différentes de celles de « *l'égalité de traitement des hommes et des femmes* » (section 2).

¹ Cf. E. Dubout, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006.

² Et au-delà, cf. La directive européenne RACE 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de « race » ou d'origine ethnique, adoptée par le Conseil de l'Union Européenne du 29 juin 2000. *Journal officiel* n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022 – 0026 ; La directive européenne Emploi ou « Directive 2000/78/ CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes en matière d'emploi et de travail.

SECTION 1 : DE LA LIBERTÉ DE CIRCULATION À LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

182. La prohibition des discriminations fondées sur la nationalité domine l'ensemble de la construction juridique communautaire. En effet, pour mettre en place le marché unique, il est nécessaire d'éliminer toutes les entraves que les États membres peuvent ériger pour protéger notamment les produits et les emplois nationaux. Ainsi, l'élimination de ces barrières s'est pour l'essentiel focalisée sur les discriminations à l'encontre des citoyens d'autres États membres. L'exigence d'égalité entre les opérateurs économiques a été l'un des instruments privilégiés de la lutte contre les entraves et de la promotion de la liberté de circulation.

La liberté de circulation des personnes n'est pas restée cantonnée à un aspect purement économique. Cette liberté constitue l'un des principes fondamentaux de l'Union européenne¹, qui permet à chaque ressortissant communautaire de circuler d'un État membre à un autre pour y séjourner, étudier ou travailler. L'intégration européenne n'est plus simplement économique et se concrétise aujourd'hui jusque dans la sphère politique : l'Union européenne est devenue une union de citoyens². Cette transformation a été permise par la non-discrimination fondée sur la nationalité, qui vise l'égalisation des droits entre les nationaux et les ressortissants communautaires.

Ainsi, la jurisprudence de la C.J.U.E. a eu un rôle moteur dans la mue, encore inachevée, d'une liberté économique (§1) en une liberté du citoyen (§2).

¹ Nous nous intéresserons qu'incidemment aux autres libertés de circulation affirmées par le droit communautaire. La liberté de circulation des personnes est certainement celle qui touche le plus directement le droit des salariés. Nous ne méconnaissons toutefois pas que les autres libertés de circulation ont également des répercussions, éventuellement négatives, sur les droits des travailleurs, comme l'illustrent les arrêts *Laval*, (C.J.C.E. 18 décembre 2007, Affaire C-341/05 *Rec.* 2007 page I-11767), *Viking* (C.J.C.E. 11 décembre 2007, Affaire C-438/05 *Rec.* 2007 page I-10779) et *Rüffert* (C.J.C.E. 3 avril 2008, Affaire C-346/06, *Rec.* 2008 page I-01989).

² La notion de citoyenneté européenne apparaît pour la première fois dans le Traité de Maastricht du 7 février 1992.

PARAGRAPHE 1 : UNE EXIGENCE D'ÉGALITÉ AU SERVICE DE LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

183. La liberté de circulation du travailleur signifie que celui-ci peut accéder aux activités professionnelles dans tout État membre, sans obstacle. La jurisprudence de la Cour et la construction communautaire sont sous-tendues par la finalité d'assurer la plus grande portée à la liberté de circulation des personnes. Outre les mesures d'harmonisation¹, la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité participe à la levée des obstacles à la libre circulation (I). Pour les besoins de cette lutte, la Cour dans son interprétation des textes communautaires a forgé un concept novateur : la discrimination indirecte (II).

I. L'INTERDICTION DE DISCRIMINER LES TRAVAILLEURS MIGRANTS

184. L'interdiction de distinction sur le fondement de la nationalité entre ressortissants migrants communautaires et nationaux d'un État membre n'est pas un principe absolu. Des distinctions demeurent : elles sont soit établies au niveau communautaire, soit soumises au contrôle de la Cour, lorsqu'elles ressortent du pouvoir des autorités nationales. Le champ d'application matériel des dérogations à la non-discrimination est donc restreint (A). Cependant, ces différences tendent à disparaître afin de réaliser au mieux l'objectif de libre circulation des personnes, auquel concourt l'interdiction de discrimination sur la nationalité (B). En somme, si un noyau de plus en plus restreint de normes demeure applicable aux citoyens communautaires non nationaux, les différences entre ces derniers et les nationaux tendent à être éliminées.

¹ Auxquelles participe par exemple la coordination des régimes de sécurité sociale, afin que les travailleurs et leurs ayants droit puissent toujours bénéficier de prestations sociales où qu'ils travaillent ; voir le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (*J.O.L* 166 du 30 avril 2004).

**A. LE DOMAINE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE
NATIONAUX ET RESSORTISSANTS COMMUNAUTAIRES :
LE CHAMP RESTREINT DES DIFFÉRENCES
PERSISTANTES**

185. La réalisation de la liberté de circulation n'a jamais été pensée comme instantanée. Les rédacteurs du Traité C.E.E. avaient prévu une période transitoire¹. Le droit communautaire dérivé est un instrument de rapprochement des législations. En matière sociale, des directives récentes, visent à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles et notamment des diplômes² afin de faciliter l'accès des travailleurs migrants aux professions réglementées³.

Cette approche constructive, qui s'étale dans le temps, a des répercussions sur la règle de non-discrimination nationale. Il n'était pas possible d'imposer immédiatement de ne plus prendre en compte la nationalité des travailleurs migrants. Ainsi, le caractère auxiliaire de la non-discrimination, à l'égard de la liberté de circulation, implique que certains traitements puissent toujours être opposés aux ressortissants communautaires migrants et non aux nationaux. Toutefois, La C.J.U.E. n'admet de telles distinctions qu'à condition qu'elles soient autorisées par le Traité lui-même ou qu'elles participent des exceptions de réserves de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique. L'éviction de la non-discrimination entre nationaux et ressortissants communautaires se concentre essentiellement en matière de

¹ L'ex-article 48 du traité CEE disposait : « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. 2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. 3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : A) de répondre à des emplois effectivement offerts, B) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres, C) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux, D) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi. 4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

² Voir en dernier lieu la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (*Journal officiel* n° L 255 du 30 septembre 2005 p.22 – 142).

³ Par exemple pour les avocats cf. directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise (*Journal officiel* n° L 077 du 14 mars 1998 p. 36 – 43) ; pour les médecins cf. directive 93/16/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (*Journal officiel* n° L 165 du 07 juillet 1993 p.1 – 24).

séjour. Cependant, en raison de la volonté de la C.J.U.E. étant d'assurer la plus grande vigueur à la liberté de circulation, celle-ci entend restrictivement ces exceptions. La libre circulation étant un principe fondateur de l'Union européenne, le champ d'application de la non-discrimination fondée sur la nationalité¹ doit être des plus étendu. En conséquence, les domaines où cette non-discrimination est écartée doivent être limités. Ceux-ci concernent essentiellement le droit au séjour, l'accès aux aides sociales et les emplois de l'administration publique. Enfin, une question particulière se pose à propos des discriminations dites « à rebours ».

186. D'une part, en matière de séjours, seules des raisons d'ordre public², de sécurité publique et de santé publique peuvent autoriser l'État membre d'accueil à refuser l'entrée des ressortissants d'autres États membres. Si, de toute évidence, l'État ne pose pas les mêmes conditions de séjour à ses nationaux et aux ressortissants communautaires, en raison des liens qui l'unit aux premiers, les conditions posées au droit de séjour du travailleur migrant communautaire doivent s'entendre restrictivement. En effet, celles-ci doivent être fondées sur « *une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public* »³. Toutefois, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que lorsque la mesure d'interdiction de séjour est limitée à une partie du territoire (comme les départements français dans l'arrêt Rutili⁴), ces restrictions ne peuvent être prises que dans les « *cas et conditions dans lesquels de telles mesures peuvent être appliquées aux nationaux de l'État en cause* » ; en sorte que les sanctions contre le ressortissant communautaire ne sont admissibles, du point de vue du droit communautaire,

¹ La non-discrimination fondée sur la nationalité doit être comprise comme celle qui interdit la discrimination d'un État de l'Union européenne à l'encontre d'un ressortissant communautaire non-national.

² La Cour, qui a été saisie plusieurs fois sur ce fondement, se refuse à en donner une définition cf. C.J.C.E. 4 décembre 1974, Yvonne van Duyn contre Home Office, Aff. 41-74, *Rec.* 1974 page 1337 ; *R.T.D.Eur.* 1975, p.128, obs. G. Lyon-Caen. Toutefois, il se dégage de la jurisprudence que l'éloignement du ressortissant communautaire ne peut être justifié pour des raisons économiques et doit être fondé sur une raison d'ordre public actuelle et attachée à la personne – une condamnation pénale seule ne justifiant pas automatiquement une telle mesure.

³ C.J.C.E. 28 octobre 1975, Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur, Aff. 36-75, *Rec.* 1975 page 1219 ; « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable » G. Karydis, *R.T.D.Euro.* 2002 n°1, p.1 ; « Union Européenne des Droits de l'Homme : Les enjeux du Traité d'Amsterdam » J.-F. Renucci, *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 1998 n°3, p. 326 ; « La Communauté Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme » Monet, Hubert, *R.T.D.H.* 1994 n°20, p. 501 ; *Gaz. Pal.* 1976.1, p.134.

⁴ C.J.C.E. 28 octobre 1975, Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur, précité.

qu'à condition que, dans la même situation, un national aurait subi une sanction semblable¹. Dès lors, même dans le cadre des exceptions à la liberté de circulation, la Cour prend soin de limiter au maximum les différences des conditions tenant aux séjours entre les ressortissants communautaires migrants et les nationaux de l'État d'accueil. Cette jurisprudence tend à cantonner la distinction entre nationaux et ressortissants communautaires à la question du droit de séjour² et à limiter les effets distinctifs qui peuvent en découler.

187. D'autre part, des différences, notamment en ce qui concerne l'aide et l'assistance sociale³, ou encore l'accès à certains types d'emplois dans l'Administration publique, demeurent entre nationaux et ressortissants communautaires. Ces domaines ressortent de la compétence des droits nationaux. Les institutions européennes n'ont pas de compétence en ces matières et ne peuvent donc imposer le respect du droit communautaire, le droit antidiscriminatoire. En effet, l'aide et l'assistance sociale sont des domaines à propos desquels les États membres, traditionnellement, sont réticents à conférer des compétences à l'Union européenne⁴. Cependant, l'identification de ces domaines peut être entendue plus ou moins largement, ce qui, par répercussions, déterminera l'étendue du droit communautaire. Or, il revient à la juridiction communautaire de déterminer ce qui relève du droit national uniquement et ce qui relève du droit communautaire. En matière d'emplois publics, la C.J.U.E. a interprété le domaine des emplois dans l'Administration publique restrictivement⁵ : seuls les emplois qui impliquent l'exercice de la puissance publique ou la sauvegarde des intérêts généraux⁶ appartiennent à ce domaine. De tels emplois touchent directement aux pouvoirs régaliens de l'État membre et à sa souveraineté, ce qui explique la mise à l'écart du droit communautaire.

188. Enfin, la différence de droits entre ressortissants communautaires et nationaux sur le territoire de l'État d'accueil a été l'objet de nombreuses critiques lorsque cette différence est plus favorable aux migrants communautaires. Il se peut en effet que le droit communautaire

¹ Il apparaît, en creux, que la comparaison doit se faire avec un « national » hypothétique.

² Qui nécessairement ne peut se poser dans les mêmes termes pour nationaux et non-nationaux.

³ Voir *infra* section 2, § 2, *Vers une citoyenneté sociale européenne ?*

⁴ Voir M-T. Join-Lambert, *Politiques sociales*, co- Ed. Sc.po et Dalloz, 1997.

⁵ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 (à vérifier).

⁶ Comme la magistrature, la police et l'armée.

reconnaisse aux travailleurs migrants des droits plus généreux que ce que prévoit le droit national pour ses nationaux¹. Un tel phénomène est dénommé « discrimination à rebours »². Le droit communautaire est impuissant face à une telle situation, car le droit national applicable aux nationaux n'est pas de son ressort. En effet, le national n'ayant pas exercé sa liberté de circulation ne peut invoquer, tant qu'il reste sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant, l'application du droit communautaire et ce faisant la non-discrimination avec les ressortissants communautaires. En raison de la compétence d'attribution des institutions communautaires, l'élimination d'une telle différence n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire. Cette discrimination³ relève en réalité des droits nationaux eux-mêmes⁴.

Ainsi, les différences qui peuvent persister entre nationaux et migrants communautaires, relèvent de domaines où la compétence communautaire est extrêmement réduite voire nulle. Néanmoins, la Cour communautaire entend donner la plus grande force à la libre circulation et à la non-discrimination nationale, ce qui la pousse à cantonner ces domaines et à déployer au maximum l'étendue du droit communautaire. La C.J.U.E. vise en effet à conférer le champ d'application le plus large à la non-discrimination fondée sur la nationalité, afin de renforcer l'effectivité de la libre circulation des personnes. Cet objectif sous-tend également la jurisprudence relative à la non-discrimination elle-même.

B. LA JURISPRUDENCE DYNAMIQUE DE LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

189. La liberté de circulation des personnes s'est construite sur la liberté de circulation du travailleur. Dans la perspective première qui était celle de la Communauté européenne, à savoir la construction d'un marché unique, le déplacement des personnes était appréhendé sous son seul aspect économique. Les travailleurs migrants peuvent se déplacer dans un autre

¹ Par exemple pour le droit au regroupement familial.

² Sur la compétence d'attribution du droit communautaire, voir V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003 ; V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, L.G.D.J., Paris, 1974.

³ Car fondée sur le critère de la nationalité.

⁴ Voir toutefois *infra* section 1, §2, I.

État membre soit pour y accomplir une prestation de services et s'y établir¹, soit y occuper un emploi. Cette dernière hypothèse repose sur la liberté de circulation du travailleur qui signifie le droit d'exercer une activité salariée sur le territoire d'un autre État membre. Ceci implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité dans les domaines de l'emploi, de la rémunération et des autres conditions de travail (licenciement, droit à la représentation...). La non-discrimination en raison de la nationalité est solennellement affirmée aux articles 18 et 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne². Bien que l'objectif premier du Traité fût de créer les conditions d'un marché à l'échelle européenne, la lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité n'est pas restée cantonnée à une perspective purement économique. Cette lutte s'est étendue à tous les domaines de la vie sociale. Le dynamisme de la jurisprudence communautaire se mesure à l'extension des domaines de la lutte contre la discrimination, qui se traduit dans une acceptation large des notions communautaires, qui permet d'étendre le champ d'application du droit communautaire lui-même et avec lui son dispositif antidiscriminatoire en raison de la nationalité. C'est également en ce sens que la jurisprudence a œuvré, désireuse de conférer au dispositif une certaine effectivité.

190. Tout d'abord, elle s'est attachée à donner une interprétation des plus efficaces pour favoriser l'exercice de la liberté de circulation. L'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité à l'encontre des ressortissants communautaires repose en premier lieu sur la discrimination directe. Celle-ci prohibe les mesures qui reposent, de manière « *ostensible* »³, sur des distinctions fondées sur un motif prohibé, en l'occurrence la nationalité. Ainsi, sont écartées les dispositions nationales ou les pratiques nationales expressément fondées sur la nationalité, privant de cette manière les ressortissants communautaires⁴ de leur bénéfice.

¹ Cette dimension de la liberté de circulation ne fait pas partie de l'étude, dans la mesure où les personnes qui exercent cette liberté ne sont pas soumises à un rapport de subordination.

² Ces articles correspondent aux articles 12 et 39 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE). Après le traité de Maastricht, la CEE devient la Communauté européenne, exprimant la volonté des États membres d'élargir à des domaines non économiques les compétences communautaires.

³ C.J.C.E. 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152/73, *Rec.* 1974 page 153.

⁴ Néanmoins, le droit communautaire n'interdit pas les distinctions à l'encontre des non-nationaux, non communautaires. Ce qui explique, par exemple, le recours à cette distinction cf. dans les dispositions générales du statut de la fonction publique (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, Portant droits et obligations des fonctionnaires) les articles 5 et 5 bis réservent, sous certaines conditions spécifiques dans chaque cas, la qualité

La règle de non-discrimination « *veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »¹. Dans le cadre de la liberté de circulation, la comparaison s'effectue entre travailleur migrant et travailleur national. La lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité suppose qu'en dehors des cas où elles sont autorisées², les distinctions entre nationaux et migrants communautaires soient éliminées du droit. Mais plus encore cette lutte a une dimension téléologique, car elle est le bras armé³ de la levée des obstacles à la libre circulation des travailleurs. Les distinctions fondées directement sur la nationalité sont prohibées. Tout dispositif national est analysé à la lumière de son impact comparé sur les travailleurs nationaux et sur les travailleurs communautaires. La méthode de comparaison est guidée par un objectif propre au droit communautaire qui s'impose au droit national : éliminer toute mesure susceptible de dissuader l'exercice de la liberté de circulation.

La démarche de la Cour de Justice en matière de non-discrimination s'inscrit dans un idéal d'égalité concrète⁴. Autrement dit, l'analyse n'est pas abstraite, et prend appui sur des situations concrètes⁵. La non-discrimination est à la fois plus relative et potentiellement plus contraignante. Elle ne s'intéresse pas seulement à l'énoncé des textes juridiques, mais également à leur mise en œuvre. L'une des particularités de la discrimination fondée sur la nationalité est l'absence de justification prédéterminée par les textes. L'économie des textes des Traités aboutit à l'admission de justifications uniquement fondées sur des considérations

de fonctionnaire aux ressortissants français ou aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Toutefois, la jurisprudence protège les bénéficiaires indirectes, c'est-à-dire les non-nationaux non communautaires liés à un ressortissant communautaire qui exercent sa liberté de circulation. Ainsi, un conjoint d'un ressortissant communautaire, mais d'une nationalité extra-européenne peut bénéficier de la protection du droit de l'Union européenne, cf. *infra*, Vers une citoyenneté européenne ?

¹ C.J.C.E. 20 septembre 1988, Royaume d'Espagne contre Conseil des Communautés Européennes, Aff. 203/86, *Rec.* 1988 p. 4563.

² cf. *supra* A du I.

³ S. Robin Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etudes à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix en Provence, 1999.

⁴ Thèse E. Dubout, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006 et R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003.

⁵ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

d'intérêt général¹ ou sur des différences objectives de situation. Cette restriction des différences admissibles donne une grande intensité à la prohibition des distinctions fondées sur la nationalité.

Bien qu'à ce jour l'harmonisation et l'intégration communautaires aient été fortement développées et ont permis l'élimination de la plupart des différences de traitement opposées aux ressortissants communautaires migrants, le concept de discrimination directe conserve une certaine utilité, grâce notamment à l'interprétation téléologique de la Cour.

191. Dans un premier temps, la liberté de circulation, et, à travers elle, la lutte contre la discrimination, s'est focalisée sur le travailleur migrant. La notion de travailleur a été façonnée par la jurisprudence de la C.J.U.E.. Celle-ci a « communautarisé » cette notion, c'est-à-dire que la Cour a décidé qu'il lui revenait de définir cette notion pour en assurer l'unité de son interprétation et de son application². Une telle démarche suppose que les juges nationaux appliquent la définition communautaire de travailleur et non la définition nationale. Ceci est important, car si une comparaison est nécessaire – pour démontrer l'existence d'une discrimination – c'est la notion de droit communautaire qu'il convient d'adopter. Or, celle-ci est entendue largement par la C.J.U.E.³.

La notion de travailleur désigne tous ceux qui accomplissent pendant un certain temps des prestations, en faveur d'une autre personne⁴ et sous sa direction, en contrepartie desquels ils perçoivent une rémunération. La jurisprudence vise la relation de travail⁵ plus que le contrat de travail. L'activité est entendue largement et peut concerner les sportifs

¹ Voir *infra* A.

² C.J.C.E. 19 mars 1964, M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht, Aff. 75-63, *Rec.* édition française page 347 – arrêt relatif à la notion de travailleur dans le cadre du règlement n°3/58 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, *R.T.D.Eur.* 1965, p.84 ; « Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale », commentaire de G. Lyon-Caen et R. Jambu-Merlin, *Dr.soc.* 1964, p.658.

³ La jurisprudence M.K.H. Unger (précitée) a été confirmée, pour l'ensemble de la liberté de circulation des travailleurs, dans l'arrêt C.J.C.E. 3 juillet 1986, Lawrie-Blum contre Land Baden-Württemberg, Aff. 66/85, *Rec.* 1986 page 2121.

⁴ Peu importe le lien unissant le travailleur à son employeur, que celui-ci relève du droit public ou privé cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 15 mars 1989, G. B. C. Echternach et A. Moritz contre Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Aff. jointes 389/87 et 390/87, *Rec.* 1989 p. 723.

⁵ C.J.C.E. (cinquième chambre) du 8 juin 1999, C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Aff. C-337/97, *Rec.* 1999 page I-3289.

professionnels, sauf lorsque ceux-ci jouent pour leurs équipes nationales¹. Le travailleur au sens communautaire ne recouvre pas seulement ceux qui migrent pour un travail durable, mais également ceux qui vont occuper un poste temporaire ou saisonnier, sans compter les travailleurs frontaliers². La Cour est même allée plus loin en affirmant que, tant que le travailleur migrant effectue une activité réelle et effective, il a droit à un permis de séjour, même s'il n'atteint pas le niveau du salaire minimum fixé par l'État d'accueil, « à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme marginales et accessoires »³. Le niveau de rémunération⁴ et l'intention du travailleur migrant dans l'exercice de sa liberté de circulation⁵ sont donc indifférents.

Cette jurisprudence de la Cour, en donnant le sens le plus large à la notion de travailleur, participe à l'assimilation du travailleur communautaire migrant au national afin de réduire au maximum les différences entre eux. Elle vise à ce que le plus grand nombre puisse jouir de l'exercice de la liberté de circulation et de l'égalité de traitement avec les nationaux⁶. Elle tend ainsi vers une uniformisation des droits, de telle sorte que la lutte contre la

¹ C.J.C.E. 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman, Aff. C-415/93, *Rec.* 1995 page I-4921.

² Voir dans le domaine de la sécurité sociale cf. Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*Journal officiel* n° L 149 du 05/07/1971 p. 2 –50) ; Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (*Journal officiel* n° L 166 du 30/04/2004 p.1 – 123).

³ C.J.C.E. 23 mars 1982, D.M. Levin contre Secrétaire d'État à la Justice, Aff. 53/81, *Rec.* 1982 page 1035. De même pour les intermittents cf. C.J.C.E. 26 février 1992, V. J. M. Raulin contre Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Aff. C-357/89, *Rec.* 1992 page I-1027 et pour les stagiaires cf. C.J.C.E. (deuxième chambre) du 21 novembre 1991, Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de la Savoie (URSSAF) contre Hostellerie Le Manoir SARL, Aff. C-27/91, *Rec.* 1991 page I-5531.

⁴ Toutefois, une rémunération est nécessaire, un travailleur bénévole ne saurait être qualifié de travailleur au sens communautaire cf. C.J.C.E. (cinquième chambre) 7 novembre 1996, Bruna-Alessandra Züchner contre Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen, Aff. C-77/95, *Rec.* 1996 page I-5689.

⁵ Même si en raison de la faiblesse de la rémunération du travailleur migrant l'État d'accueil doit lui attribuer une aide complémentaire qui ressort de l'assistance sociale cf. C.J.C.E. 3 juin 1986, R. H. Kempf contre Secrétaire d'État à la Justice, Aff. 139/85, *Rec.* 1986 page 1741.

⁶ Le Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté prévoit que le travailleur migrant – celui qui exerce un travail dans un autre État membre dont il est ressortissant – a le droit de vivre dans l'État d'accueil dans « des conditions objectives de liberté et de dignité ».

discrimination fondée sur la nationalité participe à la mise en concurrence¹ de tous sur le territoire de l'Union, mais aussi à l'égalisation, qui en est une précondition.

192. La lutte contre les discriminations en raison de la nationalité s'étend à toutes les normes nationales. L'objet du contrôle des dispositions de lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité est principalement la réglementation nationale. Il s'agit de déterminer si cette dernière constitue un obstacle à la liberté de circulation. La réglementation soumise à un tel contrôle peut indifféremment puiser sa source dans une norme étatique, dans une convention collective² ou bien dans une réglementation privée³. Dès lors que la mesure en cause concerne les conditions d'emploi et de travail du travailleur communautaire migrant, celle-ci est susceptible d'être soumise au contrôle de la C.J.U.E., quand bien même la mesure serait prise dans un domaine qui échappe à l'empire du droit communautaire, comme la législation militaire⁴. Le degré de contrainte de la mesure n'est pas pris en considération dans le contrôle de la Cour : toute réglementation, même en apparence non contraignante⁵, même si elle n'ouvre qu'une faculté pour les destinataires de la mesure⁶, ne doit d'aucune manière recéler de dispositions discriminatoires.

En ce qui concerne l'articulation des normes, la Cour a précisé que la primauté du droit communautaire ne pouvait servir de prétexte pour ne pas modifier les textes nationaux. L'argument de l'État membre est simple : puisque le droit communautaire prime sur le droit national, c'est le premier qui devra être systématiquement appliqué, sans qu'il soit nécessaire

¹ Thèse S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

² Règlement 1612/68, article 7 §4.

³ Par exemple le règlement de l'Union Cycliste Internationale cf. C.J.C.E. 12 décembre 1974, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, Aff. 36-74, *Rec.* 1974 page 1405 ; *Dr.soc.* 1975, note G. Lyon-Caen, p.346 ; *R.T.D.Eur.* 1976 p.719 ; « Le domaine matériel du droit communautaire », Ubertazzi, *R.T.D.Eur.* 1976 p.635.

⁴ Qui est donc *a priori* en dehors du champ d'application du droit communautaire. Mais dans un arrêt C.J.C.E. 15 octobre 1969, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG contre Salvatore Ugliola, (Aff. 15-69, *Rec.* 1969 page 363 ; *J.C.P.* 1970, II, 16204, obs. G. Lyon-Caen) le contrôle de la non-discrimination a été appliqué à la législation allemande qui prenait en compte le service militaire dans le calcul de l'ancienneté, mais il avait été refusé de le faire pour un ressortissant italien travaillant en Allemagne.

⁵ Comme les conventions collectives au Royaume-Uni qui, pour être applicable à la relation de travail, doivent être reprises dans le contrat de travail cf. C.J.C.E. 8 novembre 1983, Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Aff. 165/82, *Rec.* 1983 page 3431 (arrêt en matière d'égalité des sexes).

⁶ A propos d'une « indemnité de séparation » C.J.C.E. 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152-73, *Rec.* 1974 page 153.

pour cela de modifier le droit national. La Cour de justice ne l'entend pas ainsi. Les autorités nationales se doivent d'éliminer toute disposition discriminatoire à l'encontre des ressortissants communautaires, quand bien même celle-ci resterait lettre morte. Ainsi, la France a été condamnée pour n'avoir pas modifié les dispositions du Code du travail maritime, qui réservait aux nationaux la majorité des emplois sur les navires battant pavillon français, alors même que des instructions avaient été données pour ne pas opposer de telles dispositions à l'encontre des ressortissants communautaires. De telles instructions avaient été justifiées par l'application directe du droit communautaire¹. Il est remarquable que la France ait été condamnée alors même qu'aucun cas concret d'application litigieux n'avait été relevée. La Cour a prononcé une telle condamnation se fondant sur le principe de sécurité juridique. Autrement dit, le risque même de discrimination emporte condamnation. La Cour recherche ainsi une certaine effectivité pour les dispositions communautaires².

193. La non-discrimination en raison de la nationalité ne consiste pas seulement à éliminer toutes dispositions défavorables aux ressortissants communautaires. Elle vise également à éviter qu'une réglementation nationale ne décourage un ressortissant communautaire à exercer sa liberté de circulation. Il ne s'agit donc pas uniquement d'éliminer toutes dispositions qui reposeraient sur une distinction fondée sur la nationalité, l'État d'accueil doit également veiller aux effets éventuels de ses dispositions sur la volonté des ressortissants communautaires migrants d'exercer leur liberté de circulation. Ainsi, dans l'arrêt *Schöning*³, un médecin spécialiste de nationalité grecque est employé en Allemagne. La direction du service public auquel il appartient ne veut pas prendre en considération les années de travail effectuées en Grèce et refuse ainsi de le classer à un niveau supérieur. La Cour condamne le fait de ne pas « *tenir compte des périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accompli antérieurement dans le service public d'un autre État membre* »⁴. Cet arrêt institue

¹ C.J.C.E. 4 avril 1974, Commission des Communautés Européennes contre République française, Aff. 167-73, *Rec.* 1974 page 359, *D.* 1974, note B. Pacteau, p.717.

² J.Porta, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J., 2008.

³ C.J.C.E. 15 janvier 1998, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contre Freie und Hansestadt Hamburg, Affaire C-15/96, *Rec.* 1998 page I-47.

⁴ §37.

en quelque sorte une carrière « européenne »¹. Dorénavant, il n'est plus possible, face à un travailleur migrant, de ne tenir compte uniquement que de sa vie passée sur le territoire de l'État d'accueil. En somme, la jurisprudence a tendance, au-delà des distinctions expressément fondées sur la nationalité, à considérer toute mesure qui ressort d'une logique nationale comme suspecte.

La lutte contre la discrimination, dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs, tend à l'assimilation² des ressortissants communautaires aux nationaux. Plus particulièrement, la lutte contre la discrimination est orientée contre les obstacles éventuels à la liberté de circulation des ressortissants communautaires. Le concept de non-discrimination³ fondée sur la nationalité s'inscrit dans cette lutte contre les « entraves », mais n'épuise pas cette dernière notion. Ainsi, il existe des entraves à la liberté de circulation non discriminatoires (en ce sens qu'elles sont indistinctement applicables aux nationaux et aux ressortissants communautaires) que les États membres ne peuvent maintenir qu'à la condition de justifier d'un intérêt légitime et impérieux⁴.

Bien que la Cour lui ait donné la plus grande intensité possible, il est rapidement apparu que la lutte contre la discrimination directe fondée sur la nationalité ne saurait suffire pour atteindre l'objectif de libre circulation des personnes. C'est essentiellement pour répondre à cette insuffisance qu'elle a élaboré le concept de discrimination indirecte.

II. LE RENFORT DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

194. La jurisprudence de la C.J.U.E. a étendu la prohibition des discriminations des distinctions ostensiblement et directement fondées sur la nationalité aux distinctions qui apparemment se fondent sur un autre critère, non prohibé, mais qui aboutissent, en fait, au

¹ O. Quintin, B. Favarel-Dapas, *L'Europe sociale, Enjeux et réalités*, La documentation française, Réflexe Europe, 1999, p.61.

² Même si celle-ci n'est pas absolue compte tenu des réserves d'ordre public et des emplois dans l'administration.

³ Voir Introduction.

⁴ Sur cette question voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, section 2, §1. Voir également C.J.C.E. 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman, Aff. C-415/93, *Rec.* 1995 page I-4921 ; cf. M. Blanquet, J. Boulouis, R-M. Chevallier, D. Fasquelle, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, 5^{ème} éd., tome 2, Dalloz, 2002, *R.T.D.Eur.* 1996, p.127.

même résultat. C'est la discrimination indirecte. Constitue donc une telle discrimination une mesure qui, par l'application de critères apparemment neutres, c'est-à-dire non prohibés, semble *in abstracto* concerner tous les individus, mais qui se révèle *in concreto* être défavorable aux ressortissants communautaires migrants. La notion de discrimination indirecte¹ apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Sotgiu*² :

« Attendu que les règles d'égalité de traitement, tant du Traité que de l'article 7 du règlement n°1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ; Que cette interprétation, nécessaire pour garantir l'efficacité d'un des principes fondamentaux de la communauté, est explicitement reconnue par le cinquième considérant du préambule du règlement n°1612/68, qui exige que l'égalité de traitement des travailleurs soit assurée " en fait et en droit " ; Qu'il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le Traité et le règlement ; Que tel ne serait cependant pas le cas d'une indemnité de séparation dont les conditions d'attribution et les modalités de versement tiendraient compte de différences objectives que peut comporter la situation des travailleurs suivant qu'ils ont leur domicile sur le territoire national ou à l'étranger au moment d'accéder à un emploi déterminé ».

A la suite de variations terminologiques, la jurisprudence définit dorénavant la discrimination indirecte comme suit :

« ..., à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit, même lorsqu'elle est indistinctement applicable, être considérée comme indirectement discriminatoire, et donc comme ne respectant pas l'égalité de traitement prévue par ledit article 7, paragraphe 2, dès lors

¹ Une telle approche n'allait pas de soit cf. C.J.C.E. 7 novembre 1973, Bestuur der Sociale Verzekeringsbank contre B. Smieja, Aff. 51-73, *Rec.* 1973 p. 1213, à propos du règlement 1408/71, pour lequel la Cour a dans un premier temps validé les dispositions se fondant sur la résidence, sur le fondement du « principe de non-discrimination ».

² C.J.C.E. 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152-73, *Rec.* 1974 page 153. Jurisprudence constante.

qu'elle est simplement susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. »¹.

En d'autres termes, la discrimination indirecte se décompose en deux temps : tout d'abord, celui qui s'estime victime d'une discrimination doit démontrer une apparence de discrimination et, ensuite seulement, l'auteur de la mesure doit démontrer la légitimité de l'objectif poursuivi et la proportionnalité des moyens employés pour atteindre ce dernier. La discrimination ne sera constituée que lorsque, concomitamment, la victime aura établi l'apparence d'une discrimination et que l'auteur de la mesure en cause n'aura pas été capable de la justifier. Bien évidemment, cette justification doit être étrangère à toute discrimination fondée sur la nationalité. Ce n'est seulement que lorsque ces deux conditions sont remplies que la discrimination est établie.

L'apparence de discrimination peut être démontrée à l'aide d'une comparaison entre l'impact du régime sur les nationaux et celui sur les ressortissants communautaires. La Cour ne s'arrête pas au caractère « ostensiblement » discriminatoire du régime juridique en cause, mais porte également son attention sur l'impact éventuellement différencié d'un traitement entre les nationaux et les ressortissants communautaires. La Cour veille à évaluer si les ressortissants communautaires migrants n'ont pas moins de chance que les nationaux de bénéficier de la mesure en cause. En somme, la discrimination indirecte n'est révélée non pas par le critère – la nationalité – qui serait masqué, mais par le désavantage, constaté en fait, pour les travailleurs migrants. L'étendue du champ d'application de la discrimination indirecte est égale à celle de la discrimination directe² : peu importe la nature ou la source³ de la mesure en cause. La discrimination indirecte peut donc constituer un instrument très efficace pour la levée des obstacles à la libre circulation.

¹ Voir le dispositif de l'arrêt C.J.C.E. 23 mai 1996, O'Flynn contre Adjudication Officer, Aff. C-237/94, *Rec.* 1996 page I-2617.

² Ainsi dans son arrêt C.J.C.E. 12 juillet 1979, Caisse Régionale d'Assurance Maladie de Lille (CRAM) contre Diamante Toia, épouse Palermo, Aff. 237/78, *Rec.* 1979 page 2645, la Cour revient sur sa jurisprudence Smieja et applique le mécanisme de discrimination indirecte au règlement 1408/71 et plus particulièrement à son article 3, §1.

³ A propos d'une disposition de convention collective du secteur public : C.J.C.E. 15 janvier 1998, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contre Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-15/96, *Rec.* 1998 page I-47.

195. Certains critères qui sont, de par leur essence, fortement associés à la nationalité, comme la résidence ou le lieu d'origine¹, peuvent constituer des motifs de discrimination indirecte. La Cour a précisé que le critère de la résidence constitue en soi quasi systématiquement un motif suspect, au titre de la discrimination fondée sur la nationalité². Dans un arrêt *Clean Car Autoservice*³ la Cour affirme : « le critère de la résidence risqu[e] de jouer principalement au détriment des ressortissants des autres États membres ».

La Cour s'appuie sur le « risque » discriminatoire. Elle n'établit pas matériellement, éventuellement au moyen de statistiques⁴, que cette disposition défavorise les ressortissants communautaires migrants. Ceci s'explique par l'objectif de la Cour qui est de favoriser la liberté de circulation, c'est-à-dire d'éliminer tout obstacle potentiel. Cette approche justifie que la défaveur, pour les ressortissants communautaires, ne soit pas matériellement démontrée. La Cour se contente de la potentialité⁵ d'effets discriminatoires à l'encontre des ressortissants communautaires qui seraient ainsi découragés d'exercer leur liberté de circulation.

Dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, à la différence des arrêts rendus en matière d'égalité entre hommes et femmes⁶, la présomption de discrimination indirecte repose sur une simple potentialité de la défaveur pour les travailleurs communautaires migrants. La plupart du temps, la Cour de Justice des Communautés européennes se borne à constater que la disposition mise en cause est susceptible de produire un effet discriminatoire. Dans les arrêts *O'Flynn*⁷ et *Commission contre Belgique*⁸, le juge

¹ Notamment s'ils font référence à la résidence de la famille cf. C.J.C.E. 15 janvier 1986, *Pietro Pinna contre Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie*, Aff. 41/84, *Rec.* 1986 page 1.

² Voir l'arrêt C.J.C.E. (cinquième chambre) 8 juin 1999, *C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van d'Informatie Beheer Groep*, précité, qui tend à assimiler la distinction fondée sur le critère de résidence à une discrimination à l'encontre des travailleurs migrants.

³ C.J.C.E. (sixième chambre) 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice GesmbH contre Landeshauptmann von Wien*, Aff. C-350/96, *Rec.* 1998 page I-2521.

⁴ Voir au contraire pour la discrimination indirecte en matière d'égalité des sexes cf. *infra*.

⁵ A cet égard l'arrêt *O'Flynn op. cit.* est plus ambigu et semble restreindre la détermination de cette potentialité, car la C.J.C.E. parle dans cet arrêt de faits qui risquent « de jouer en particulier au détriment des ressortissants des autres États membres » (c'est nous qui surlignons).

⁶ Voir *infra*.

⁷ C.J.C.E. 23 mai 1996, *O'Flynn contre Adjudication Officer*, Aff. C-237/94, *Rec.* 1996 page I-2617.

⁸ C.J.C.E. 12 septembre 1996, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-278/94, *Rec.* 1996, p. I-4307 ; C.J.C.E. 7 septembre 2004, *Commission contre Royaume de Belgique*, *Rec.* 2004, page I-08411.

communautaire a considéré qu'« *il n'est pas nécessaire de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet* ». Cette approche repose sur l'idée qu'il existe des mesures intrinsèquement suspectes, parce que susceptibles, par nature, de produire un effet défavorable à l'égard de certaines personnes appartenant à une catégorie protégée contre la discrimination. Cette jurisprudence, reprise dans les directives 2000/43/CE¹ et 2000/78/CE², allège le fardeau de la preuve de celui qui se prétend victime de discrimination. En effet, compte tenu de l'étendue large du champ d'application des mesures en cause³, il serait difficile, pour celui qui se prétend victime, de constituer une base statistique ou même de s'en procurer une, étant donné l'absence de statistiques générales prenant en compte l'impact sur les nationaux et sur les ressortissants communautaires⁴.

196. L'apparence de discrimination établie par celui qui s'estime victime peut trouver une justification, étrangère à tout comportement discriminatoire. Il n'existe pas de liste limitative de justification. Il est nécessaire pour l'auteur du traitement de démontrer que sa décision est fondée sur un objectif légitime et que les moyens utilisés afin de réaliser le but poursuivi sont appropriés et nécessaires, autrement dit, qu'ils respectent une certaine proportionnalité⁵. La Cour établit que les mesures de l'auteur doivent être « *justifiées par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, et (...) [doivent être] proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national* »⁶.

¹ La directive européenne RACE 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de « race » ou d'origine ethnique, *op.cit.*

² Voir *infra*.

³ Qui peuvent, par ailleurs, s'étendre à l'ensemble du territoire national.

⁴ Les données d'Eurostat ne permettent pas toujours de faire une telle évaluation.

⁵ Par exemple à propos d'une université : C.J.C.E. 2 août 1993, Pilar Allué et Carmel Mary Coonan et autres contre Università degli studi di Venezia et Università degli studi di Parma, Aff. jointes C-259/91, C-331/91 et C-332/91, Rec. 1993 page I-4309, voir en dernier lieu C.J.C.E. (septième chambre) 15 mai 2008, Delay c. Università degli studi di Firenze, Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Repubblica Italiana, Aff. C-276-07, Rec. 2008 ; J.C.P. S. 2008.1395, note F. Kessler et D. Jonin.

⁶ C.J.C.E. (cinquième chambre) 23 mai 1996, John O'Flynn contre Adjudication Officer, Aff. C-237/94, Rec. 1996 page I-2617 ; C.J.C.E. 10 mars 1993, Commission des Communautés Européennes contre Grand-Duché de Luxembourg Aff. C-111/91, Rec. 1993 page I-817.

La discrimination indirecte est l'un des instruments longtemps privilégiés par les juges pour assurer la libre circulation des personnes. Il n'en demeure pas moins que subsistent des différences fondées sur la résidence pouvant être justifiées. Ces cas demeurent relativement rares. En définitive, un objectif, pour être légitime doit donc être étranger à la nationalité des travailleurs¹. Pourtant, cette affirmation doit être tempérée. En effet, l'apparition de la notion d'entrave dans la jurisprudence de la Cour, a, semble-t-il, ouvert la justification de la discrimination indirecte aux raisons impérieuses². En conséquence, le contrôle des justifications est strict³.

197. Par delà l'objectif de permettre au travailleur migrant d'exercer son activité économique dans un autre État membre, la lutte contre la discrimination a été l'occasion d'envisager le travailleur comme un être social situé⁴. En effet, la jurisprudence ne réduit pas l'exercice de la liberté de circulation à la finalité économique poursuivie par le migrant : travailler dans l'État d'accueil. Elle prend en considération toutes les implications que suppose la migration. En particulier, la jurisprudence est attentive à la famille du travailleur et la possibilité pour celle-ci de le suivre et de vivre avec lui. La Cour a eu un rôle moteur pour assimiler non seulement le travailleur migrant aux travailleurs nationaux, mais également pour assimiler, autant que faire se peut, sa famille⁵ aux familles des nationaux. Ainsi, la fille d'un résident belge travaillant aux Pays-Bas est en droit d'obtenir une bourse d'études de ce dernier État, toute condition de résidence étant discriminatoire dès lors qu'elle n'est pas exigée pour les enfants des travailleurs nationaux⁶. Les descendants à la charge du travailleur

¹ C.J.C.E. 24 novembre 1998, Bickel et Franz, C-274/96, *Rec.* 1998 page I-7637, point 27.

² En ce sens l'arrêt O'Flynn *op. cit.*, S.O'Leary, J.M. Fernandez-Martin, « Judicially-Created Exceptions to Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law*, 2002, OUP, p.162 et la thèse D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007 p.136-138.

³ Pour l'essentiel le contrôle de la justification est renvoyé aux juges nationaux, en particulier la proportionnalité. Sur cette répartition des compétences, voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

⁴ Voir le « Dasein » de M. Heidegger dans *Etre et temps*, Gallimard, 1986 ; P. Ricoeur, « Ontologie » in *Encyclopédia Universalis* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/ontologie/>

⁵ Il faut entendre cette notion aussi largement qu'en droit national, cf. C.J.C.E. 17 avril 1986, État néerlandais contre Ann Florence Reed, Aff. 59/85, *Rec.* 1986 page 1283 : « un État membre qui permet à ses nationaux d'obtenir que leur partenaire non marié, non-ressortissant de cet État membre, séjourne sur son territoire ne peut refuser d'accorder le même avantage aux travailleurs migrants ressortissants d'autres États membres ».

⁶ C.J.C.E. (cinquième chambre) 8 juin 1999, C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Aff. C-337/97, *Rec.* 1999 page I-3289 ; *Dr.soc.* 1999, obs. J.P. Lhernould, p. 938. Précédemment la Cour

migrant, indirectement bénéficiaires des avantages sociaux peuvent obtenir ce financement d'étude dans les mêmes conditions que celles appliquées aux enfants de travailleurs nationaux. La décision fera date, car, précédemment, la C.J.U.E. considérait les avantages sociaux comme vecteur d'intégration dans l'État d'accueil, ce qui supposait la résidence dans cet État¹. Cette condition qui se retrouve à l'article 12 du règlement 1612/68 concernant l'enseignement général et la formation professionnelle. Toutefois, ce règlement ne pose pas explicitement cette condition et son article 7§2 établit que la liberté de circulation implique pour le travailleur le droit de se déplacer librement, quel que soit son lieu de résidence. Le retournement avait été amorcé par l'arrêt *Meints*². Dans cet arrêt, la C.J.U.E. reconnaissait l'exportabilité des avantages sociaux, mais semblait lier la qualification d'avantage social au fait que celui-ci soit attribué en raison de la qualité objective de travailleur ou d'ancien travailleur. Restait alors à savoir si, pour bénéficier des avantages sociaux, la condition de résidence dans l'État d'emploi devait aussi s'effacer pour les travailleurs encore en activité et réclamant des avantages non directement liés à la qualité de travailleur. L'arrêt *Meeusen* y répond clairement : subordonner l'octroi d'un avantage social à la résidence du travailleur dans l'État d'emploi constitue une discrimination fondée sur la nationalité contraire au droit communautaire³. Ceci s'applique même si le travailleur est encore en activité et que l'avantage n'est pas directement lié au travail exécuté dans l'État d'activité. L'exportation des avantages sociaux peut ainsi bénéficier indirectement aux enfants à charge du travailleur migrant qui, comme lui, ne résident pas dans l'État d'emploi. Cette situation peut être critiquable : d'une part, l'absence de coordination des législations nationales en matière d'avantages sociaux laisse la possibilité de profiter des avantages de l'État de résidence et de l'État d'emploi ; d'autre part, cette jurisprudence témoigne de la vigueur du lieu de travail. Ce point ne va pas dans le sens, privilégié aujourd'hui, d'une approche en termes de citoyenneté : dans ces décisions sommeille une solidarité au-delà des cadres nationaux, une solidarité

aboutissait à un résultat proche, grâce à la discrimination indirecte cf. C.J.C.E. 15 janvier 1986, Pietro Pinna contre Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie, Aff. 41/84, *Rec.* 1986 page 1, en particulier §19 et 24.

¹ C.J.C.E. (deuxième chambre) 27 mars 1985, Vera Hoeckx contre Centre public d'aide sociale de Kalmthout, Aff. 249/83, *Rec.* 1985 page 973.

² C.J.C.E. 27 novembre 1997, Meints contre Minister van Landbouw, Aff. C-57/96, *Rec.* 1997 I. p. 6689.

³ Ce qui est d'autant plus remarquable est que la Cour ne semble pas se référer à la discrimination indirecte pour condamner un tel système, elle établit directement que la condition de résidence est discriminatoire.

communautaire. Cette logique va conférer aux ressortissants migrants des droits qui ne sont pas exclusivement d'ordre économique, comme le droit d'accéder aux logements (en propriété ou en location) construits ou restaurés par des fonds publics, ou d'obtenir un crédit à taux réduit pour un travailleur migrant non salarié¹.

La considération du travailleur communautaire migrant comme être social situé a été la première étape vers la reconnaissance du citoyen européen, qui se cachait derrière le masque du travailleur.

PARAGRAPHE 2 : LE CITOYEN EUROPÉEN RÉVÉLÉ

198. La consécration de la citoyenneté européenne² n'a pas fait disparaître les limites existantes à la liberté de circulation et au droit de séjour dans la Communauté. Ces derniers ne sont pas devenus des droits inconditionnels de cette citoyenneté. Néanmoins, elle donne un nouveau visage, un nouvel objectif à la liberté de circulation. La qualité de citoyen suppose d'être traité comme les autres citoyens européens, notamment entre national d'un État membre et ressortissant communautaire. La marche vers la citoyenneté européenne renouvelle la question du caractère de droit fondamental du principe d'égalité en droit communautaire (I). La lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité a été l'un des principaux instruments dans la mue, toujours d'actualité, de l'Union européenne, qui ne se limite plus seulement aux objectifs économiques et a permis le développement de droits pour les migrants, au-delà des seuls travailleurs, marquant la naissance d'une citoyenneté européenne (II).

I. LA FONDAMENTALITÉ³ DE L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ

199. Le Traité de Rome, à l'origine, ne prévoyait que deux dispositions portant sur la discrimination : d'une part, l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité entre

¹ C.J.C.E. 14 janvier 1988, Commission des Communautés Européennes contre République italienne, Aff. 63/86, *Rec.* 1988 page 29 ; *D.* 1988, p.29.

² Inscrite dans le droit primaire depuis le Traité de Maastricht, ratifié le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

³ Sur la notion de droit fondamental, voir V.Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification, in *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lockie et A. Lyon-Caen (sous la dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p11.

ressortissants communautaires et nationaux, dans le domaine d'application du Traité ; d'autre part, l'interdiction de la discrimination entre hommes et femmes en matière de rémunération pour un même travail. Par la suite, ces dispositions ont été entendues largement puisque s'est affirmée la possibilité pour ceux qui ont travaillé dans le pays d'accueil d'y demeurer après la cessation d'activité (chômage, retraite ou invalidité)¹. Certains de ces droits ont aussi été étendus à la famille du travailleur, même après son décès². Cette extension a été amplifiée par le droit communautaire dérivé³.

Les Traités instituant les Communautés européennes n'ont pas prévu de principe général d'égalité⁴. Il est uniquement prévu par certains textes dont le champ d'application est matériellement défini. Cependant, la C.J.U.E., tout en interprétant extensivement ces textes, va tirer de la finalité de l'Union européenne l'existence d'un principe général d'égalité⁵. En effet, les Traités visent une unité politique à long terme⁶. Cette unité ne pouvait évoluer dans un premier temps que dans le cadre d'un droit international dont l'un des principes est l'égalité entre États. La Cour au travers de sa jurisprudence a œuvré pour tendre vers l'égalité

¹ Voir à ce propos : C.J.C.E., 18 juin 1987, Lebon, aff. 316/85 ; C.J.C.E., 26 février 1991, Antonissen, aff. C-292/89 (concernant les demandeurs d'emploi), distinction remise en cause par C.J.C.E., 23 mars 2004, Collins, aff. C-138/02 et C.J.C.E., 15 septembre 2005, Ioannidis, aff. C-258/04. Depuis la directive 2004/38, l'égalité de traitement est explicitement accordée aux membres de la famille, voir C.J.C.E. 12 mai 1998, Martinez Sala, aff. C-85/96. Ainsi, l'égalité s'impose indépendamment de la relation de travail : C.J.C.E., 14 janvier 1982, Reina, aff. 65/81 (prêt pour la naissance d'un enfant au sein d'une famille à faible revenu) ; C.J.C.E., 27 mars 1985, Scrivner, aff. 122/84 (prestation garantissant un minimum de moyen d'existence) ; C.J.C.E., 16 décembre 1976, Inzirillo, aff. 63/76 (allocation pour handicapés adultes) ; etc.

² C.J.C.E., 9 janvier 2003, Nani Givane e.a. contre Secretary of State for the Home Department, aff. C-257/00, *Rec.* 2003 page I-00345. A propos du droit de séjour des membres de la famille d'un travailleur décédé.

³ Voir notamment dans les années 1990 trois directives (90/364 ; 90/365 ; 93/96) ont étendu le droit de séjour à certaines catégories de non-actifs : les étudiants, les retraités et autres ressortissants de la Communauté européenne.

⁴ Qui est énoncé pour la première fois dans le chapitre 3 (plus précisément à l'article 20) de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne.

⁵ Pour la première fois dans C.J.C.E. 19 octobre 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne contre Office national interprofessionnel des céréales, Aff. jointes 124/76 et 20/77, *Rec.* 1977 page 1795.

⁶ M. Pescatore suggère, à partir de ces Traités, quatre « objectifs de la Communauté européenne » : l'égalité, la liberté, la solidarité et l'unité. L'égalité est d'autant plus importante qu'elle est nécessaire à la réalisation des autres objectifs, particulièrement la solidarité et l'unité ; cf. « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contributions à la doctrine de l'interprétation téléologique des Traités internationaux », P. Pescatore, *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, Bruxelles, 1972, T.II, p. 325.

entre les ressortissants communautaires, particuliers ou entreprises¹. Cette jurisprudence se trouve aujourd'hui confirmée par l'article 9 du Traité de « Lisbonne », qui dispose :

*« Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »*².

200. Toutefois, avant de connaître une telle consécration dans le droit primaire, l'exigence d'égalité était, dans un premier temps, cantonnée à une perspective économique. La fonction première du principe d'égalité a été de lutter contre les discriminations entre opérateurs économiques fondées sur la nationalité. C'est le 19 octobre 1977³ que la C.J.U.E. reconnaît pour la première fois au principe d'égalité une portée générale⁴ : *« ... l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ; que ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »*⁵.

La Cour a dégagé un principe général⁶ et ainsi imposé le respect du principe d'égalité là où aucun texte ne le prévoit. Ce faisant, le juge s'octroie une certaine liberté dans la

¹ C.J.C.E. 7 février 1973, Commission des Communautés Européennes contre République italienne, Aff. 39/72, Rec. 1973 page 101.

² Cet article figure au titre 2 « Dispositions relatives aux principes démocratiques ».

³ C.J.C.E. 19 octobre 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson (précitée) et C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Aff. jointes 117-76 et 16-77, Rec. 1977 page 1753. Ces arrêts concernent la politique agricole commune ; la question d'égalité portait sur la comparaison du quellmehl avec l'amidon de maïs.

⁴ Voir par exemple S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999 p.19 et R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003 p.44, selon ce dernier cet arrêt « globalise donc un principe dont le caractère fondamental avait été reconnu dans des domaines particuliers » cf. les précédents dans le cadre du Traité CECA et l'arrêt C.J.C.E. 17 juillet 1963, République italienne contre Commission de la Communauté économique européenne, Aff. 13/63, Rec. édition française page 337.

⁵ Formule reprise dans l'arrêt C.J.C.E. 8 octobre 1980, Peter Überschar contre Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. 810/79, Rec. 1980 page 2747.

⁶ A propos des droits fondamentaux voir arrêts avec cour de Karlsruhe So lange C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG

détermination du contenu de ce principe. La Cour l'utilise comme l'un des éléments essentiels d'incitation à l'intégration. Une telle démarche s'appuie sur la *fundamentalité*¹ du principe d'égalité, car comme le précise M. Lenaerts : « *le principe de l'égalité est un concept structurel de base du droit communautaire* »². Il permet de contrôler la validité non seulement des actes des institutions de la Communauté³, mais également de ceux des États membres⁴ dans l'application du droit communautaire. Ainsi, l'intégration communautaire s'est, dans un premier temps focalisée uniquement sur la construction du Marché Commun. Monsieur Lenaerts⁵ a écrit à ce titre : « *Égalité et non-discrimination sont essentielles pour parvenir à un véritable Marché Commun et garantir des conditions de concurrence exemptes de toute falsification. L'ensemble du Traité CEE repose sur la prémisse que ni la nationalité des personnes, ni de l'origine nationale des marchandises, des services ou des capitaux ne peuvent entraver la liberté de l'opérateur économique désireux de tirer parti des chances*

contre Hauptzollamt Itzehoe, Aff. jointes 117/76 et 16/77, *Rec.* 1977 page 1753 et arrêt C.J.C.E. 12 novembre 1969, Erich Stauder contre Ville d'Ulm – Sozialamt, Aff. 29-69, *Rec.* 1969 page 419.

¹ Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire cf. C.J.C.E. avis 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Avis 2/94, *Rec.* 1996 page I-1759. A propos du caractère fondamental de l'égalité des sexes cf. notamment C.J.C.E. 22 septembre 1998, Belinda Jane Coote contre Granada Hospitality Ltd, Aff. C-185/97, *Rec.* 1998 page I-5199.

² *Op. cit.* p.38.

³ A titre d'illustration voir C.J.C.E. 15 janvier 1986, Pietro Pinna contre Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie, Aff. 41/84, *Rec.* 1986 page 1, à propos de l'article 73§2 du règlement 1408/71 ; ou encore C.J.C.E. 7 juin 1988, Mario Roviello contre Landesversicherungsanstalt Schwaben, Aff. 20/85, *Rec.* 1988 page 2805 à propos du Règlement (CE) n° 83/2001 de la Commission du 17 janvier 2001 établissant les valeurs forfaitaires à l'importation pour la détermination du prix d'entrée de certains fruits et légumes (JO L 14 du 18.1.2001, p. 1–2). Sur cette question voir « « Discrimination », « entraves et « raisons impérieuses » dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », D. Martin, *Cahiers de droit européen*, 1998 page 261. L'identification de l'égalité à la légalité est particulièrement forte dans les domaines de la fonction publique communautaire et dans les matières fortement intégrées comme la politique agricole, voir Thèse R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, § 97 à 102.

⁴ La discrimination peut résulter du refus du droit national de prendre en compte des faits survenus dans un autre État membre, comme par exemple le service militaire (cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 25 juin 1997, Carlos Mora Romero contre Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, Aff. C-131/96, *Rec.* 1997 page I-3659) ou la nationalité des enfants (C.J.C.E. 12 juillet 1979, Caisse Régionale d'Assurance Maladie de Lille (CRAM) contre Diamante Toia, épouse Palermo, Aff. 237/78, *Rec.* 1979 page 2645), ... sur les différents cas voir P. Mavridis, points 367 à 375. A propos de clauses directement discriminatoires cf. C.J.C.E. (sixième chambre) du 12 juin 1997, Pascual Merino García contre Bundesanstalt für Arbeit, Aff. C-266/95, *Rec.* 1997 page I-3279 ; C.J.C.E. (cinquième chambre) 30 janvier 1997, Fritz Stöber (C-4/95) et José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) contre Bundesanstalt für Arbeit, Aff. jointes C-4/95 et C-5/95, *Rec.* 1997 page I-511 et C.J.C.E. 22 novembre 1995, Ioannis Vougioukas contre Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA), Aff. C-443/93, *Rec.* 1995 page I-4033.

⁵ « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », K. Lenaerts, *Cahier du droit européen*, 1999, p.3.

offertes par le marché communautaire. Ni la Communauté, ni les États membres, ni dans certains cas, les particuliers n'ont le droit de créer une discrimination fondée sur la nationalité »¹. La lutte contre la discrimination à l'œuvre dans les premiers arrêts du droit communautaire vise, pour l'essentiel, à interdire aux États membres de maintenir ou de créer des normes qui favorisent leurs « ressortissants »² contre les ressortissants des autres États membres. L'exigence d'égalité à l'œuvre en droit communautaire vise à éliminer toutes mesures « protectionnistes »³, en faveur des nationaux.

La formulation de type universaliste du principe d'égalité communautaire le rapproche de l'affirmation du même principe dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et du principe d'égalité devant la loi, tel qu'énoncé et appliqué en droit interne français par les juridictions de droit public⁴. Quel que soit l'objet de l'acte litigieux, le principe d'égalité s'applique dans les mêmes termes : il impose que « *les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* »⁵. Une telle formulation invite à se tourner vers la question fondamentale de la comparabilité. La parenté de la lutte contre les discriminations au niveau communautaire⁶ avec le principe d'égalité explique l'attention portée par la Cour à la question de la comparaison⁷. La Cour semble alors raisonner comme les juridictions françaises : elle s'interroge d'abord sur la similitude⁸ des situations, par référence à des critères objectifs

¹ *Op. cit.* p.21.

² Au-delà des personnes physiques, il faut comprendre également les entreprises nationales.

³ Elle répond à la volonté « *d'éviter les distorsions juridiques de nature à entraver la libéralisation de la main d'œuvre sur le marché européen du travail* » cf. *Critique du droit du travail*, A. Supiot, Quadrige, PUF, Paris, 2002, p. 24 ; Thèse S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

⁴ Voir Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

⁵ Cf. C.J.C.E. 19 octobre 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson... et C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Rückdeschel... précités.

⁶ Affirmée de manière éclatante dans l'arrêt C.J.C.E. 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, *Rec.* 2005 page I-9981 – il s'agissait d'un dispositif national spécifique pour les travailleurs de plus de 52 ans, mesure contestée en raison d'une discrimination fondée sur l'âge ; cet arrêt fait référence au principe d'égalité de traitement (point 65) ; pour plus de précisions voir section 2, §2, *infra*.

⁷ Cette approche qui semble définir la discrimination sur le socle de la comparaison est critiquable, voir Partie 2, Titre 1, *infra*.

⁸ Et non sur « l'identité » des situations, cf. C.J.C.E. 10 mai 1960, Barbara Erzbergbau AG et autres contre Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Affaires jointes 3-58 à 18-58, 25-58 et 26-58, *Rec.* édition française page 369.

(rapport avec l'objet de la réglementation considérée et parfois avec ses objectifs¹), puis lorsque les situations sont comparables, elle examine la justification invoquée à l'appui de la différence de traitement². Néanmoins, la Cour semble souvent éviter la question de la comparabilité, qui est alors abandonnée au juge national³.

201. Ainsi, le contrôle juridictionnel porte essentiellement sur la justification de la mesure⁴, autorisant au juge communautaire de faire entrer des considérations tirées de l'intérêt général parmi les éléments objectifs⁵ qui permettent de comparer les situations. Toutefois, le principe d'égalité est un principe fondamental du droit communautaire, ce qui suppose une interprétation stricte des dérogations : l'intérêt général doit être en étroit rapport avec la mesure en cause ; par ailleurs, les mesures prises doivent être adéquates avec l'atteinte portée à l'égalité de traitement. Ainsi, la Cour recherche si « *des mesures moins contraignantes ne permettraient pas d'assurer les contrôles nécessaires sur l'activité* »⁶. Dans une première étape, la Cour contrôle la nécessité de l'atteinte, ce qui limite la marge d'appréciation de l'État membre. Ensuite, le contrôle de proportionnalité permet de réintroduire une approche concrète, au cas par cas, qui interdit une trop grande généralité de l'exception⁷.

¹ C.J.C.E. 14 mai 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes, Aff. 4-73, *Rec.* 1974 page 491.

² C.J.C.E. 6 décembre 1984, SA Biovilac NV contre Communauté économique Européenne, Aff. 59/83, *Rec.* 1984 page 4057.

³ Voir en matière d'égalité homme-femme les arrêts C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health, Aff. C-127/92, *Rec.* 1993 page I-5535; C.J.C.E. 30 mars 2000 Jämställdhetsombudsmannen contre Örebro läns landsting, Aff. C-236/98, *Rec.* 2000 page I-2189.

⁴ Néanmoins, la Cour a parfois affirmé que certaines situations étaient incomprables, laissant alors subsister la différence en cause. Voir par exemple le refus de rembourser l'assurance obligatoire de celui qui entre dans l'administration publique d'un autre État membre alors qu'un tel remboursement est prévu pour l'administration nationale cf. C.J.C.E. (cinquième chambre) du 16 décembre 1993, Marie-Hélène Leguaye-Neelsen c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. C-28/92, *Rec.* 1993 page I-6857.

⁵ C.J.C.E. 19 octobre 1977. Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Affaires jointes 117-76 et 16-77, *Rec.* 1977 page 1753, considérant 8 : « *ces produits doivent, en conséquence, être traités de manière égale, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* ».

⁶ C.J.C.E. 3 décembre 1974, Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Aff. 33/74, *Rec.* 1974 page 1299.

⁷ La Cour s'est tôt montrée encline à une approche « matérielle » de la discrimination, cf. C.J.C.E. 17 juillet 1963, République italienne contre Commission de la Communauté Économique Européenne, Aff. 13/63, *Rec.* édition française page 337, qui énonce en son point 4 a : « *la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* ». La Cour distingue à l'occasion de cette affaire la discrimination formelle de la discrimination matérielle :

202. La définition du principe d'égalité établie par la C.J.U.E. est « bilatérale »¹, contrairement au droit interne français². Cette définition impose non seulement de ne pas traiter différemment des situations comparables, elle impose également de traiter différemment ce qui n'est pas identique³. Toutefois, la deuxième partie de cette définition est peu appliquée, en particulier dans le droit social⁴. Cette obligation de différencier pourrait être illustrée par la justification de mesures prises en faveur de la protection de la femme enceinte⁵ ou par les aménagements raisonnables en faveur des handicapés⁶. Cependant, une telle justification est rarement avancée et de telles mesures sont souvent présentées comme une exception à l'exigence d'égalité⁷.

203. La Cour confère la plus haute valeur au principe d'égalité, à savoir le caractère de principe général du droit. Cette nature, affirmée à plusieurs reprises⁸, explique selon Monsieur

l'augmentation de la taxe imposée aux seuls réfrigérateurs italiens (discrimination formelle) est justifiée par la nécessité d'une mesure de sauvegarde pour les produits français (discrimination matérielle non établie).

¹ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll. Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M., 1992.

² Sur l'étude de ce hiatus dans la définition du principe d'égalité entre les différentes Cour, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, *infra*.

³ C.J.C.E. 3 octobre 2000, Angelo Ferlini contre Centre hospitalier de Luxembourg, Affaire C-411/98, *Rec.* 2000 page I-8081, point 51.

⁴ A notre connaissance la Cour a fait application de cette obligation de différencier qu'en matière de politique agricole commune (voir par exemple C.J.C.E. 23 février 1983. *Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Aff. 8/82, *Rec.* 1983 page 371) et en matière de fonction publique communautaire (cf. arrêt C.J.C.E. (première chambre) du 27 octobre 1976, *Vivien Prais contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. 130-75, *Rec.* 1976 page 1589 : même si la Cour a rejeté le recours de la requérante, il semble que l'interprétation suivante soit permise : si la requérante avait informé suffisamment tôt les organisateurs du concours, ceux-ci auraient dû tenir compte du fait que le jour de l'examen coïncidait avec un jour de fête religieuse au cours duquel la requérante ne pouvait travailler et passer un examen cf. point 2 du dispositif, voir en ce sens thèse D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007 p.66).

⁵ C.J.C.E. 11 octobre 2007, Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet + Minne SPRL., aff. C460/06, *Rec.* 2007 page I-08511, selon lequel une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant constitue une discrimination en raison du sexe, quel que soit le moment où cette décision de licenciement est notifiée et même si elle est notifiée après la fin de la période de protection prévue à l'article 10 de la directive 92/85, soit après le congés maternité.

⁶ Article 5 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO L 303* du 2.12.2000, p. 16-22.

⁷ Néanmoins, il peut être argumenté que de telles mesures procèdent d'un mécanisme propre aux règles de non-discrimination. En effet, les règles de non-discrimination ne se réduisent pas à la prohibition du recours à certains motifs préalablement déterminés, mais peuvent visées également un recours encadré à ces mêmes motifs, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, section 2, *infra*.

⁸ Voir notamment C.J.C.E. 8 octobre 1980, Peter Überschär contre Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. 810/79, *Rec.* 1980 page 2747, point 16.

Jacqué¹ que seuls « *des motifs d'intérêt général liés aux buts des Communautés justifieraient des atteintes à l'égalité* ». Le principe d'égalité se voit ainsi conférer la plus grande solennité et la plus grande force dans la hiérarchie des normes² communautaires. Ce principe a permis à la Cour de censurer certaines dispositions de droit communautaire dérivé³, qui est alors en contradiction directe avec le Traité. De la sorte, le principe d'égalité remplit les exigences minimales d'égalité devant la législation communautaire. Selon les termes mêmes de la Cour, le principe d'égalité, et plus particulièrement les règles de non-discrimination communautaires, qui découlent du principe d'égalité de traitement, emportent également des effets à l'égard des États membres. Par exemple, certains États membres ont été conduits à dénoncer une convention de l'OIT sur l'interdiction faite aux femmes de travailler la nuit, et de réformer leurs législations⁴ afin de se conformer à l'interprétation de la C.J.U.E. sur l'égalité des sexes⁵ ; ceci témoigne de la vigueur d'un tel principe à l'égard des États membres. La démarche de la jurisprudence démontre également que principe d'égalité et règles de non-discrimination ne se confondent pas⁶. Les secondes procèdent du premier. Ainsi, le principe d'égalité permet de fonder les règles de non-discrimination et leurs conférer leur caractère de droit fondamental. Le fondement du principe d'égalité justifie également de rechercher l'efficace du dispositif antidiscriminatoire. Ainsi, la reconnaissance du principe

¹ « Le principe d'égalité en droit économique », J.P. Jacqué, *F.I.D.*, La Haye, 1984, II, p.12.

² À propos des débats sur l'existence d'une hiérarchie des normes et le droit communautaire, voir par exemple P. Cassia et T. Olson, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, coll. Droit et Justice, P.U.F., Paris, 2006 ; voir également les conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar dans l'arrêt C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348, R.F.D.A. 2009, p.1125.

³ Voir par exemple l'article 73 §2 du règlement CEE n°1408/71 cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 2 mars 1989, *Pietro Pinna contre Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie*, Aff. 359/87, *Rec.* 1989 page 585. La mesure en cause a été écartée le temps pour le législateur communautaire de réviser cette disposition.

⁴ C.J.C.E. 25 juillet 1991, Procédure pénale contre Alfred Stoeckel, aff. C345-89, *Rec.* 1991 page I-04047 ; *D.*1991, p.443, note J.-G. Huglo ; A.Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Dr. soc.* 1992 p.382 ; *Dr. Soc.* 1992 p.174, obs. M.-A. Moreau. Voir également, C.J.C.E. 13 mars 1997, aff.C-197/96, *Rec.* 1997 page I-01489 ; R.J.S. 4/97, n°493. Voir H. Masse-Dessen et M.-A. Moreau, « À propos du travail de nuit des femmes, nouvelle contribution sur l'application des directives européennes », *Dr soc.* 1999, p.391.

⁵ L'arrêt en lui-même ne porte pas obligation d'une telle dénonciation, en vérité les États membres avaient le choix entre étendre l'interdiction de travail de nuit aux hommes ou de dénoncer la convention OIT et d'autoriser le travail de nuit des femmes.

⁶ Sur cette question voir Introduction. Cette distinction emporte un rôle différent de la comparabilité, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

d'égalité de traitement a justifié l'élaboration et l'application de la discrimination indirecte¹. Le principe d'égalité a permis de justifier le plus grand rayonnement conféré aux règles de non-discrimination communautaires². Mais précisément le principe d'égalité ne s'épuise-t-il pas dans cette seule fonction ?

204. En effet, malgré la plus grande valeur juridique attribuée au principe d'égalité certains doutent de sa pleine positivité³. Certes, il n'est pas contestable qu'un tel principe existe juridiquement, comme le démontre certains arrêts précédemment cités⁴. Il ne fait pas de doute non plus qu'en certaines matières, il trouve pleinement à s'appliquer et emporte tous les effets qu'on lui reconnaît habituellement. Tel est le cas, par exemple, en droit de la fonction publique communautaire⁵. En réalité, le principe d'égalité communautaire a une fonction palliative⁶ ou supplétive⁷, c'est-à-dire qu'en fonction de l'état d'intégration des politiques communautaires dans le domaine en cause, selon que le droit communautaire remplit une fonction d'unification, d'harmonisation ou de coordination, le principe d'égalité sera appliqué

¹ Arrêt C.J.C.E. 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152/73, *Rec.* 1974 page 153 ; points 4 et 10 à 13.

² Voir C.J.C.E. 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, *Rec.* 2005 page I-9981. Le fondement de la décision sur le principe d'égalité de traitement a justifié l'interdiction faite à l'Allemagne de prendre une disposition législative pendant la période de transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16–22) qui porte sur la discrimination sur l'âge ; pour plus de précision sur cet arrêt cf. section 2, § 2, *infra*.

³ Voir en particulier thèse D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

⁴ Voir par exemple C.J.C.E. 8 octobre 1980, Peter Überschar contre Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. 810/79, *Rec.* 1980 page 2747, *infra* n°22.

⁵ Par exemple cf. C.J.C.E. 28 juin 1988. Commission des Communautés Européennes contre Conseil des Communautés Européennes, Aff. 7/87, *Rec.* 1988 page 3401 ; point 25 : « le principe de l'égalité de traitement qui est à la base de cette disposition impose cependant de faire rétroagir la prise d'effet des nouveaux coefficients correcteurs à la date à laquelle la vérification se rapporte. En effet, en l'absence de caractère rétroactif de l'adaptation, des inégalités dans le pouvoir d'achat des fonctionnaires qui auraient été constatées pour des périodes pouvant s'étendre sur plusieurs années ne seraient jamais éliminées, ce qui serait incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. ». C'est le principe d'égalité qui commande et justifie la rétroactivité. Voir I. Govaere, G. Vandersanden, *La fonction publique communautaire – Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

⁶ Thèse R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, §63.

⁷ Voir pour le secteur économique : « Le principe d'égalité de traitement en droit économique communautaire », G. Apollis, *R.M.C.*, 1980, p. 76.

avec plus ou moins d'intensité dans ses exigences¹. Il est contingent du degré d'intégration défini par le droit communautaire.

205. Certains arrêts peuvent faire douter de l'existence d'un principe d'égalité au niveau communautaire. Ainsi, avant la directive 2000/78², le juge communautaire refusait de prendre l'orientation sexuelle comme un critère discriminatoire au niveau communautaire. Plus particulièrement, il refusait de le rattacher au critère prohibé du sexe³. Le refus d'un tel rattachement fût critiqué⁴, dès lors que la Cour avait admis que la distinction opérée sur le fondement du transsexualisme relève de la discrimination sexuelle⁵. En dehors de tout débat sur le rapprochement à faire entre transsexualisme et orientation sexuelle, la Cour aurait pu se fonder sur le principe d'égalité afin de contrôler la situation qui lui était soumise. Il n'était pas impératif de reconnaître l'orientation sexuelle comme un critère discriminatoire⁶, il suffisait de le traiter comme un critère de distinction, qui doit satisfaire aux exigences du principe d'égalité⁷. Certes, si le juge communautaire avait appliqué le principe d'égalité de traitement à une telle situation, il aurait considérablement étendu son champ de contrôle et toute différence de traitement aurait pu lui être soumise, bouleversant ainsi la répartition des compétences entre institutions communautaires et États membres. Cette considération a probablement dissuadé la Cour d'agir de la sorte. Toutefois, cet arrêt montre les limites de l'affirmation de l'exigence d'égalité en droit social communautaire, car celle-ci se réduit en réalité aux règles de non-discrimination. En quelque sorte, le principe d'égalité reste du ressort des États membres.

¹ Ceci explique que la jurisprudence relative aux droits sociaux des travailleurs migrants est plus tardive, car notamment en matière de Sécurité sociale, il s'agit d'une politique de coordination et non de d'unification, voir *infra* sur les droits sociaux.

² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O. n° l 303 du 2/12/2000, p. 16*).

³ C.J.C.E. 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd, Aff. C-249/96, *Rec.* 1998 page I-621.

⁴ Voir par exemple K.Berthou et A.Masselot, « La CJCE et les couples homosexuels », *Dr. Soc.* 1998, p.1034.

⁵ C.J.C.E. 30 avril 1996 P contre S et Cornwall County Council, Aff. C-13/94, *Rec.* 1996 page I-2143.

⁶ La Cour se montre soucieuse de respecter la liste des motifs discriminatoires dressée par les Traités ou le législateur communautaire ; souci qui se retrouve dans l'arrêt C.J.C.E. (grande chambre) du 11 juillet 2006, Sonia Chacón Navas c. Eures Colectividades SA, Aff. C-13/05, à propos du motif tiré de la maladie, qui n'est pas mentionnée dans la lettre de l'article 13, voir section 2, § 2, *infra*.

⁷ D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

Ainsi, le principe d'égalité communautaire, s'il permet d'étendre le champ du droit communautaire, ne permet pas au juge d'aller au-delà du droit communautaire. En d'autres termes, il est nécessaire qu'un élément d'extranéité¹ existe pour justifier l'application du droit communautaire² et nécessite une présence sur le sol communautaire. Le principe d'égalité dans le droit communautaire ne saurait avoir un caractère universel³. Les limites du droit communautaire expliquent que la question de l'égalité et l'affirmation du principe d'égalité au niveau communautaire n'ont trouvé leurs développements essentiels que dans les domaines des libertés de circulation et de « l'égalité homme-femme »⁴, prévus dans les Traités. Il ne faut donc pas prendre à la lettre l'énoncé de type universaliste dégagé par la Cour. Nécessairement, le principe d'égalité communautaire doit satisfaire aux exigences d'application du droit communautaire.

206. Une autre question amène également à douter de la pleine positivité du principe d'égalité au niveau communautaire : la « discrimination à rebours »⁵. Celle-ci consiste en la mise en place par un État membre, en vertu d'une obligation communautaire, d'un dispositif juridique qui s'avère plus favorable aux ressortissants communautaires qu'à ses propres nationaux. A ce titre, le « versant défavorable » de la mesure préjudicie les nationaux et non les ressortissants communautaires qui exercent leur liberté de circulation. De ce fait, les nationaux n'ayant pas exercé une telle liberté ne sont pas dans le cadre d'application du droit communautaire et ne peuvent donc en réclamer le respect (dont la non-discrimination fondée sur la nationalité) à l'encontre de leur propre État⁶. Autrement dit, les conditions d'application

¹ Tout du moins dans le cadre de la liberté de circulation. Pour ce qui concerne le droit social communautaire, qui a pour objet les normes de droit interne, cet élément d'extranéité n'est plus nécessaire, voir *infra*.

² Voir plus particulièrement la discrimination dite « à rebours », cf. *infra*, à propos de la citoyenneté sociale européenne.

³ L'exigence d'égalité en ce sens n'est pas « globale », cf. *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, A. Cieslar, A. Nayer, B. Smeesters, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.182-183 ; sur la question du droit des personnes non ressortissantes de l'Union européenne qui se trouvent sur le sol communautaire à revendiquer une égalité de traitement cf. S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.

⁴ Voir *infra*, section 2.

⁵ Le premier arrêt à traiter directement de cette question est C.J.C.E. 13 mars 1979, SA des grandes distilleries Peureux contre directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du Territoire de Belfort, Aff. 86/78, *Rec.* 1979 page 897. Voir *supra*, §1.

⁶ C'est en effet une situation purement interne, voir par exemple C.J.C.E. 15 janvier 1986, Derrick Guy Edmund Hurd contre Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes), Aff. 44/84, *Rec.* 1986 page 29 et C.J.C.E. 28 juin 1984, Hans Moser contre Land Baden-Württemberg, Aff. 180/83, *Rec.* 1984 page 2539. A propos de l'arrêt

du droit communautaire aboutissent à cette situation paradoxale : les ressortissants communautaires exerçant leur liberté de circulation peuvent, au nom du droit communautaire, exiger un traitement égal vis-à-vis des nationaux¹, mais les nationaux ne peuvent exiger, en dehors de l'exercice d'une liberté de circulation², une telle égalité de traitement qu'à l'encontre des autorités nationales et non des institutions communautaires³. Le droit communautaire ne s'oppose pas⁴ à ce que les États membres traitent leurs ressortissants d'une manière moins favorable que les ressortissants des autres États membres, sauf si cela compromet les objectifs de la Communauté⁵. Il aurait été possible, dans une démarche audacieuse, de considérer qu'étant donné que l'un des membres de la comparaison⁶ est un

C.J.C.E. 11 octobre 2001, Mervett Khalil (C-95/99), Issa Chaaban (C-96/99) et Hassan Osseili (C-97/99) contre Bundesanstalt für Arbeit et Mohamad Nasser (C-98/99) contre Landeshauptstadt Stuttgart et Meriem Addou (C-180/99) contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. jointes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, *Rec.* 2001 page I-7413. Ce dernier arrêt concernait des apatrides et l'impossibilité pour eux d'invoquer le droit communautaire, car ils sont restés dans « *une situation purement interne* » ; cette jurisprudence a été fortement critiquée, voir notamment « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *Chronique de J.Y. Carlier, J.T.D.E.* 2002, page 65.

¹ En dehors des exceptions préservées par le Traité, notamment le respect de l'ordre public.

² Lorsque le national exerce sa liberté de circulation pour se rendre dans un autre État membre et qu'au moment de son retour dans son État d'origine, celui-ci refuse de lui reconnaître certains « traits » (expérience, diplôme,...) acquis dans l'autre État membre, alors le national peut invoquer le droit communautaire et la non-discrimination ; à propos de la réinstallation du ressortissant dans l'État membre d'origine, voir notamment C.J.C.E. 7 juillet 1992, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex-parte Secretary of State for Home Department*, Aff. C-370/90, *Rec.* 1992 page I-4265. Mais une telle solution n'est admise que parce que le ressortissant national a exercé sa liberté de circulation.

³ Par exemple dans l'arrêt C.J.C.E. (troisième chambre) 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen contre Kari Uecker et Vera Jacquet contre Land Nordrhein-Westfalen*, Aff. jointes C-64/96 et C-65/96, *Rec.* 1997 page I-3171, la Cour affirme clairement dans son dispositif : « *Il s'ensuit qu'une personne, ressortissante d'un pays tiers, mariée à un travailleur ressortissant d'un État membre ne peut invoquer l'article 11 du règlement n°1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, lorsque ce travailleur n'a jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté.* »

⁴ C'est toujours le déplacement, qui détermine l'application du droit communautaire. Le droit communautaire ne semble connaître que de citoyen mobile... « *L'européen qui reste dans son pays n'est, au regard du droit communautaire, qu'un citoyen européen virtuel* », cf. S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.

⁵ C.J.C.E. 7 février 1979, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, Aff. 115/78, *Rec.* 1979 page 399. La Cour a toutefois une compréhension très ouverte du lien d'extranéité qui permet l'application du droit communautaire : elle a admis l'application du droit communautaire à un problème de droit au nom d'enfants ayant une double nationalité (européennes). La Cour pour justifier l'application du droit communautaire s'est reposée uniquement sur leur double nationalité. En faisant de cette nationalité double l'élément d'extranéité qui permet de se départir d'une situation purement interne, le déplacement devient fictif cf. C.J.C.E. 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, Aff. C-148/02, *Rec.* 2003, page I-11613 ; cette jurisprudence « *infléchit la doctrine des situations purement internes sans pour autant l'abandonner* », cf. « *What's in a name ? Citoyenneté, égalité et droit au nom. À propos de l'arrêt Garcia Avello* », A. Iliopoulou, *R.T.D.Eur.* 2004, p. 565.

⁶ En effet, si l'on prend l'exemple du règlement 1408/71 qui concerne la sécurité sociale des travailleurs migrants, la Cour dans son raisonnement affirme l'absence de comparabilité des situations dans de telles

ressortissant communautaire¹, le principe d'égalité aurait dès lors vocation à s'appliquer. Une telle démarche, donnant un rayonnement plus grand au principe d'égalité communautaire aurait doté ce dernier de tous les atours d'un droit fondamental² et aurait pu trouver son fondement dans la citoyenneté européenne³. Mais si la Cour avait suivi une telle démarche, elle aurait porté atteinte à la compétence des États membres, car chaque disposition nationale aurait pu être soumise à la comparaison des droits que détient le ressortissant communautaire migrant sur le territoire, provoquant ainsi la confrontation du droit national au droit communautaire, parfois parcellaire.

En somme, la solennité conférée au principe d'égalité par la C.J.U.E., en dehors de la fonction d'égalité devant la loi, semble tout entière tournée vers le renforcement et la justification des interprétations des règles de non-discrimination. Pour l'essentiel, le principe d'égalité communautaire semble instrumentalisé pour donner le plus grand effet à ces règles. Ainsi, l'affirmation du principe d'égalité par la Cour ne confère pas de droit subjectif en tant que tel aux particuliers, car celui-ci dépend étroitement du degré d'intégration dans le domaine en cause, mais en réalité constitue un objectif, une valeur qui doit être protégée⁴.

configurations, alors qu'en vérité le droit communautaire cf. C.J.C.E. 13 octobre 1977, Fonds national de retraite des ouvriers mineurs contre Giovanni Mura, Aff 22-77, *Rec.* 1977 page 1699 ; C.J.C.E. (sixième chambre) 2 octobre 1997, Office national des pensions (ONP) contre Maria Cirotti, Affaire C-144/96, *Rec.* 1997 page I-5349. Alors qu'en vérité ce règlement ne peut être invoqué que dans le sens de la protection des migrants, le sort des nationaux sédentaires n'entre pas dans le champ personnel de cette réglementation (cf. thèse S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999 p.130).

¹ Une telle abstraction de la comparaison (entre un national qui initie un recours contre une mesure et un hypothétique ressortissant communautaire) est tout à fait envisageable, car précisément c'est la démarche suivie par la Cour lorsqu'un ressortissant migrant invoque une discrimination.

² L'égalisation en faveur du citoyen européen sédentaire trouve écho dans différentes conclusions d'avocats généraux, voir par exemple les conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 6 juin 1996 dans les affaires jointes Fritz Stöber (C-4/95) et José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) contre Bundesanstalt für Arbeit, cf. *Rec.* 1997 page I-00511 ; ou encore les conclusions de l'avocat général Léger présentées le 14 novembre 1995, dans l'affaire Ingrid Boukhalfa contre Bundesrepublik Deutschland, aff. 214/94, *Rec.* 1996 page I-02253.

³ Le maintien de la jurisprudence sur la discrimination à rebours dans l'arrêt C.J.C.E. (troisième chambre) du 5 juin 1997, Land Nordrhein-Westfalen contre Kari Uecker et Vera Jacquet contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. jointes C-64/96 et C-65/96, *Rec.* 1997 page I-3171 est en contrariété avec le statut fondamental du citoyen européen dessiné à partir de l'arrêt Martinez Sala (voir infra).

⁴ Sur la notion même de droit fondamental et de leurs ressorts, article de V. Champeil Desplats, *op.cit.* Voir également O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *op. cit.*, p. 173 : « *Un droit fondamental peut être intégré au raisonnement du juge de deux façons : à titre de norme, parce que le cas concret est directement protégé par ce droit ou à titre de valeur. Dans ce dernier cas, le droit fondamental ne s'applique pas en tant que tel, mais offre une orientation, une direction plus précise à l'application d'une autre norme constitutionnelle qui, elle, s'applique directement au cas concret* ».

Néanmoins, il est permis de se demander si, à la suite de la reconnaissance de la citoyenneté européenne, l'égalité « matérielle » ou « concrète » au niveau communautaire ne pourrait pas prendre un nouveau tour et dépasser le cadre strict des règles de non-discriminations pour que celle-ci jouisse de toute la vigueur et la protection qui doit être assurée en faveur d'un droit fondamental.

II. L'ÉMERGENCE D'UNE CITOYENNETÉ « SOCIALE » EUROPÉENNE¹ ?

207. L'idée même de citoyenneté européenne peut apparaître, à première vue, étonnante. En effet elle ne se fonde pas, *a priori*, sur une identité « d'appartenance », ou sur une nation. Elle ne repose pas non plus sur l'existence d'un État européen². Précisément, la citoyenneté européenne dans sa construction même est une adjonction à la citoyenneté nationale³. Elle suppose en réalité une approche renouvelée de la citoyenneté⁴, enracinée dans la devise « unité dans la diversité ». Cette dernière démontre tout le paradoxe de la construction européenne et de la dynamique égalitaire qui la sous-tend : réaliser l'unité tout en respectant les diversités, notamment nationales. La Cour a été l'un des principaux artisans de la construction et du développement de la citoyenneté européenne. Le premier pas de l'unité, qui est au fondement de ce concept de citoyenneté, réside dans la politique jurisprudentielle de

¹ Ces développements doivent beaucoup à la S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, *op.cit.*

² Sur la qualité juridique de l'Union européenne qui n'est ni une fédération ni une confédération, voir les débats suscités par le projet de constitution européenne, cf. H. Labayle et J.-L. Sauron, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », R.F.D.A. 2005, p.1 ; *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque du 40e anniversaire de l'Institut des Hautes Etudes Européennes*, RUDH 1995, n° 7 ; J.-P. Jacqué et L. Favoreu, J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruylant, 1997 ; Voir Constantinesco, « La constitutionnalisation de l'Union européenne » *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, in J. Rideau (dir.), Paris, LGDJ, 2000, p. 133 ; H. Gaudin (dir), *Droit constitutionnel, droit communautaire. Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, 2001 ; C. Blumann, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2001, p. 277 ; R. Dehousse (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Science-Po, 2002 ; I. Pernice, *Les fondements constitutionnels de l'Union européenne*, Pédone, 2003.

³ Cf. Traité de Maastricht de février 1992.

⁴ C. Clanet et autres, *Construire une citoyenneté européenne*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 2007.

l'assimilation des travailleurs migrants aux travailleurs nationaux¹, à laquelle la Cour a donné la plus grande portée possible².

208. La notion de citoyen – au sens politique – repose en partie sur le principe d'égalité : indépendamment de ses origines, de ses croyances... le citoyen est en droit de réclamer une identité de traitement avec ses concitoyens. La notion de citoyen s'est imposée avec celle d'abolition des privilèges et d'égalité devant la loi. Si les développements de la citoyenneté se sont réalisés à mesure de l'extension du suffrage universel³, elle reste cantonnée aux nationaux. Il en va de même pour la citoyenneté européenne, qui reste attachée à la nationalité⁴ d'un des États membres. Du reste, sommeille dans la notion de citoyenneté européenne une solidarité qui s'étendrait au-delà du cadre strictement national pour atteindre le niveau communautaire⁵.

La citoyenneté est un concept à facettes multiples⁶. T.H. Marshall⁷ a avancé le concept de citoyenneté sociale, qui serait caractéristique du XX^e siècle. Celle-ci se définirait comme le pouvoir « de mener une vie civilisée en vertu des standards en vigueur dans la société ». Cette conception serait sous-tendue par la construction d'une société juste et égalitaire, le même statut social devant être garanti à chaque citoyen. Dans cette perspective le citoyen n'est pas seulement un membre du peuple, bénéficiant de droits civils et politiques,

¹ C.J.C.E. (troisième chambre) 24 avril 1980, *Una Coonan contre Insurance Officer*, Aff. 110/79, *Rec.* 1980 page 1445. Cet arrêt prévoit une application systématique de la règle du traitement national en ce qui concerne toutes les conditions d'emploi et de travail.

² Voir par exemple cf. C.J.C.E. (troisième chambre) 14 janvier 1982, *Francesco Reina et Letizia Reina contre Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Aff. 65/81, *Rec.* 1982 page 33 ; qui vise les normes quelles que soient leurs sources, même celles qui sont discrétionnaires.

³ Cf. P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1992 ; Folio-Histoire, 2001.

⁴ Plus particulièrement en France depuis la constitution du 4 novembre 1848, cf. D. Lochak, « La citoyenneté un concept flou », in D. Colas, C. Emeri et J. Zylberberg (sous la dir. de) *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, col. Politique d'aujourd'hui, 1991, p. 179.

⁵ Solidarité qui apparaît d'ores et déjà dans l'élection du Parlement européen, voir *Parlement européen et droit parlementaire : essai sur la naissance du droit parlementaire en droit européen*, sous la direction de J. Gicquel, L.G.D.J. 2006 ; *Le Parlement européen : pour une Europe des citoyens*, D. Guégen, éd. Apogée, Rennes, 1994.

⁶ *De la citoyenneté*, G. Koubi (sous la dir. de), Paris, Editions Litec, 1995, p. 13 et suivantes.

⁷ *Citizenship and social class*, T.H. Marshall (sociologue anglais), Cambridge, Editions Cambridge University press, 1950, p. 154 ; réédité *Citizenship and social class*, T.H. Marshall et T.B. Bottomore, London, edition Pluto press, coll. Classic, 1992, p. 101. Voir également D. Berland et R.A. Hansen, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne », *Dr. soc.* 1998, p. 919.

s'ouvre aussi la possibilité pour lui d'accéder à des droits sociaux¹. Cette approche, bien que critiquée², a permis de mettre en lumière la dimension sociale de la citoyenneté. Cette dimension a la particularité de se détacher de la nationalité pour ne plus être attachée qu'à la qualité de travailleur³. Ainsi, dans le droit fil du plan Beveridge⁴, il apparaît dans de nombreux États membres que les dispositifs juridiques des droits sociaux ont été étendus au résident, par exemple le revenu minimum d'insertion, ouvert aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire. La résidence va devenir peu à peu le critère de la citoyenneté sociale, sans considération pour la nationalité. Cette approche repose sur la solidarité professionnelle, qui est notamment au fondement de l'État social⁵.

209. La citoyenneté sociale s'entend également de l'exercice du pouvoir dans les relations professionnelles, notamment des décisions prises dans l'entreprise et hors de l'entreprise, mais dans le cadre des institutions sociales⁶. Elle se fonde sur les liens entre le citoyen social et la collectivité. Elle ne se réduit pas aux procédures de décision, mais fonde un statut⁷. La citoyenneté sociale ne se réduit pas au droit de vote, elle est un socle de droit⁸ dans lequel on retrouve notamment, selon certains experts, le droit à la non-discrimination. L'un des traits essentiels de la citoyenneté sociale est de fonder l'appartenance à la communauté par le travail et non par la nationalité : « *l'étranger a, peu à peu, accédé, à l'instar du national, aux droits et libertés du travail, exception faite de la liberté du travail, puis aux droits d'organiser sa vie et d'user des protections collectives. L'égalité de traitement étend son empire, du poste*

¹ Voir récemment, R. Castel, *L'insécurité sociale. qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil/La république des idées, 2003.

² Voir en particulier *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, P. Magnette, Bruxelles, Editions Bruylant, 2001, p. 1, qui affirme que la théorie de Marshall ne vaut que pour le Royaume-Uni, et ne prend pas suffisamment en compte la dimension participative de la citoyenneté.

³ Voir par exemple le droit de participer et de voter étendu aux non-nationaux, ainsi que la sécurité sociale en France.

⁴ « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de Sécurité sociale de 1945 », N. Kerschen, *Revue française de Science Politique* 1995, p.570.

⁵ Sur cette appellation voir *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, Robert Castel, coll. Folio, Gallimard, Paris, 1999.

⁶ *Qu'est ce que la citoyenneté*, D. Schnapper en coll. Avec C. Bachelier, Gallimard, Paris, 2000.

⁷ *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, M. Borgetto et R. Lafore, éditions PUF, coll. La politique éclatée, 2000, p. 6.

⁸ Le droit à la non-discrimination fait partie du *Manifeste pour une Europe sociale* Paris, Desclée de Brouwer, 1996, 175 p. (dir. U. Mückenberger).

du travail à l'expression des intérêts dans la vie quotidienne »¹. Ainsi, la citoyenneté sociale est fortement liée à l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité, car les non-nationaux peuvent revendiquer les mêmes droits sociaux que les nationaux.

Le droit social communautaire recoupe certaines des caractéristiques de la citoyenneté sociale. En particulier, se dessine dans la jurisprudence de la Cour une affirmation plus ferme des droits sociaux fondamentaux, qui est expressément fondée sur la notion de citoyenneté européenne (A.). Le dessein d'une citoyenneté « sociale » européenne² apparaît sous les traits d'une solidarité qui fait fi de la nationalité et de l'activité économique des migrants (B.). Le principal instrument de la construction de la figure de ce citoyen social est le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, qui permet d'étendre le « bénéfice » de l'État providence³ aux ressortissants communautaires non-nationaux.

A. LE RAYONNEMENT DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE SUR LES DROITS SOCIAUX

210. Dans le Traité de Rome, le progrès social est un objectif secondaire. Celui-ci est supposé se produire mécaniquement dans le sillage du progrès économique et grâce au fonctionnement du marché. Cette philosophie a pour conséquence un « *credo non interventionniste* »⁴. Mais le droit communautaire n'a pu longtemps ignorer le droit social. En particulier, la levée des obstacles susceptibles de décourager l'exercice de la libre circulation a mené à s'intéresser aux avantages et droits sociaux que pouvait revendiquer et/ou perdre le travailleur migrant. Il est donc nécessaire de s'intéresser non seulement aux droits attachés à l'activité professionnelle, mais également aux droits attachés à la vie sur le territoire du lieu de travail, qui souvent est concomitamment celui du lieu de vie.

¹ « Étranger – immigré – immigrant : question de définition », A. Lyon-Caen, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, numéro spécial « Immigration et protection sociale », 1987, p.189.

² Voir *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*, dir. P. Rodière, Série de publications de l'Académie de droit européen de Trèves, Volume 14, 1997 ; « Citoyenneté européenne et Europe sociale », M. Bonnechère, *Europe* 2002 n°7, p. 6 ; « Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ? » M. Bonnechère, *Europe* 2000 n°7, p. 4 ; EU Sex Equality Law post Amsterdam, A. Numhauser-Henning, in H. Meenan Ed., p. 176-177.

³ F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

⁴ F. Kesller et J. Ph. Lhernould, *Droit social et politique sociales communautaires*, Rueil Malmaison, éd. Liaisons, Liaisons sociales, 2003 p. 51.

Ce faisant, la Cour, à la suite de la reconnaissance de la citoyenneté européenne¹, n'a pas cantonné ce concept aux seuls droits politiques dans le cadre de l'Union européenne. Elle s'est directement fondée sur celui-ci dans des espèces qui concernent des droits sociaux². Un tel recours à la citoyenneté européenne signifie en premier lieu que la Cour ne limite pas la citoyenneté aux droits civils et politiques et lui donne un sens dynamique, mobilisable devant le juge communautaire. La citoyenneté européenne est non seulement applicable aux droits sociaux, mais ce concept sert également de guides d'interprétation de la réalisation du droit communautaire³. C'est une exigence « constitutionnelle » qui s'impose au droit dérivé communautaire.

211. Dans une seconde perspective, de tels recours à la citoyenneté européenne permettent de conférer le plus grand rayonnement possible aux droits sociaux en faveur des citoyens européens migrants. La référence à la citoyenneté européenne va achever de considérer le travailleur migrant comme un simple agent économique pour le considérer comme un être humain. Ainsi, dans l'arrêt *Martinez Sala*⁴, la requérante, de nationalité espagnole vivant en Allemagne, avait sollicité une allocation d'éducation en faveur de son enfant. Au moment de la demande, elle n'était pas en possession d'un titre de séjour, mais seulement de documents attestant que la prorogation de son titre de séjour était sollicitée. Sa demande fut rejetée au motif que l'intéressée ne possédait ni la nationalité allemande, ni une autorisation de séjour, ni un titre de séjour. La C.J.U.E. va établir une sorte de dispositif de rattrapage sur le fondement de la citoyenneté européenne : si le juge national estime que la requérante n'est pas *rationae personae* en droit de revendiquer l'avantage en cause au titre du droit communautaire dérivé⁵, celle-ci peut toutefois revendiquer au titre de la citoyenneté européenne le bénéfice de

¹ La citoyenneté européenne est désormais définie l'article 9 du Traité sur l'Union européenne et aux articles 18 et suivants du Traité F.U.E.

² Voir par exemple l'arrêt le plus remarqué en ce sens cf. C.J.C.E. 12 mai 1998, *María Martínez Sala contre Freistaat Bayern*, Aff. C-85/96, *Rec.* 1998 page I-2691 ; sur cet arrêt voir la thèse de P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

³ J.Porta, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J., 2008.

⁴ Voir P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, op.cit.* Point 148 à 154.

⁵ Plus précisément au sens des règlements n° 1612/68 et n° 1408/71. L'une des difficultés en l'espèce est que ces dispositifs communautaires sont orientés vers le travailleur communautaire, or Madame Martinez Sala, bien qu'ayant travaillé plusieurs années en Allemagne n'avait plus exercé d'activités professionnelles depuis de nombreuses années.

l'allocation¹, à condition que le droit en cause entre bien dans le champ d'application *rationae materiae* du droit communautaire. En somme, la citoyenneté européenne permet une extension de l'application *rationae personae* du droit communautaire « *indépendamment d'une quelconque qualité d'usager du marché, grâce à la situation de citoyen européen* »². À compter de cet arrêt³ le droit à la non-discrimination fondée sur la nationalité devient un droit propre du citoyen européen, un élément de son « statut primaire »⁴, et non plus seulement le prolongement de la liberté de circulation. Ce processus d'autonomisation du principe d'égalité de traitement permet d'écarter les conditions économiques de la migration et l'attention portée à la suffisance des ressources du travailleur⁵.

Cette extension autorise la Cour à contrôler toutes les prestations sociales, de la demande d'allocation de recherche d'emploi⁶ au minimex belge⁷ en faveur d'un étudiant. Elle affirme, à ces différentes occasions : « *Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans*

¹ Point 61 de l'arrêt.

² Conclusions de l'avocat général La Pergola 30 septembre 99 sur l'affaire 356/98 Kaba. Voir également en ce sens, R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, § 80 à 82.

³ C.J.C.E. 20 septembre 2001, Grzelczyk, affaire C-184/99, Rec. 2001 page I-06193 ; voir J.-P.Lhernould, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », Dr. Soc. 2001 p.1103 ; F. Kessler, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », R.J.S. 2002 p.11 ;

⁴ Note sous arrêt C.J.C.E. 20 septembre 2001, aff. 184/99, D.O. 2002, p. 131.

⁵ A propos du minimex belge versé à un ressortissant français qui en échange de travaux bénéficie d'un hébergement et d'un peu d'argent de la part de l'Armée du salut, mais n'a pas suffisamment pour vivre de manière autonome cf. C.J.C.E. (grande chambre) 7 septembre 2004, Aff. C-456/02, Michel Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), Rec. 2004, page I-7573 ; « Sur les conditions d'accès d'un citoyen de l'Union européenne au bénéfice d'une prestation d'aide sociale », note de F. Kessler, R.D.S.S. 2005, p. 245 et C. Willmann, « Bénéfice d'une prestation sociale et citoyenneté de l'Europe », R.J.S. 2005, p. 12.

⁶ C.J.C.E. (assemblée plénière) 23 mars 2004, Aff. C-138/02, Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions, point 63 « Compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 48, paragraphe 2, du traité, qui est une énonciation du principe fondamental d'égalité de traitement garanti par l'article 6 du traité, une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre. ». L'allocation avait été refusée par les autorités nationales en raison du défaut de résidence habituelle sur le territoire ; la Cour semble permettre un tel dispositif à condition de démontrer qu'elle ne constitue pas une discrimination indirecte, la Cour admettant la justification d'un lien suffisant avec le territoire pour pouvoir bénéficier de l'allocation.

⁷ Le minimex est une aide sociale (revenu d'intégration) qui vise à octroyer un minimum de moyens d'existence ; cf. C.J.C.E. 20 septembre 2001, Rudy Grzelczyk et Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Aff. C-184/99, Rec. 2000 page I-6193 ; F. Kessler « Conditions d'attribution d'un revenu minimum à un étudiant européen », R.J.S., 2002, p. 11.

préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »¹. La citoyenneté européenne permet de donner le champ d'application personnel le plus étendu aux règles de lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité : toute personne migrante et séjournant légalement sur le territoire de l'Union.

Une telle conjugaison de la citoyenneté européenne et de l'égalité permet d'éliminer les statuts particuliers², en embrassant le migrant communautaire et le national d'un État membre dans un même concept : le citoyen européen.

L'émergence de la figure du citoyen européen et de son extension aux domaines sociaux pose la question de la naissance d'une citoyenneté sociale européenne, socle d'un statut social détaché aussi bien de la nationalité et de l'activité économique³.

B. VERS UNE SOLIDARITÉ INTRACOMMUNAUTAIRE ?

212. Afin de comprendre l'apport du concept de citoyenneté européenne dans l'extension de l'application du champ personnel, il convient de rappeler les limites du droit communautaire dérivé qui existaient précédemment. A cet égard, le droit de la sécurité sociale fournit l'exemple le plus éclatant de son apport.

Initialement, seul le travailleur migrant était concerné, le droit communautaire visant essentiellement à faciliter sa mobilité professionnelle. Dans cette perspective, le droit communautaire a dans un premier temps, tenté de coordonner⁴, les différents systèmes de Sécurité sociale⁵. Le but était de préserver les droits acquis du travailleur migrant d'une part

¹ Voir, notamment, les arrêts précités : Grzelczyk, points 31 et 32 ; Garcia Avello, points 22 et 23 et Brian Francis Collins point 61.

² Il ne saurait y avoir de régime spécifique pour les ressortissants communautaires, cf. C.J.C.E. 16 juin 1987, Commission des Communautés européennes contre République italienne, Aff. 225/85, *Rec.* 1987 page 2625.

³ Qui transparait dans le droit communautaire dérivé, notamment au travers de la notion d'avantage social dans le Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*Journal officiel* n° L 257 du 19 octobre 1968 p. 2 – 12).

⁴ La coordination ne signifie ni harmonisation ni convergence ; elle maintient les différences entre législations cf. Y. Cassard et P. Venturi « La dimension européenne de la protection sociale », *Dr.soc.* 1995, p. 772 et M. Laroque, « Coordination et convergence des systèmes de Sécurité sociale des États membres de la CEE », *Dr.soc.* 1993, p. 792. Il demeure un principe de territorialité. Le droit communautaire vise à limiter ou supprimer les entraves.

⁵ La coordination communautaire ne peut être assimilée à la règle « classique » de droit international, et les règles qui en découlent ne peuvent être soumises à une convention de réciprocité. Une telle condition constitue

et de lui permettre d'accéder aux droits servis sur le territoire de l'État sur lequel il travaille d'autre part. Alors même que l'ensemble des systèmes de Sécurité sociale nationaux tend vers l'universalité¹, le règlement communautaire 1408/71² est lui cantonné aux travailleurs. La notion est certes communautarisée³, mais elle nécessite une appréciation pour la distinguer de la notion de non-travailleurs, qui elle ressort de l'appréciation du juge national⁴. Monsieur S. van Raepenbusch affirme « *C'est là l'un des paradoxes de la détermination du champ d'application personnel du règlement : alors qu'elle repose sur l'existence d'une notion proprement communautaire, on n'échappe pas à l'examen des dispositions du droit interne* »⁵.

La jurisprudence a beaucoup œuvré pour donner plein effet aux droits ainsi reconnus aux travailleurs migrants. Dès lors que son séjour est régulier, le travailleur migrant doit être assimilé au national de l'État membre d'accueil⁶. Sa nationalité ne doit pas être prise en considération pour supprimer ou diminuer ses droits sur le territoire⁷. Ceci, conjugué à la « discrimination à rebours »⁸, aboutit à ce que les droits des nationaux soient un plancher pour les travailleurs migrants en matière de conditions d'emploi et de droits à la Sécurité sociale. En particulier, dans ce dernier domaine, le passage de la frontière ne doit plus marquer une

une discrimination, car par définition elle n'est pas posée pour les nationaux. cf. C.J.C.E. 22 juin 1972 Rita Frilli contre État belge, Aff. 1/72, Rec. 1972 page 457.

¹ Voir par exemple C. Zaidman, « Le régime universel : les objectifs et les difficultés de sa mise en place », Dr. soc. 1996, p. 333.

² Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (Journal officiel n° L 149 du 05/07/1971 p. 2 – 50), qui remplace les règlements n° 3 et 4 du 25 septembre 1958.

³ Le règlement 1408/71 tend à « *favoriser bien plus que les migrations de main d'œuvre, le tourisme social européen* », cf. « Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale, note sous arrêt C.J.C.E. 19 mars 1964, aff. 75/63 », G. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1964, p. 660.

⁴ C.J.C.E. 19 mars 1964, M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht, Aff. 75/63, *Rec.* édition française page 347 ; « *qu'il appartient donc à la juridiction nationale, seule compétente pour interpréter le droit interne, d'apprécier si, en chaque espèce, la faculté d'adhérer à la sécurité sociale a été donnée à l'intéressé en raison de la qualité de " travailleur " antérieurement possédée et si l'affiliation a été maintenue en raison d'une éventuelle reprise de cette activité* ».

⁵ S. Van Raepenbusch, *La sécurité sociale des travailleurs européens. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles, éd. De Boeck Université, coll. Bibliothèque de droit social, 2001, p.37.

⁶ Le principe de non-discrimination est au cœur du mécanisme de coordination cf. « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelques perspectives », A. Lyon-Caen, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1991, p. 108.

⁷ Voir *supra*.

⁸ Voir *supra* cf. fondamentalité de l'égalité.

discontinuité juridique¹. Monsieur Lyon-Caen affirme : « *assumer la continuité juridique, en dépit du déplacement du salarié, c'est encourager sa mobilité* »².

Néanmoins, la condition d'activité préalable posée par le droit communautaire pour rendre applicable le règlement 1401/71 revient à exclure certains migrants qui exercent leur droit à la mobilité³, en particulier ceux à la recherche d'un premier emploi et les retraités. A cela s'ajoutait le fait que les membres de la famille du travailleur migrant ne bénéficiaient que des garanties offertes par le droit communautaire dérivé⁴. Privés de l'invocation de la règle fondamentale d'égalité, ceux-ci ne peuvent revendiquer que les avantages des familles de travailleurs nationaux⁵.

Progressivement le statut social du migrant communautaire va se détacher de la figure du travailleur migrant pour tendre vers la promesse d'un statut social du citoyen de l'Union. C'est principalement au travers de la notion « d'avantage social »⁶ du règlement 1612/68¹ que

¹ C.J.C.E. 7 février 1979, J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken, Aff. 115/78, *Rec.* 1979 page 399. Cela implique des obligations pour les États : cf. Arrêt de la Cour du 7 mai 1991, Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, Aff. C-340/89, *Rec.* 1991 page I-2357.

² A. Lyon-Caen, « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne », *Dr.soc.* 1989, p. 467.

³ X. Prétot, « La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté », *Dr.soc.* 1989, p. 565.

⁴ C.J.C.E. 23 novembre 1976, Slavica Kermaschek contre Bundesanstalt für Arbeit, Aff. 40-76, *Rec.* 1976 p. 01669, point 9 ; C.J.C.E. 9 juillet 1987, Maria Frascogna contre Caisse des dépôts et consignations, Aff. 256/86, *Rec.* 1987 p. 03431, point 15, 18 C.J.C.E. 20 juin 1985, Office national de l'emploi contre Jozsef Deak, Aff. 94/84, *Rec.* 1985 p. 01873, points 15 et 16 C.J.C.E. 15 mars 1994, Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne, Aff. C-45/93, *Rec.* 1994 p. I-00911.

⁵ C.J.C.E. 30 avril 1996, Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank contre J.M. Cabanis-Issarte, Aff. C-308/93, *Rec.* 1996 p. I-02097, points 22, 30 à 34. Cette interprétation des droits dérivés ressort de la lettre même du règlement, mais également du fait que certains droits sont exclusivement reconnus aux travailleurs. Mais la prestation pour laquelle les membres de la famille du travailleur migrant se voit exclus pourrait être cantonnée à celle qui était en cause dans cette affaire, à savoir la prestation de chômage, voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Alber présentées le 26 juin 2000, dans l'affaire Urszula Ruhr contre Bundesanstalt für Arbeit, aff. 189/00.

⁶ Sur cette notion d'avantages sociaux cf. C.J.C.E. 30 septembre 1975, Anita Cristini contre Société nationale des chemins de fer français, Aff. 32-75, *Rec.* 1975 p. 01085, point 12 et 13 ; C.J.C.E. 27 mars 1985, Vera Hoeckx contre Centre public d'aide sociale de Kalmthout, Aff. 249/83, *Rec.* 1985 p. 00973 point 20 ; C.J.C.E. 12 juillet 1984, Carmela Castelli contre Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Aff. 261/83, *Rec.* 1984 p. 03199. La notion d'avantage social « *est une formule sibylline, formule passe-partout qui a permis à la Cour de justice des Communautés européennes de pourchasser toute discrimination, dans toute cette zone qui n'appartient entièrement ni aux rapports de travail, ni à la sécurité sociale* » cf. G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, précis Dalloz 1993, p. 218. L'avantage social est « *un fourre-tout utile pour donner toute sa force au principe d'égalité de traitement au-delà de la complexité des textes* » cf.

la Cour a su dépasser les limites d'application posées dans les autres textes communautaires² et atteindre, au-delà du seul travailleur migrant³, les migrants non travailleurs, tels les étudiants⁴ ou les chômeurs⁵. Dans ce cadre, la lutte contre la discrimination est le « bras armé » pour supprimer toute distinction fondée sur la nationalité et permettre l'assimilation du migrant communautaire au national⁶.

Ainsi, l'extension du domaine d'application personnel sur le fondement de la citoyenneté européenne s'inscrit dans un double mouvement d'extension des droits du travailleur migrant à l'ensemble des avantages sociaux et par l'autonomisation des droits des migrants non travailleurs.

En premier lieu, cette lutte a été étendue aux avantages sociaux⁷. Cette extension implique que l'on ne s'intéresse plus seulement aux relations qu'entretient le travailleur migrant avec son employeur, mais également aux relations avec différents organismes voire éventuellement avec l'État d'accueil lui-même. Le ressortissants communautaires bénéficie

M.-A. Moreau, « Rapport de synthèse », in *Trente ans de libre circulation des travailleurs en européenne*, dir. Y. Carlier, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000, p. 113.

¹ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*Journal officiel* n° L 257 du 19 octobre 1968 p. 2 – 12).

² C.J.C.E. (deuxième chambre) 27 mars 1985, Vera Hoeckx contre Centre public d'aide sociale de Kalmthout, Aff. 249/83, *Rec. 1985 page 973* ; C.J.C.E. (première chambre) 6 juin 1985, Maria Frascogna contre Caisse des dépôts et consignations, Aff. 157/84, *Rec. 1985 page 1739* ; C.J.C.E. 12 mai 1998, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern, Aff. C-85/96, *Rec. 1998 page I-2691*. J. Ph. Lhernould, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Dr.soc.* 1997, p. 388. du même auteur : « avantages sociaux et égalité de traitement. Une nouvelle étape dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *Dr.soc.* 1999, p. 938.

³ Les membres de la famille du travailleur migrant peuvent également jouir de l'exportabilité des avantages sociaux cf. C.J.C.E. 27 novembre 1997, Meints contre Minister van Landbouw, Aff. C-57/96, *Rec. 1997 I. p. 6689* et C.J.C.E. (cinquième chambre) 8 juin 1999, C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Aff. C-337/97, *Rec. 1999 P. I-3289*. Voir l'article de M. J.Ph. Lhernould, *ibid.*

⁴ C.J.C.E. 20 septembre 2001, Rudy Grzelczyk et Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Aff. C-184/99, *Rec. 2000 page I-6193*.

⁵ C.J.C.E. 27 novembre 1997, Meints contre Minister van Landbouw, Aff. C-57/96, *Rec. 1997 I. p. 6689*. En l'espèce, M. Meints, de nationalité allemande, a travaillé dans une exploitation agricole néerlandaise, tout en résidant en Allemagne. A la suite de mesures prises par son ancien employeur pour mettre des terres en jachère, M. Meints a perdu son emploi et a alors perçu une allocation de chômage en Allemagne. Il a demandé aux autorités néerlandaises de lui accorder une prestation au titre du régime d'indemnisation spécifique du secteur agricole néerlandais.

⁶ Finalement, la liberté de circulation a permis la promotion d'un statut social communautaire. La notion d'avantage social est au cœur de cette dynamique, elle marque le passage d'une Europe des travailleurs à une Europe des citoyens. J. Ph. Lhernould, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Dr.soc.* 1997, p. 388.

⁷ Et fiscaux.

des droits qui sont directement attachés au contrat de travail, comme le chômage¹, ou ceux qui encadrent la conclusion² du contrat, c'est-à-dire l'embauche. La Cour a également étendu l'application de l'égalité à des avantages qui ne présentent pas de liens directs avec le contrat de travail³. Cette jurisprudence a permis au-delà des prestations de Sécurité sociale d'englober les prestations d'aide sociale qui n'étaient pas prévues initialement dans les règlements applicables⁴. En second lieu, l'interprétation maximaliste⁵ « d'avantage social » a permis de saisir les prestations sociales et médicales⁶ qui échappaient au système de coordination communautaire, à l'image du minimex belge⁷, pour se détacher de l'activité professionnelle et tendre vers les conditions de vie du travailleur⁸ et de sa famille. Elle permet de toucher des

¹ Pour l'indemnité de chômage cf. C.J.C.E. (première chambre) 20 juin 1985, Office national de l'emploi contre Jozsef Deak, Aff. 94/84, *Rec.* 1985 page 1873.

² Pour la formation cf. C.J.C.E. 21 juin 1988, Lair contre Universität Hannover, Aff. 39/86, *Rec.* 1986 page 3161.

³ A propos de la carte de réduction pour famille nombreuse cf. C.J.C.E. 30 septembre 1975, Anita Cristini contre Société nationale des chemins de fer français, Aff. 32-75, *Rec.* 1975 page 1085 ; *R.T.D.Eur.* 1976, p.383 ; (notons également que la demande a été faite par la famille du travailleur après le décès de celui-ci).

⁴ C.J.C.E. (deuxième chambre) 27 mars 1985, Vera Hoeckx contre Centre public d'aide sociale de Kalmthout, Aff. 249/83, *Rec.* 1985 p. 973 ; C.J.C.E. (première chambre) 6 juin 1985, Maria Frascogna contre Caisse des Dépôts et Consignations, Aff. 157/84, *Rec.* 1985 p. 1739 ; C.J.C.E. 12 mai 1998, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern, Aff. C-85/96, *Rec.* 1998 p. I-2691.

⁵ Aussi par la reconnaissance d'accès à de tels avantages à tous les membres de la famille au-delà de ceux qui bénéficient du regroupement familial entendu extensivement : pour les concubins cf. C.J.C.E. 17 avril 1986, État néerlandais contre Ann Florence Reed, Aff. 59/85, *Rec.* 1986 p. 01283. La question centrale se pose si l'accès à l'avantage pour les membres de la famille constitue un avantage pour le travailleur lui-même cf. C.J.C.E. 20 juin 1985, Office national de l'emploi contre Jozsef Deak, Aff. 94/84, *Rec.* 1985 p. 01873 ou allocation vieillesse cf. C.J.C.E. 6 juin 1985, Maria Frascogna contre Caisse des dépôts et consignations, Aff. 157/84, *Rec.* 1985 p. 01739 ; C.J.C.E. 18 juin 1987, Centre public d'aide sociale de Courcelles contre Marie-Christine Lebon, Aff. 316/85, *Rec.* 1987 p. 02811 ; Cf. *Dr.Soc.* 1989 p.423, obs. X. Prétot et note Boutard Labarde, *J.C.P. G.* 1988, II, 20937.

⁶ Extension d'une « vaste série d'avantage » cf. J.-P. Lhernould, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Dr.Soc.* 2001 p.1103. Extension confirmée par la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE et 93/96/CE et Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

⁷ Arrêt Hoecks, *op.cit.* La notion d'avantage social est suffisamment souple pour embrasser les allocations de subsistance dite « mixte » (assurance/aide social) tel le minimex, voir arrêt Frili, *op.cit.* 1972.

⁸ Arrêt Lair, *op.cit.* 39/86 point 36 : la cessation de la relation de travail n'emporte pas en elle-même la perte de la qualité de travailleur au sens communautaire si bien que ce dernier peut continuer de bénéficier de mesure de formation professionnelle ou de reconversion dans l'Etat d'accueil ; alors même que l'article 7§3 semble entendre restrictivement la notion de formation ouverte aux ressortissants communautaire car la directive vise exclusivement les formations au sein des écoles de formation et à l'exclusion des formations offertes au sein des universités. Cf. J. Ph. Lhernould, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Dr.soc.* 1997, p. 388.

« *domaines périphériques à la relation de travail* »¹. La jurisprudence a permis l'extension aux ressortissants communautaires de dispositifs qui reposent sur la solidarité.

213. La citoyenneté européenne et la lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité se complètent de manière dynamique pour s'enrichir et se renforcer mutuellement afin de former le socle de la solidarité intracommunautaire². Toutefois, cette solidarité ne se traduit pas par la définition d'un statut en tant que tel, au niveau communautaire, mais par l'extension des droits nationaux aux migrants communautaires. Cette solidarité reste avant tout territorialisée. Cette « *esquisse du citoyen européen suppose qu'à l'égalité du travailleur communautaire dans l'entreprise, s'ajoute l'égalité dans la cité pour lui et les membres de sa famille* »³. La citoyenneté européenne permet l'extension des droits des ressortissants communautaires dans des matières connexes à la relation de travail, jusque dans la vie quotidienne. Elle permet de dépasser le strict cadre de la vie professionnelle⁴.

La citoyenneté sociale européenne ne se réalise pas au travers d'un statut social en propre du citoyen européen. Les avantages que peut réclamer le citoyen européen reposent sur l'assimilation et l'intégration⁵ de celui-ci dans la communauté nationale dans laquelle il a choisi de vivre⁶. Néanmoins, le dessein du statut social¹ du citoyen européen, au-delà des

¹ E. Cerexhe, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Etudes de droit des communautés européennes*, Mélanges offerts à Ph. Teitgen, Paris, Pedonne, 1984, p.33. L'expression communautaire d'avantage social est entendue largement par la Cour au point d'y inclure le droit d'utiliser sa propre langue dans les procédures juridictionnelles dans l'Etat d'accueil. cf. arrêt Mutsch 137/84, *op.cit.* Aussi l'avantage social recouvre les aides pour la poursuite d'études universitaires cf. conclusions avocat général 17 sept. 1987 Sir Gordon Slynn sur aff. 39/86 Lair, *op.cit.*

² Dans le sens interne à l'Union européenne ; il ne s'agit pas ici de communauté au sens de minorité ou de communauté de travail.

³ B. Teyssié, « L'organisation juridique de la mobilité et les relations de travail : ambitions et méthode de réalisation », *Revue du marché commun*, 1991, p. 100.

⁴ E. Cerexhe, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Etudes de droit des Communautés européennes*, Mélanges P. H. Teitgen 1984 p. 33. Ainsi pour libre accès au droit au logement, notamment pour des prêts avantageux cf. arrêt 88 Commission c. Italie 62/86, *op.cit.*

⁵ M.A. Moreau, « Rapport de synthèse », in *Trente ans de libre circulation des travailleurs en européenne*, dir. Y. Carlier, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000, p. 113. Désormais le travailleurs migrants n'est plus seulement envisagés au traers de la seul figure de l'agent économique, cf. D. O'Keefe, « La libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire. Acquis et perspectives », in J.Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.

⁶ L'un des problèmes de cette approche est d'exclure ceux qui se déplacent pour un temps plus ou moins court. Le système communautaire les considère alors comme toujours intégrés dans leur État d'origine. Ce phénomène

droits conférés par les différents textes de droit dérivé, contient d'ores et déjà un principe dont la positivité est démontrée dans l'ensemble de ces textes et des jurisprudences précitées : la lutte contre la discrimination fondée sur la nationalité. La construction de ce socle qui repose sur la coordination² et une certaine harmonisation n'assure pas d'uniformité : par exemple, un étudiant migrant peut bénéficier d'aides dans les mêmes conditions que les nationaux, à condition que cette aide ne soit pas uniquement une aide de subsistance³ ; de même, il reste toujours un débat quant à savoir si les membres de la famille du travailleur sont exclus du bénéfice des prestations chômage⁴. Néanmoins, à supposer même que le concept de citoyenneté européenne puisse faire bénéficier des avantages sociaux à tout migrant communautaire⁵, les textes de droit communautaire dérivé restent applicables aux travailleurs migrants communautaires. Ainsi, il convient désormais de distinguer au sein des ressortissants communautaires migrants, ceux qui bénéficient d'une législation communautaire spécifique, comme le travailleur migrant en matière de coordination des régimes de la Sécurité sociale, et les autres dont le seul fondement pour revendiquer des droits auprès de l'État d'accueil est l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶, qui prohibe toute discrimination en raison de la nationalité. Un tel phénomène est paradoxal : les législations communautaires spécifiques visent à rendre plus effectifs la libre circulation de leurs bénéficiaires, mais ceux qui s'appuient uniquement sur la non-discrimination fondée sur la nationalité et la citoyenneté européenne bénéficient d'une assimilation au national beaucoup

fait ressortir l'ambiguïté de cette approche : le citoyen européen ne peut être intégré que dans la communauté nationale d'un seul État.

¹ A.Touffait, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de sécurité sociale des travailleurs européens qui se déplacent », in *Etudes de droit des Communautés européennes*, Mélanges P-H Teitgen, Paris, Pedone, 1984, p. 511 à 527. Voir aussi M. Bonnechère, « La libre circulation des travailleurs salariés dans l'Union européenne », *D.O.* 1995, p. 319.

² J. Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Dr.soc.* 2002, p. 799.

³ L'article 12 du Traité n'est alors d'aucun secours cf. C.J.C.E. 13 février 1985, Françoise Gravier contre Ville de Liège, Aff. 293/83, *Rec.* 1985 p. 00593 et C.J.C.E. 26 février 1992, V. J. M. Raulin contre Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Aff. C-357/89, *Rec.* 1992 p. I-01027.

⁴ C.J.C.E. 23 mars 2004, Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions, Aff. C-138/02, *Rec.* 2004 p. I-02703 cf. L. Idot, « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? », *Europe*, n°1, janvier 2004, chronique n°1, p. 3. Voir également M. Poiars Maduro, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in Philippe Alston, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001 p. 465.

⁵ Comme semble le suggérer la motivation très extensive de la C.J.C.E. dans certains arrêts, à commencer par l'arrêt C.J.C.E. 12 mai 1998, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern, Aff. 85/96, *Rec.* 1998 page I-02691.

⁶ Anciennement numéroté article 12 du Traité C.E.

plus ouverte, car directement fondée sur le droit primaire. Cette différence montre le dynamisme de la jurisprudence qui a su aller au-delà du droit communautaire dérivé et poser les jalons d'un statut communautaire plus général. Cette jurisprudence montre que l'extension toujours croissante du bénéfice des droits sociaux en faveur des migrants communautaires souffre toujours de ce défaut congénital qui marque aujourd'hui plus encore la nécessité de couper le cordon entre statut social et travail, afin de définir une citoyenneté sociale communautaire complète¹. L'unité sous-jacente de la citoyenneté européenne doit mener vers une application uniforme de la non-discrimination et mettre fin à l'application d'un principe d'égalité de traitement à géométrie variable. Aujourd'hui encore, si la citoyenneté européenne participe de l'objectif d'absorber les statuts particuliers, le recours jurisprudentiel à un tel concept reste subsidiaire, ce qui implique nécessairement une diversité des droits applicables. Le statut social du citoyen européen devrait se détacher de la figure du travailleur pour tendre vers l'individualisation², qui se fait jour dans l'ensemble des dispositifs juridiques des États membres. Ce mouvement d'individualisation se définit par le détachement de la titularité des droits sociaux de l'exercice d'une activité économique ou d'un éventuel lien avec une personne exerçant une telle activité, afin de conférer de tels droits à tout citoyen. Cette approche repose sur une généralisation dans l'égalisation et apparaît sous l'aspect d'une convergence des systèmes de protection sociale vers le modèle beveridgien, et ce, même pour les législations nationales d'origine « bismarckienne ». Cette tendance est déjà perceptible dans la jurisprudence de la C.J.U.E.³.

La C.J.U.E. combine liberté de circulation des travailleurs et principe de non-discrimination. Dans la perspective de la liberté de circulation, la citoyenneté européenne ne permet pas aux ressortissants communautaires non nationaux de jouir d'un statut en tant que tel. Par exemple, il n'existe pas d'obligation de conférer un avantage spécifique aux travailleurs migrants, mais l'interdiction de discrimination permet de mettre à l'écart tout

¹ A. Lyon-Caen, « Libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne », *Dr.soc.* 1989, 526. Sur la notion de citoyenneté sociale communautaire et plus particulièrement sur l'impact pour les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne cf. S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.

² Ce terme est polysémique, nous reprenons l'acception de N. Kerschen, « Vers une individualisation des droits sociaux : approche européenne et modèles nationaux », *Dr. soc.* n°2, Paris, p. 216-222.

³ Voir par exemple, à propos du Minimex belge, C.J.C.E. 27 mars 1985, Vera Hoeckx (...), précité.

dispositif ou l'articulation des dispositifs¹ qui désavantagerait les travailleurs qui ont exercé leur liberté de circulation. L'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité fait peser sur l'État membre l'obligation de réaliser l'égalité substantielle entre ses nationaux et les ressortissants communautaires².

Toutefois, le principe d'égalité en droit communautaire ne se réduit pas à la non-discrimination selon la nationalité. Ainsi, le droit communautaire impose également certaines exigences égalitaires dans l'ordre juridique interne, comme la non-discrimination en raison du sexe. Celle-ci participe aux droits fondamentaux intégrés dans l'ordre communautaire³ et pourrait constituer le socle du statut social (émergent) du citoyen européen.

SECTION 2 : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ AU SEIN DU DROIT SOCIAL COMMUNAUTAIRE

214. Le Traité de Rome⁴ n'avait pas pour objet premier le droit social, mais la France⁵, avait le souci de se prémunir contre un éventuel « dumping social ». Elle craignait que les autres États membres profitent de la moindre rémunération du travail féminin pour concurrencer injustement les travailleurs français, qui selon les croyances d'alors⁶, étaient rémunérés au même niveau quel que soit leur sexe. La France a donc fait introduire dans le texte du Traité de Rome une clause portant sur « l'égalité de rémunération entre hommes et

¹ Voir par exemple à propos de la pension retraite d'un travailleur communautaire ayant effectué sa carrière sur deux États membres et sur l'articulation de leurs législations cf. C.J.C.E. 5 octobre 1994, Simon J. M. van Munster contre Rijksdienst voor Pensioenen, Aff. 165/91, Rec. 1994 page I-4661.

² En ce sens, voir R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, § 227.

³ C.J.C.E. 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, rec. p. 1125.

⁴ Le Traité instituant la Communauté européenne est l'un des deux Traités fondamentaux des institutions politiques européennes avec le Traité sur l'Union européenne. Il a été signé le 25 mars 1957 par l'Allemagne, la France, l'Italie et les trois pays du Benelux. Les délégations ont exprimé la volonté de s'engager dans un processus irréversible. Selon son préambule, le Traité vise notamment à « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ».

⁵ La France craignait que certains secteurs économiques ne subissent la concurrence d'entreprises ressortissantes des autres États membres du Traité, qui ne recrutaient qu'une main-d'œuvre exclusivement féminine, moins bien payée. La France voulait éviter ainsi l'avantage concurrentiel des entreprises qui ne recrutaient que des femmes.

⁶ À propos de l'article 119 voir notamment « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes », L. Imbrechts, *R.T.D.Eur.* 1986, p. 232 ; « L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes », *Dr.soc.* 1994, p. 605.

femmes »¹. Si, au départ, cette clause s'inscrit dans une logique de concurrence, à l'instar de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans le cadre des libertés des circulations, son interprétation va lui permettre d'acquérir une dimension sociale² et humaine³. Cette clause a pris une telle importance, par le truchement du droit dérivé⁴ et de la jurisprudence, que la non-discrimination à raison du sexe constitue aujourd'hui l'un des piliers du droit social communautaire (§1). Son rayonnement a été si puissant que la lutte contre les discriminations est dorénavant inscrite dans le droit primaire de l'Union européenne, notamment dans l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵. Celui-ci est aujourd'hui le fondement d'une véritable politique de lutte contre les discriminations, qui nécessite d'être précisée (§2).

¹ Si la terminologie communautaire vise le terme d'égalité, nous préférons l'expression de non-discrimination. En effet, sans dénier l'idée d'égalité qui sous-tend le dispositif communautaire, celui-ci à notre sens vise à prohiber l'utilisation d'un critère, celui du sexe. Il ne s'inscrit pas dans la logique de contrôle du principe d'égalité qui sur la seule considération d'un critère de distinction en lui-même décide que l'acte ou le traitement est arbitraire. L'application du principe d'égalité supposerait d'évaluer le caractère arbitraire de la distinction à l'aune de l'objet de l'acte ou du traitement, cf. Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. C'est pour cette raison que nous employons l'expression égalité de traitement entre les sexes ou entre hommes et femmes entre guillemets.

² Si l'inspiration est commune, le droit communautaire ne voit pas, dans le domaine du droit social communautaire, son application soumise à l'exigence d'une extranéité ; comme dans le cadre de la liberté de circulation. Il s'agit d'établir directement, au niveau communautaire, des exigences minimums qui régissent les relations entre salariés et employeurs.

³ En ce sens, à propos de l'égalité des sexes, voir la thèse de S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 415 et suivantes.

⁴ L'égalité entre les sexes a fait l'objet d'une intense activité législative ces dernières années, avec la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel* n° L 269 du 05/10/2002 p. 15 – 20, qui vise à consolider et modifier quelques acquis jurisprudentiels pour les aligner avec les deux « directives 2000 » (voir *infra*) ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, (*Journal officiel* n° L 373 du 21/12/2004 p. 37 – 43) qui étend son domaine d'application et enfin la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (*JO L 204* du 26.7.2006, p. 23–36), dite directive « refonte », qui vise à reprendre dans un seul texte l'ensemble des dispositions relatives à l'égalité des sexes. Ces trois directives n'ont pas à ce jour fait l'objet de jurisprudences. Enfin, la dernière directive concerne l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, cf. Directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 (*JO L 180* du 15.7.2010, p. 1).

⁵ Anciennement l'article 13 du Traité C.E.

PARAGRAPHE 1 : LA NON-DISCRIMINATION À RAISON DU GENRE : LA JURISPRUDENCE PHARE DE LA C.J.U.E.

215. Le législateur communautaire a été le premier à se saisir de l'article 119 du Traité¹ pour légiférer en la matière², rapidement suivi par la C.J.U.E.³. La non-discrimination vise alors tous les travailleurs sur le sol des États membres⁴, peu importe qu'ils aient exercé leur liberté de circulation ou non. La non-discrimination à raison du genre s'applique donc aux nationaux, comme aux travailleurs communautaires migrants. Il n'existe pas alors en la matière de phénomène dit de « discriminations à rebours ». La lutte contre les discriminations sexuelles a connu de nombreux élargissements⁵. L'égalité des sexes a tout d'abord débordé le

¹ A l'époque l'article 119 du Traité de Rome disposait : « *Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail* ». Cette définition est, en partie tout du moins, le décalque de la définition donnée dans la Convention n°100 de l'OIT. Cet article a ensuite constitué l'article 141 du Traité C.E. Il est aujourd'hui l'article 157 du Traité F.U.E., qui n'a pas substantiellement modifié l'ancienne rédaction, mais ajoute dorénavant : « 3. *Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur. 4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ».

² La première directive en la matière a été la 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 du 19 février 1975, p. 19–20).

³ La Cour avait bien connu d'une affaire avant la première directive (cf. C.J.C.E. 25 mai 1971, Gabrielle Defrenne contre État belge, Aff. 80/70, Rec. 1971 page 445), mais dans cet arrêt la C.J.C.E. a rejeté le recours de la requérante, car l'inégalité de traitement entre homme et femme invoquée prenait place dans le système légal de pension vieillesse, qui ne peut être qualifiée de « *rémunération* », au sens de l'article 119 du Traité (devenu article 141 du Traité CE). Par contre, ultérieurement, la Cour étendra la notion de « *rémunération* » aux pensions qui ne relèvent pas d'un système légal obligatoire, cf. par exemple C.J.C.E. (cinquième chambre) du 12 septembre 2002, Pirkko Niemi, Aff. C-351/00, Rec. 2002 page I-7007.

⁴ En la matière il n'existe pas d'exigence d'extranéité, ce qui exclut toute « *discrimination à rebours* ».

⁵ Et pas seulement en termes de territoires, voir par exemple la directive 2004/113 (précitée), qui étend la lutte contre la discrimination au domaine de l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

cadre strict de la rémunération, pour s'étendre à l'ensemble des conditions de travail¹. Au delà de l'extension du domaine de la lutte, la jurisprudence s'est saisie de la non-discrimination en raison du genre comme un véritable « laboratoire » conceptuel (I.). Le dynamisme communautaire en matière de non-discrimination sexuelle est d'autant plus frappant, lorsqu'il est comparé à la modestie de la jurisprudence de la C.J.U.E. dans les autres domaines du droit social communautaire, composé de clauses d'égalité de traitement éparses (II.).

I. LA JURISPRUDENCE DYNAMIQUE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS SEXUELLES

216. La C.J.U.E. s'est rapidement emparée de « l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes » comme un des fondements de la Communauté², qui a été érigé comme principe général du droit communautaire³. La Cour a alors étendu l'application de cette « égalité » aux prestations sociales, dès lors qu'elles sont liées aux conditions de travail et permet ainsi de combler les lacunes des textes du droit dérivé⁴.

Le mouvement jurisprudentiel a été amplifié par le truchement du droit primaire⁵ et du droit dérivé, dans lequel « l'égalité des sexes » en matière de rémunération a tout d'abord été précisée dans une directive de 1975⁶. Le dispositif antidiscriminatoire a ensuite été

¹ Voir directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40–42.

² C.J.C.E. 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 43-75, Rec. 1976 page 455.

³ En tant que droit fondamental de la personne humaine, cf. C.J.C.E. 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 149/77, Rec. 1978 page 1365, dans le même sens cf. C.J.C.E. 30 avril 1996 P contre S et Cornwall County Council, Aff. C-13/94, Rec. 1996 page I-2143.

⁴ Ceci est possible grâce à l'effet direct de l'article 119 du Traité (devenu l'article 141), qui permet l'invocabilité directe par tout travailleur qui s'estime victime d'une inégalité de rémunération fondée sur le sexe. Ainsi dans l'affaire contre Sabena de 1976, l'hôtesse de l'air a pu invoquer directement l'article 119 du Traité, devant le juge national, en l'absence de législation belge sur l'égalité des rémunérations. Il convient de souligner qu'en l'espèce l'article 119 n'est opposé ni à une législation, ni à une convention collective, mais à un traitement d'un employeur. En ce sens, l'article 119 a un effet « horizontal », invocable dans les litiges entre particuliers.

⁵ Le traité d'Amsterdam place l'égalité entre les hommes et les femmes parmi les missions de la Communauté, cf. article 2 : « La Communauté a pour mission, ... de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté ... l'égalité entre les hommes et les femmes... ».

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 du 19 février 1975, p. 19–20. Cette directive n'affecte en rien le contenu et la portée de l'article 141 du Traité CE, cf. C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing

rapidement étendu à l'accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelle et aux conditions de travail¹, puis à la sécurité sociale². Si le droit dérivé s'est porté sur les discriminations « en amont » de la relation de travail (formation, embauche), il s'est tournée par la suite, au cours des années 1990, vers des questions plus spécifiques comme la parentalité³ ou encore la charge de la preuve⁴. La place prépondérante conférée par la jurisprudence à « l'égalité de rémunération entre les sexes » a également été reprise par le « constituant » communautaire à l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵, qui consolide l'acquis jurisprudentiel¹. De ce « dialogue »² fructueux entre la

Productions) Ltd. Affaire 96/80, *Rec.* 1981 page 911. En ce qui concerne les activités indépendantes et agricoles, il faudra attendre 1986 : Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, *JO L* 359 du 19 décembre 1986, p. 56–58.

¹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JO L* 39 du 14 février 1976, p. 40–42.

² En ce qui concerne les régimes légaux : 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 du 10.1.1979, p. 24–25 ; pour les régimes professionnels : Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale *JO L* 225 du 12.8.1986, p. 40–42. Cette dissociation tient du fait que les premiers ressortent de la politique sociale de l'État membre et est obligatoire à « des catégories générales de travailleurs » (cf. C.J.C.E. 25 mai 1971, Gabrielle Defrenne contre État belge, Aff. 80/70, *Rec.* 1971 page 445).

³ 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 (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), *JO L* 348 du 28 novembre 1992, p. 1–8 et la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JO L* 145 du 19 juin 1996, p. 4–9.

⁴ Directive 97/80/CE 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 du 20 janvier 1998, p. 6–8.

⁵ Cet article dispose : « 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique: a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. 3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur. 4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

jurisprudence, le législateur et le « constituant » communautaire a émergé un principe dit « *d'égalité de traitement des sexes* », dépassant le seul domaine de la rémunération³ et qui s'étend jusqu'au secteur public⁴. Ce principe n'a cessé de s'étendre pour toucher tous les droits socio-économiques des travailleurs. Ceci n'a pas manqué d'avoir des répercussions sur les relations familiales⁵, même si les institutions communautaires ne sont pas compétentes en ce domaine⁶.

217. Le rôle de la jurisprudence a été déterminant dans le développement, au niveau communautaire, de la question égalitaire. Par son interprétation, la Cour a permis l'application la plus large des textes⁷ et la mutation de ces dispositifs en une véritable politique de lutte contre la discrimination fondée sur le sexe. La dynamique de cette jurisprudence repose sur la nature juridique de principe général de droit communautaire conféré à « *l'égalité de traitement entre les sexes* ». Ainsi, l'interdiction faite de fonder un traitement sur le sexe va se démarquer au fur et à mesure de la logique de marché, pour répondre à l'aspiration sociale que la Cour a décelée dans le texte de l'article 157⁸.

¹ Cette consolidation est d'autant plus importante que l'égalité entre les hommes et les femmes est inscrite solennellement au titre des missions de la Communauté à l'article 2 du Traité CE.

² Voir sur ce concept Introduction générale.

³ Toutefois, dans la lettre du texte de l'article 141 du Traité CE, elle reste cantonnée à l'activité professionnelle. Néanmoins, l'article 13, introduit dans le Traité d'Amsterdam (voir infra), élargit le domaine de l'égalité des sexes.

⁴ C.J.C.E. (sixième chambre) 2 octobre 1997, Hellen Gerster contre Freistaat Bayern, Affaire C-1/95, *Rec.* 1997 page I-5253.

⁵ Sur cette question voir notamment, M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et du travail (à propos de la directive "refonte" 2000/54 CE du 5 juillet 2006) », *Dr. soc.* 2007, p.861.

⁶ C.J.C.E. 12 juillet 1984, Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse, Aff. 184/83, *Rec.* 1984 page 3047.

⁷ Notamment par une acception large de la notion de « rémunération », qui concerne « *tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs* » versée en considération de l'emploi (cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn contre FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., Aff. 171/88, *Rec.* 1989 page 2743). Voir par exemple pour un régime professionnel d'entreprise (par opposition au régime légal de sécurité sociale) : C.J.C.E. 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber contre Guardian Royal Exchange Assurance Group, Aff. C-262/88, *Rec.* 1990 page I-1889 ; ou pour un avantage spécial en matière de transport : C.J.C.E. 9 février 1982, Eileen Garland contre British Rail Engineering Limited, Aff. 12/81, *Rec.* 1982 page 359 ; ou d'une prime de Noël versée à titre volontaire par l'employeur : C.J.C.E. (sixième chambre) 21 octobre 1999, Susanne Lewen contre Lothar Denda, Aff. C-333/97, *Rec.* 1999 page I-7243 ; ou un salaire différé cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 27 juin 1990, Maria Kowalska contre Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-33/89, *Rec.* 1990 page I-2591.

⁸ A l'époque il s'agissait de l'article 119 du Traité, cf. point 10 de l'arrêt dit « Defrenne 2 », cf. C.J.C.E. 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 43-75, *Rec.* 1976 P. 455.

La jurisprudence de la Cour a été traversée par deux problématiques principales. Dans un premier temps, la Cour a travaillé la notion de discrimination et a fait émerger le concept de discrimination indirecte (A.). Par la suite, est apparue la problématique particulière de la grossesse et de la maternité, qui ne concerne que les femmes et crée des distorsions dans leur carrière qui leur sont défavorables. La prise en considération de la maternité a marqué l'articulation entre le régime de protection de la grossesse et de la maternité avec les politiques de discrimination « positives »¹, qui visent fréquemment à corriger les conséquences de celles-ci sur la carrière des femmes (B.).

A. UNE INTERPRÉTATION SPÉCIFIQUE DE LA NON-DISCRIMINATION DIRECTE ET INDIRECTE

218. La Cour a rapidement pris conscience, nonobstant ses tentatives d'extension, des limites du concept de discrimination et des difficultés inhérentes qui pèsent sur la victime de discrimination. La Cour a tenté dans un premier mouvement de renforcer le concept de discrimination directe, pour mieux l'adapter à la problématique du genre (1.). Dans un second mouvement, elle a décidé de transposer le concept de discrimination indirecte dans le domaine du sexe. Ce concept a pris une « coloration » particulière en ce domaine (2.).

1) UN RENFORCEMENT DE LA DISCRIMINATION DIRECTE

219. La prohibition de recourir au critère sexuel² est d'intensité variable selon le domaine envisagé. En effet, le domaine de la rémunération ne connaît pas d'exception à la prohibition, à l'inverse des questions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnels et des conditions de travail³.

¹ Sur cette notion voir Partie 2, Titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

² La Cour a également étendu la notion de discrimination fondée sur le sexe aux désavantages opposés aux personnes qui ont opéré une conversion de sexe, sur cette question voir partie 2, titre 2, chapitre 1.

³ L'arrêt C.J.C.E. 9 février 1999, Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez, Aff. C-167/97, Rec. 1999 page I-623, point 2 du dispositif, fournit un bon exemple de cette dichotomie : il s'agissait d'un licenciement « abusif » (Unfair dismissal), la Cour établit clairement que si l'indemnité de licenciement doit être qualifiée de rémunération au sens de l'article 119 du traité, l'obligation de réintégration relève de la directive 76/207, qui concerne l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelle et les conditions de travail. Cette dernière directive est donc complémentaire du Traité.

Premièrement, « l'égalité » de rémunération des hommes et des femmes connaît un fondement des plus élevés en l'ex-article 141 du Traité¹, qui a rapidement connu une consolidation dans le droit communautaire dérivé, avec la directive du 10 février 1975². Cette directive a pour principal mérite de conférer une certaine effectivité³ à « l'égalité entre les hommes et les femmes » en imposant, notamment une voie de recours juridictionnelle⁴ et une protection contre toute mesure de rétorsion contre celui qui s'estime discriminé⁵.

Le domaine de la rémunération est dominé par l'effet direct de l'ex-article 119⁶ du Traité conféré par la C.J.U.E.. Or cet article prévoyait une rémunération égale des hommes et femmes pour un même travail, sans qu'aucun aménagement ou exception ne soit ménagé quant à ce principe. C'est une égalité stricte, qui tend à l'unification des rémunérations⁷. La jurisprudence communautaire s'inscrit dans une logique systématique d'assimilation des travailleurs féminins et masculins. Une telle assise, combinée aux « termes clairs » de la disposition a non seulement autorisé la Cour à donner un effet direct à cette disposition du droit communautaire primaire⁸, mais plus encore l'application extensive de celle-ci a été amplifiée au travers d'une approche compréhensive de la notion de rémunération¹.

¹ Aujourd'hui l'article 157 du Traité FUE. Pour le contenu de cet article, voir *supra*.

² 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 (*Journal officiel* n° L 045 du 19 février 1975 p. 19 – 20). La Cour a décidé que cette directive ne pouvait porter atteinte à l'effet direct de l'article 119, ce qui a eu pour conséquence de priver partiellement celle-ci d'effet.

³ Voir en ce sens l'arrêt C.J.C.E. 1er décembre 1998, B.S. Levez contre T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd, Aff. C-326/96, *Rec.* 1998 page I-7835.

⁴ Article 2 de la directive précitée.

⁵ Par exemple l'article 5 qui dispose : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ».

⁶ Aujourd'hui article 157 du Traité F.U.E.

⁷ Sur la situation des hommes et des femmes sur le marché du travail et la persistance des inégalités, voir le U. Mückenberger (sous la dir.), *Manifeste pour une Europe sociale*, Desclée de Brouwer, 1996, p. 113.

⁸ Toutefois, consciente des perturbations qu'aurait pu engendrer l'application immédiate de l'égalité des rémunérations des hommes et des femmes dans le droit national, la Cour a modulé les effets dans le temps de son premier arrêt en la matière cf. C.J.C.E. 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 43-75, *Rec.* 1976 page 455, §69 à 75, confirmée notamment par la série d'arrêts contre Deutsche telekom AG, cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Telekom AG contre Agnès Vick (C-234/96) et Ute Conze (C-235/96), Aff. jointes C-234/96 et C-235/96, *Rec.* 2000 page I-799 et C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Telekom AG contre Lilli Schröder., Aff. C-50/96, *Rec.* 2000 page I-743 ; C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Post AG contre Elisabeth Sievers (C-270/97) et Brunhilde Schrage (C-271/97), Aff. jointes C-270/97 et C-271/97, *Rec.* 2000 page I-929. Une telle

Dans ce cadre, le débat a vite porté sur la méthode de comparaison qui permet de mettre à jour la pratique discriminatoire. La Cour a dû définir une méthodologie afin de comparer les travaux effectués par les hommes avec ceux effectués par les femmes et de conclure ou non à leur identité. La Cour ne s'est pas attachée à une identité stricte, qui aurait rendu « l'égalité de rémunérations entre les sexes » largement illusoire et a opté pour une comparaison « relative » : « l'égalité » de rémunération s'impose pour un travail de valeur égale².

220. Dans la directive de 1975, aucune exception n'est admise à l'égalité de rémunération, si bien que tout le débat juridique porte sur les notions de rémunération et de travail. De manière générale, la C.J.U.E. entend la rémunération comme tout paiement, direct ou indirect, effectué par l'employeur en raison de l'emploi. Par cette définition, sont exclus, les régimes légaux de protection sociale. Quant à la notion de travail, la C.J.U.E. s'attache principalement aux systèmes de classifications nationales³, mais évalue *in concreto* les emplois dans les établissements ou services où le travail s'exécute. La comparaison du travail du salarié qui s'estime discriminé doit se faire avec celui d'un salarié dans le même périmètre. Ainsi, la Cour exige que la comparaison s'opère en considération de la situation de salariés effectivement présents dans l'entreprise et non uniquement à partir de situation salariales hypothétiques. La matérialité des éléments de comparaison exigée par le juge communautaire

limitation dans le temps sera également adoptée, en matière de régime professionnel de sécurité sociale dans le protocole n°2 relatif à l'application de l'article 119 devenu l'article 141 du Traité CE.

¹ La Cour s'est saisie des termes larges de l'article 119 du Traité et a qualifié de rémunération tout avantage lié, directement ou indirectement, à l'emploi, ce qui lui a permis d'y faire entrer les régimes professionnels, voir *infra*. Son application a été étendue aux régimes (obligatoires) complémentaires, cf. Bilka, Barber, Beune ; ainsi qu'aux régimes spéciaux de sécurité sociale, cf. Beune. Ainsi, l'extension de l'applicabilité directe de l'article 119 a nécessité une réforme de la directive 86/378, qui ménageait une marge d'appréciation plus grande aux États (cf. directive 96/197, 20/12/96). Sur l'ensemble de ces questions, voir « L'application du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes aux régimes de retraite professionnels », Ph. Laigre *R.J.S.* 1994, p. 811 et du même auteur « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr.soc.* 1993, p. 490.

² Voir notamment C.J.C.E. 30 mars 2000 *Jämställdhetsombudsmannen contre Örebro läns landsting*, Aff. C-236/98, *Rec. 2000 P. I-2189*. Cette démarche est désormais entérinée dans l'article 157 du Traité F.U.E. Sur les difficultés que pose cette notion, M.-A. Moreau-Bourles « La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », *Dr.soc.* 1989, p. 548.

³ La Cour impose que les critères pris pour déterminer la rémunération doivent être les plus neutres possible. Ainsi si la Cour admet que l'on prenne en compte, dans les classifications professionnelles, la force physique, qui avantage les hommes, cela doit être pertinent au vu des tâches à accomplir, et l'employeur doit veiller à éliminer les effets discriminatoires au travers d'autres critères qui s'ajoutent à la force physique, cf. C.J.C.E. (cinquième chambre) 1er juillet 1986, *Gisela Rummler contre Dato-Druck GmbH*, Aff. 237/85, *Rec.* 1986 page 2101.

semble toutefois connaître des tempéraments suite à l'adoption de la directive 2000/78/CE modifiant la directive de 1976 (devait être transposée avant le 5 octobre 2005)¹.

L'ex-article 119 a été mobilisé contre les discriminations directes qui demeurent dans les dispositifs du droit national. En particulier ce sont dans les régimes professionnels que des distinctions entre hommes et femmes ont persisté le plus longtemps, spécialement pour le travail de nuit des femmes² et les pensions de veuvage³ longtemps restées au bénéfice des seules veuves. C'est en effet dans ces domaines que demeurent des dispositifs qui visaient, dans une vision de la société patriarcale⁴, à protéger la condition de la femme. Ces dispositifs avaient l'ambition de lutter contre la vulnérabilité des femmes, à les prémunir contre certains risques. Nécessairement ces avantages sont fondés expressément et directement sur le sexe et leur énonciation trop générale ne permet pas de les qualifier « d'actions positives »⁵. Le droit communautaire a contribué⁶ à la « chasse » des dispositifs qui se fondaient encore sur le critère du sexe.

¹ Dans son article 2 la directive définit la discrimination directe « *se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (...)* ». L'utilisation du conditionnel présent ouvre donc la possibilité de recourir à une comparaison hypothétique.

² Voir partie 2 Travail de nuit des femmes, la C.J.C.E. pousse à la conciliation avec la Convention OIT cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 3 février 1994, Office national de l'emploi contre Madeleine Minne, Aff. C-13/93, *Rec.* 1994 page I-371, cf. dispositif.

³ Voir par exemple C.J.C.E. (sixième chambre) 17 avril 1997, Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) contre Efthimios Evrenopoulos, Aff. C-147/95, *Rec.* 1997 page I-2057, à propos d'une limitation d'âge écartée pour les veuves non remariées, mais maintenue pour les veufs non remariés cf. C.J.C.E. (deuxième chambre) 30 septembre 2004, Serge Briheche contre Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice, Affaire C-319/03, *Rec.* 2004 page I-8807.

⁴ Par exemple dans l'arrêt C.J.C.E. 18 septembre 1984, W.G.M. Liefting et autres contre Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam et autres, Aff. 23/83, *Rec.* 1984 page 3225, il s'agissait dans le régime de sécurité sociale de la « fonction publique » hollandaise d'un mécanisme qui exonérait de certaines charges, dans la limite d'un plafond, l'employeur de l'épouse dès lors que son époux travaillait pour la fonction publique, ce qui avait pour effet de diminuer la rémunération brute de l'épouse et conséquemment les primes calculées sur cette base. Là encore, c'est la rémunération de l'époux qui est pris pour référent.

⁵ En ce sens, voir, par exemple, C.J.C.E. 25 octobre 1988, Commission des Communautés européennes contre République française, Aff. 312/86, *Rec.* 1988 page 6315.

⁶ Notamment par les arrêts en manquements initiés par la Commission, voir par exemple à propos de l'octroi d'allocations familiales ou de mariage dont les conditions différées entre le marié et la mariée cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 28 octobre 1999, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, Aff. C-187/98, *Rec.* 1999 page I-7713.

L'interdiction de discrimination directe en raison du genre revient à éliminer les dispositifs animés d'une philosophie patriarcale, qui voient en l'homme le « breadwinner »¹ et en la femme celle qui s'occupe des travaux domestiques. L'élimination des dispositifs qui reposent sur de tels stéréotypes pose de nombreux problèmes pour les pensions vieillesse². En effet, nombres de femmes ont vu leurs carrières affectées par des interruptions de carrières longues ou des investissements moindres dans leur carrière au profit de celles de leurs maris ; leurs pensions sont alors amoindries en raison de ces choix et elles risquent de voir cette défaveur amplifiée par l'élimination des dispositifs qui visaient à compenser leurs sacrifices passés³. En outre, l'interdiction de la discrimination sexuelle pose également des problèmes de gestion aux organismes sociaux⁴, car elle crée une tension entre l'élimination de la considération du sexe, notamment dans l'actuariat⁵, ce qui suppose de tenir le niveau et la progression⁶ de rémunération des hommes et des femmes pour égaux ... Une telle orientation amplifie alors la défaveur constatée dans les statistiques à l'encontre des femmes.

Toutefois, l'élimination généralisée des distinctions fondées directement sur le sexe n'a pas empêché la persistance de pratiques discriminatoires. La discrimination directe peut être le fruit de la mise en œuvre de plusieurs dispositifs qui, pris individuellement, ne

¹ « Breadwinner » désigne celui qui littéralement « rapporte le pain », autrement dit celui qui par son travail nourrit la famille.

² Ce problème n'est pas spécifique au système de retraite par répartition. Il se pose également aux systèmes de retraites qui reposent sur les fonds de pension, voir à propos de l'exemple du Chili, cf. P. Arellano Ortiz, *Universalisme et individualisme dans le droit chilien des retraites*, Thèse, Université Paris Ouest La Défense, 2009.

³ Par exemple la prise en compte du nombre d'enfants.

⁴ Voir en ce sens les arrêts C.J.C.E. 28 septembre 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd contre James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton et Coloroll Group plc*, Aff. C-200/91, Rec. 1994 p. I-04389 et C.J.C.E. 14 décembre 1993, *Michael Moroni contre Collo GmbH*, Aff. C-110/91, Rec. 1993 p. I-06591. Pour un point de vue plus général, voir J-M. Binon « L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : la « valse hésitation » du droit européen », *Cah. Dr. Europ.* 1996, p. 660.

⁵ Le droit de continuer de travailler à temps partiel, dès lors que les droits à une pension à taux complet était atteint, n'était pas ouvert au même âge pour les hommes et les femmes cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 20 mars 2003, *Helga Kutz-Bauer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-187/00, Rec. 2003 page I-2741.

⁶ Voir en ce sens la jurisprudence relative aux travailleuses enceintes, allaitantes et accouchantes, *infra* ; voir également C.J.C.E. (sixième chambre) du 7 février 1991, *Helga Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-184/89, Rec. 1991 page I-297 (à propos d'une prime d'ancienneté), C.J.C.E. 13 février 1996, *Joan Gillespie et autres contre Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board et Southern Health and Social Services Board*, Aff. C-342/93, Rec. 1996 page I-475 (à propos d'une augmentation générale) ; *contra* C.J.C.E. (sixième chambre) 2 octobre 1997, *Hellen Gerster contre Freistaat Bayern*, Affaire C-1/95, Rec. 1997 page I-5253 (refus de considérer l'avancement professionnel comme « rémunération »).

constitue pas une discrimination, mais dont l'application croisée aboutit à une discrimination en raison du sexe. Ainsi, la C.J.U.E. a reconnu comme non-discriminatoire l'accès à un statut, un contrat de travail à temps partiel, auquel seules les femmes pouvaient accéder¹. Toutefois, tout avantage, qui exclut cette catégorie de travailleurs à temps partiel, exclusivement composée de femme, doit être qualifié de discrimination directe². Ainsi, le dispositif ne visait pas directement le critère du sexe, mais revenait à exclure une catégorie de travailleurs entièrement et exclusivement composée de femmes. La discrimination directe est alors révélée par un raisonnement inductif et la mobilisation du motif discriminatoire apparaît par l'application combinée des différents dispositifs.

221. En dehors de la rémunération, dans le domaine de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et des conditions de travail³, la prohibition de recourir au critère du sexe est moins absolue⁴. Elle connaît des exceptions, qui ont constitué l'objet d'un bon nombre des premiers recours devant la C.J.U.E. La directive du 9 février 1976⁵ autorise en effet, dans certains cas seulement, de recourir au critère du sexe pour distinguer entre les hommes et les femmes. Cette faculté de dérogation a connu un contentieux important.

La directive permet à l'employeur, dans certains cas, de se fonder sur le critère du sexe, lorsque « *les activités... pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante* »⁶. Dans ce cadre, elle a d'ailleurs

¹ Le dispositif visait probablement à permettre aux femmes d'opter pour le travail à temps partiel, afin de concilier vie familiale et professionnelle.

² C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.* 2005 page I-1789, point 34.

³ Domaines qui sont entendus, une fois de plus, de manière extensive, voir à propos du « family credit » qui est une prestation versée notamment, dans la limite d'un plafond, pour le maintien du travailleur dans un emploi mal rémunéré et l'inciter ainsi à garder cet emploi, la Cour y voit non seulement une condition de l'accès à l'emploi, mais également une condition de travail, qui s'entend de tout avantage attaché directement ou indirectement à la relation de travail, cf. C.J.C.E. (quatrième chambre) 13 juillet 1995, Jennifer Meyers contre Adjudication Officer, Aff. C-116/94, *Rec.* 1995 p. I-2131. En ce qui concerne l'extension à certaines prestations de sécurité sociale voir en particulier C.J.C.E. 16 juillet 1992, Sonia Jackson et Patricia Cresswell contre Chief Adjudication Officer, Aff. jointes C-63/91 et C-64/91, *Rec.* 1992 p. I-04737 *R.T.D.Eur.* 1994, comm. E. Traversa, p. 286 et C.J.C.E. 13 juillet 1995, Jennifer Meyers contre Adjudication Officer, Aff. C-116/94, *Rec.* 1995 p. I-02131.

⁴ Cette dichotomie de régime selon le domaine matériel d'application n'est pas remise en cause par les directives récentes.

⁵ Sur cette question particulière, voir partie 2, titre 2, chapitre 1. Voir notamment C.J.C.E. 30 avril 1996 P contre S et Cornwall County Council, Aff. C-13/94, *Rec.* 1996 page I-2143.

⁶ Article 2§ 2 de la directive.

admis l'interdiction faite aux hommes d'exercer la profession de sage-femme, en raison de la relation particulière de la femme accouchante avec cette dernière, ou pour certains métiers de la police ou de l'armée, le refus d'accès aux femmes en raison du port d'arme¹. Si ces exemples démontrent une certaine reproduction et perpétuation d'*a priori* sur la répartition des rôles entre les sexes, la jurisprudence en fait des exceptions qui ne sauraient être trop générales². La C.J.U.E. explique par ailleurs qu'il n'est pas de son ressort de réformer les relations dans les couples et de modifier la charge de travail domestique dans les familles³.

Le dynamisme de la jurisprudence communautaire repose sur une assise des plus sûres - le droit primaire - ce qui lui a permis de pousser les autorités nationales à éliminer les dispositifs qui demeuraient discriminatoires. Cette assise a également permis à la Cour d'étendre le domaine de la lutte contre les discriminations sexuelles. Elle a ainsi su construire un concept de discrimination directe des plus dynamiques, qui, n'est pas cantonné à l'élimination des seuls dispositifs directement et expressément fondés sur le critère du sexe. La C.J.U.E. inclut également dans la discrimination directe les dispositifs qui, dans leur mise en œuvre combinée, aboutissent à exclure d'un avantage une certaine catégorie de travailleurs exclusivement composés de personnes de l'un des deux sexes. Néanmoins, le dynamisme du concept de discrimination directe ne s'avère pas suffisant pour éliminer toutes les discriminations. En particulier, face aux pratiques discriminatoires, la discrimination directe ne permet pas de lutter efficacement contre les pratiques de dissimulation de traitement discriminatoire, voire de leurs pratiques inconscientes. La Cour s'est alors tournée vers le concept de discrimination indirecte, mobilisé lorsque « *le juge ne peut constater directement* »⁴ la discrimination.

¹ Elle admet par exemple que le service militaire obligatoire concerne exclusivement les hommes, cf. C.J.C.E. 11 mars 2003, Alexander Dory contre Bundesrepublik Deutschland, Aff. C-186/01, *Rec.* 2003 page I-2479.

² Pour plus de précision sur cette question voir Partie 2, titre 2, chapitre 1. En jurisprudence, voir notamment C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes contre République Française, Aff. 318/86, *Rec.* 1988 page 3559.

³ Voir en particulier C.J.C.E. 12 juillet 1984, Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse, Aff. 184/83 *Rec.* 1984 P. 3047. Voir dans le même sens C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes contre République Française, Aff. 318/86, *Rec.* 1988 P. 3559.

⁴ Conclusions de l'avocat général VerLoren van Themaat présentées le 8 décembre 1981, dans l'affaire Arthur Burton contre British Railways Board, Aff. 19/81.

2) UNE APPROCHE SPÉCIFIQUE DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

222. La C.J.U.E., dans son arrêt Jenkins¹, a étendu la discrimination indirecte aux distinctions fondées sur le sexe en droit social. En l'espèce était contesté l'application d'un taux horaire plus faible aux travailleurs à temps partiel, groupe essentiellement composé de femmes, que celui des travailleurs à temps complet. Le concept de discrimination indirecte permet de ne pas s'arrêter à l'apparente neutralité, c'est-à-dire à l'absence de recours exprès à un critère prohibé, pour interroger le dispositif juridique dans ses effets et constater une éventuelle discrimination. Ainsi, un certain nombre d'affaires qu'a connues la C.J.U.E. concernent le temps partiel², à l'image de l'arrêt Jenkins. Dans ces affaires, l'employeur applique une mesure ou décide d'une politique salariale défavorable aux travailleurs à temps partiel. Il s'agit généralement d'une rémunération horaire plus faible ou l'exclusion de ces travailleurs d'un avantage dans le régime de protection sociale de l'entreprise³. La distinction opérée entre travailleurs à temps partiel et à temps complet ne semble pas mobiliser à première vue de critère prohibé tel le sexe. Néanmoins, une telle distinction peut avoir des effets discriminatoires : il arrive souvent que le groupe de travailleurs à temps partiel soit très majoritairement⁴ composé de femmes, dès lors toute défaveur opposée aux travailleurs à temps partiel correspond à une défaveur opposée à un groupe de femmes. C'est en cela que, dans le travail de qualification de la discrimination indirecte, le juge national doit examiner la composition du groupe « travailleur à temps partiel ». Il en résulte une coloration particulière de la discrimination indirecte des sexes par rapport aux domaines de la liberté de circulation⁵ : elle repose sur le constat statistique que la distinction à l'œuvre correspond à une

¹ C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Affaire 96/80, *Rec.* 1981 page 91, voir à ce propos : M. Darmon et J.-G. Huglo, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un univers en expansion », *R.T.D.Eur.* 1992, p.1.

² *Ibid.*

³ Voir notamment C.J.C.E. 13 mai 1986, Bilka - Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz, Aff. 170/84, *Rec.* 1986 page 1607.

⁴ Il s'agit de groupes majoritairement composé de femmes ou d'hommes et non exclusivement, comme dans l'arrêt C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.* 2005 page I-1789, point 34, étudié précédemment.

⁵ Voir section 1, §1 du présent chapitre.

discrimination, telle que l'un des deux groupes distingués soit quasi exclusivement composé de personnes protégées par les règles de non-discrimination.

La discrimination indirecte est construite sur une répartition spécifique de la charge de la preuve¹ en deux étapes. Tout d'abord, là où les personnes qui s'estiment victimes de discrimination doivent apporter la preuve de faits susceptibles de faire présumer une pratique discriminatoire. Sous l'empire de la directive de 1976², cette preuve consiste principalement dans la production de statistiques³. Ensuite, si ces éléments sont suffisamment pertinents aux yeux du juge national⁴, il appartiendra à l'auteur de la mesure⁵ de se justifier et de démontrer que la distinction est étrangère à toute discrimination, qu'il poursuit un objectif légitime et a employé des moyens appropriés.

223. La première étape de la discrimination indirecte nécessite une reconstitution des groupes. La distinction mise en œuvre aboutit à la constitution de deux groupes au moins : ceux qui bénéficient de l'avantage et ceux qui en sont exclus. Parmi ce dernier groupe, la Cour examine sa composition sexuée. Il est important de noter qu'elle s'intéresse essentiellement à la composition sexuée du groupe qui subit le désavantage et non de celui qui en bénéficie. En somme, la composition des groupes n'a pas pour objet de démontrer que les deux groupes obtenus suite à l'opération de distinction aboutissent à ce que l'un soit exclusivement composé d'hommes et l'autre de femmes. La Cour recherche en vérité une

¹ L'un des apports essentiels du concept de discrimination indirecte est de faciliter la preuve de la discrimination en faveur de la victime. Celle-ci doit dès lors rapporter la preuve de faits susceptibles de faire présumer une discrimination (et non pas une discrimination en tant que telle).

² La directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil 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 professionnels, et les conditions de travail (*Journal officiel* n° L 269 du 05 octobre 2002 p. 15 – 20), semble mettre fin à l'exclusivité de la preuve statistique dans cette première phase. En effet, cette dernière directive étend les définitions et mécanismes à l'œuvre dans les deux « directives 2000 » (voir *infra*), qui permet également la preuve de faits susceptibles de présumer une discrimination sur le fondement de l'impact disproportionné.

³ L'appréhension de la statistique par la C.J.C.E. ne donne pas toujours l'impression d'une grande rigueur cf. « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », M.T. Lanquetin, *Dr.soc.* 1995, p. 438.

⁴ Sur la répartition des offices entre juge de l'Union européenne et juge national, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

⁵ Ce « renversement », qui correspond plus à un rééquilibrage, de la charge de la preuve est justifié par la Cour par un souci d'effectivité de l'égalité de traitement entre les sexes cf. C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health, Aff. C-127/92, *Rec. 1993 P. I-553* point 13 et suivants, consolidé par la législation communautaire, cf. Directive 97/80/CE du conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, article 4.

correspondance entre la composition d'un des groupes et le sexe de ses membres, peu importe la diversité sexuelle qui peut exister dans l'autre groupe. La Cour tire la présomption de discrimination du fait que le groupe subissant le désavantage est quasi exclusivement composé soit uniquement de femmes, soit uniquement d'hommes¹. Cette absence de mixité sexuelle conduit à penser que l'auteur de la mesure a opéré en réalité une distinction fondée sur le sexe.

La discrimination peut également être présumée lorsque les critères de la décision de l'employeur se caractérisent par leur opacité². Dans ce cas la recomposition des groupes devient impossible et le contrôle du respect de la non-discrimination devient difficile.

Le recours à la statistique suppose une méthodologie particulière, peu usitée dans la mise en œuvre du droit. La Cour exige des statistiques qui fassent apparaître des différences significatives : soit « *un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition* »³ nécessaire pour obtenir l'avantage, soit que la mesure « *frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes* »⁴.

224. Dans la seconde étape, dès lors que la présomption de discrimination est établie, il appartient à l'auteur de la mesure de se justifier. Cette présomption emporte, en l'absence de toute explication autre que le recours au motif suspect, la qualification de discrimination⁵. Lorsque l'auteur de la mesure est l'État, celui-ci peut se fonder sur des impératifs de politique sociale. Généralement, il suffit aux pouvoirs publics de démontrer que la politique poursuivie

¹ Voir toutefois dans un arrêt isolé l'arrêt C.J.C.E. 13 décembre 1994, Rita Grau-Hupka contre Stadtgemeinde Bremen. Aff. C-297/93, *Rec.* 1994 p. I-05535 dans lequel la Cour refuse de reconnaître la discrimination alors qu'elle constate que la mesure défavorise une majorité de femmes. Il apparaît dans cet arrêt le souci de la C.J.U.E. de ne pas heurter de front le régime légal de protection sociale.

² C.J.C.E. 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, Aff. 109/88, *Rec.* 1989 p. 3199 et C.J.C.E. 31 mai 1995, Specialarbejderforbundet i Danmark contre Dansk Industri, anciennement Industriens Arbejdsgivere, agissant pour Royal Copenhagen A/S, Aff. C-400/93, *Rec.* 1995 p. I-01275.

³ Par exemple, C.J.C.E. 9 février 1999, Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez, Aff. C-167/97, *Rec.* 1999 page I-623 point 60.

⁴ Par exemple, C.J.C.E. (sixième chambre) 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn contre FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., Aff. 171/88, *Rec.* 1989 page 2743.

⁵ En ce sens *The definition of Discrimination in european Community sex Equality Law*, E. Ellis, p. 574, cité par S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

est dépourvue de toute considération discriminatoire¹ dans la distinction opérée et dans le but poursuivi. Le contrôle est alors faible. Par contre pour l'employeur, l'exigence de justification qu'il peut valablement avancer semble variée selon les cas. Ainsi, si le critère apparemment neutre est celui de l'ancienneté ou de l'expérience, celui-ci est présumé par la Cour comme étant objectif en lui-même².

En revanche il n'en est pas de même pour le critère de distinction entre temps partiel et temps complet, qui au fil de la jurisprudence de la C.J.U.E. apparaît de plus en plus comme un critère suspect en lui-même. La Cour a renforcé les exigences de justification dans ces affaires. La défaveur peut résulter non seulement d'une rémunération horaire moindre pour les travailleurs à temps partiel³, mais elle a également affirmé qu'« *une imputation proportionnelle de l'emploi à temps partiel, lors dudit calcul, est également contraire à cette directive, à moins que l'employeur n'établisse qu'elle est justifiée par des facteurs dont l'objectivité dépend notamment de l'objectif visé par la prise en compte de l'ancienneté et, dans le cas où il s'agirait d'une reconnaissance de l'expérience acquise, de la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées* »⁴. La Cour a également renforcé son exigence dans la proportionnalité des moyens employés afin de satisfaire le but exigé. À propos de la possibilité pour les salariés du secteur public de bénéficier, une fois atteint un certain âge, d'un régime de travail à temps partiel, la Cour affirme : « *À cet égard, il appartient à la juridiction nationale de déterminer[...] en tenant compte de la possibilité d'atteindre, par d'autres moyens, les objectifs poursuivis par la disposition en cause [...]* De

¹ Dans les premiers arrêts en la matière, la Cour exigeait des motifs « *étrangers à toute discrimination* ».

² Dans l'arrêt C.J.C.E. (grande chambre) 3 octobre 2006, B. F. Cadman contre Health & Safety Executive, Aff. C-17/05, Rec. 2006 page I-9583, la Cour établit : « *le recours au critère de l'ancienneté étant, en règle générale, apte à atteindre le but légitime de récompenser l'expérience acquise ... l'employeur ne doit pas spécialement établir que le recours à ce critère est apte à atteindre ledit but en ce qui concerne un emploi donné* » et « *lorsqu'est utilisé, pour la détermination de la rémunération, un système de classification professionnelle fondé sur une évaluation du travail à accomplir, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un travailleur pris individuellement a, pendant la période pertinente, acquis une expérience qui lui a permis de mieux accomplir son travail* » (c'est nous qui surlignons). La Cour n'exige pas de l'employeur de démontrer quelle expérience le salarié a individuellement acquise. Elle se fonde sur la présomption que passée une certaine période une ou des expériences sont acquises.

³ Comme dans C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Affaire 96/80, cf. *supra*.

⁴ C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, Rec. 2005 page I-1789, point 3 du dispositif.

simples affirmations générales concernant l'aptitude du régime en cause à promouvoir l'embauche ne sauraient suffire à démontrer que l'objectif de la disposition litigieuse est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe ni à fournir des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont ou pourraient être aptes à la réalisation de cet objectif »¹. Il résulte de cet arrêt qu'il ne suffit pas que les moyens employés puissent satisfaire à la réalisation de l'objectif affiché ; l'auteur de la mesure doit rechercher parmi tous les moyens dont il dispose celui qui impliquera le moins d'effets défavorables à l'égard d'un groupe d'hommes ou de femmes. La Cour incite ainsi l'auteur à se soucier de la réalisation de son objectif, en tenant compte des éventuels effets discriminatoires. Le contrôle de la proportionnalité devient alors très poussé.

La proportionnalité, qui est l'ultime étape du contrôle de la justification de l'auteur de la mesure, oblige ce dernier à s'expliquer sur l'adéquation de la prise en compte de certains critères pour l'évaluation du salarié. Si le recours à l'ancienneté peut être présumé comme valable, le recours à d'autres critères comme la flexibilité ou la formation ne s'avérant pas indispensable dans l'appréciation des emplois occupés, il exigé de l'employeur de justifier de l'importance de ces critères dans l'exécution des tâches². Il faut une adéquation entre la prise en compte de ces critères et les tâches à accomplir dans un poste de travail.

Les discriminations, directe et indirecte, en raison du sexe ont connu un contentieux croissant. De ce fait, la Cour a été mise en mesure de dessiner un régime spécifique. Cette spécificité est accrue par l'articulation de ce régime avec les règles de protection de la grossesse et de la maternité.

B. LA PROBLÉMATIQUE PARTICULIÈRE DE LA MATERNITÉ

225. En matière de grossesse et de maternité, les règles de non-discrimination fondées sur le sexe doivent s'articuler avec les règles particulières de protection de la femme lors de la grossesse et à la suite de cet événement. La jurisprudence distingue ainsi deux types de

¹ C.J.C.E. (sixième chambre) 11 septembre 2003, Erika Steinicke contre Bundesanstalt für Arbeit, Aff. C-77/02, *Rec.* 2003 page I-9027, voir les points 58, 64-66, 74.

² C.J.C.E. 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, Aff. 109/88, *Rec.* 1989 page 3199.

périodes : celles qui relèvent du cadre général¹ de la directive 76/207, car toutes considérations prenant appui sur la grossesse ou la maternité affectent exclusivement les femmes, et celles relevant d'une protection spécifique.

226. Les institutions communautaires ont défini, dans une directive, des règles propres en faveur de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante². Elles confèrent un certain nombre de droits à la travailleuse, dans le cadre de la relation de travail. Elle bénéficie du maintien de la rémunération et de l'interdiction de licenciement³. En outre, la santé fait l'objet d'une prise en charge particulière au travers de mesures de sécurité et d'hygiène particulières, comme l'interdiction du travail de nuit, l'interdiction d'exposition à des agents ou conditions de travail dangereux. Ces droits sont ouverts à toutes femmes enceintes, même si elles ignorent leur état⁴, ainsi qu'aux femmes accouchées et allaitantes. En revanche, en sont privées celles qui se soumettent à une fécondation *in vitro*, pour lesquelles le transfert dans l'utérus n'a pas encore eu lieu⁵.

L'objectif de protection de la femme emporte qu'aucune considération tenant à l'employeur ne peut être prise en compte⁶. Toutefois, cette protection est cantonnée dans le

¹ Voir par exemple C.J.C.E. (troisième chambre) 11 octobre 2007, Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet et Minne SPRL, Aff. C-460/06, *Rec.* 2007 page I-8511, point 2 du dispositif.

² 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 du 28 novembre 1992, p. 1-8).

³ Cette interdiction s'étend aux actes préparatoires de la décision de licencier, cf. C.J.C.E. (troisième chambre) 11 octobre 2007, Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet, précité. Toutefois, l'interdiction de licenciement n'est pas absolue, il peut être justifié tant qu'il ne repose pas sur une raison liée à l'état de grossesse, cf. C.J.C.E. 29 mai 1997, Larsson, Aff. C-400/95, *Rec.* 1997, p. I-2757.

⁴ Par exemple une femme qui vient d'être embauchée pour un travail de nuit, découvre qu'elle est enceinte, ce qui implique que le temps de sa grossesse, elle ne pourra travailler la nuit, conformément aux prescriptions de la directive. L'employeur ne pourra pas valablement la licencier, faute de pouvoir l'embaucher la nuit le temps de sa grossesse, car l'interdiction du travail de nuit n'est que temporaire et ne rend pas le contrat sans objet cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 5 mai 1994, Gabriele Habermann-Beltermann contre Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V, Aff. C-421/92, *Rec.* 1994 page I-1657.

⁵ C.J.C.E. (grande chambre) 26 février 2008, Affaire C-506/06, *Rec.* 2008 page. Cette solution a été prise en considération de la sécurité juridique, car le transfert dans l'utérus peut être repoussé pour plusieurs années et la protection ne saurait jouer sur un temps aussi long. Néanmoins, la décision de l'employeur directement prise en considération de la ponction folliculaire, en vue de la fécondation, qui annonce donc une grossesse à venir, est susceptible d'être qualifiée de discriminatoire. En effet une telle opération ne concerne que les femmes.

⁶ Par exemple l'articulation entre les congés parentalité et maternité, qui peuvent se succéder, appartient à la femme seule, cf. C.J.C.E. (quatrième chambre) 20 septembre 2007, Aff. C-116/06, *Rec.* 2007 page I-7643 ; refus de prendre en compte l'exigence de la « bonne marche de l'entreprise », cf. C.J.C.E. (cinquième chambre) 14 juillet 1994, Carole Louise Webb contre EMO Air Cargo (UK) Ltd, Aff. C-32/93, *Rec.* 1994 page I-3567.

temps et ne vaut que pour les différents événements visés par la directive 92/85¹. Elle peut s'étendre aux maladies qui suivent la grossesse, dès lors qu'elles se sont produites au cours de la période allant du début de la grossesse à la fin du congé de maternité².

Cette protection temporaire accordée à la femme rend pratiquement impossible la constitution de « fraude » par cette dernière. Une affaire³ résume bien toutes les implications de la protection en la matière : une candidate qui, lors d'un recrutement pour un contrat à durée déterminée, tait sa grossesse et qui, en raison de son état, ne sera pas en mesure de travailler pendant une grande partie de la durée dudit contrat ne peut être licenciée ; l'employeur commettrait une discrimination s'il rompait le contrat dans de telles conditions. De même, ne commet pas une fraude, la femme, qui de nouveau enceinte, sollicite auprès de son employeur un retour à l'emploi afin de bénéficier d'une rémunération plus élevée, lors de sa seconde grossesse, que l'indemnisation pour congé parental d'éducation. L'employeur ne peut arguer d'un tel stratagème pour refuser sa réintégration⁴.

Ce temps limité de la protection implique que la grossesse et la maternité ne peuvent servir de justification pour écarter de manière générale et permanente les femmes de certains emplois dits « dangereux »⁵.

227. La protection de la femme est étendue, au-delà des périodes prévues par la directive 92/85, par le jeu de la directive 76/207. Ainsi, tout retard dans l'évolution de carrière et de

¹ 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, *J.O.* n° 1 348 du 28/11/1992, p. 1-8.

² Mais l'absence après le congé maternité doit être prise en compte dans les mêmes conditions que l'absence d'un homme en raison d'une incapacité de travail de même durée cf. C.J.C.E. 30 juin 1998, *Mary Brown contre Rentokil Ltd*, Aff. 394/96, *Rec.* 1998 page I-04185 ; avant la directive 92/85 la Cour refusait l'extension de la protection au-delà du congé maternité, cf. C.J.C.E. (sixième chambre) 29 mai 1997, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark*, agissant pour *Helle Elisabeth Larsson contre Dansk Handel & Service*, agissant pour *Føtex Supermarked A/S*, Aff. C-400/95, *Rec.* 1997 page I-2757.

³ C.J.C.E. (cinquième chambre) du 4 octobre 2001, *Tele Danmark A/S contre Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, Aff. C-109/00, *Rec.* 2001 page I-6993.

⁴ C.J.C.E. (cinquième chambre) 27 février 2003, *Wiebke Busch contre Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Aff. C-320/01, *Rec.* 2003 page I-2041

⁵ C.J.C.E. (grande chambre) 1er février 2005, *Commission des Communautés Européennes contre la République d'Autriche*, Aff. C-203/03, *Rec.* 2005 page I-935 : « Dès lors, ni l'interdiction générale d'emploi des femmes dans le secteur de l'industrie minière souterraine et aux travaux en atmosphère hyperbare, bien qu'assortie d'exceptions, ni l'interdiction absolue d'emploi des femmes aux travaux de plongée ne constituent des différences de traitement admises en vertu de ladite disposition. » (cf. points 43, 45, 50, 69, 74). La Cour impose ainsi que l'égalité d'accès des sexes doit être le principe et l'interdiction d'emploi l'exception.

minoration de prime qui résulterait de la prise en compte des délais de congés maternité serait considéré comme directement discriminatoire. Par exemple, l'ancienneté d'une fonctionnaire doit être calculée à partir de sa nomination et non de sa date effective d'entrée en fonction, reportée en raison de sa grossesse. Elle doit bénéficier du même calcul que ceux qui ont été nommés à la même époque¹. La maternité ne prive pas la femme d'être notée et de profiter d'une promotion professionnelle².

Dans ce dernier cas, la comparaison prend une autre fonction : elle ne sert pas tellement à démontrer la discrimination, qui résulte du seul constat de la mobilisation du critère de la grossesse ou du congé y afférant, mais elle permet de déterminer ce à quoi la travailleuse a droit (point de départ du calcul de l'ancienneté, montant de la prime, etc)

Le prolongement de la protection³ de la maternité dans le cadre général de l'égalité des sexes a souvent conduit à penser que ces règles propres à la grossesse, à l'accouchement et à l'allaitement constituent des « actions positives » en faveur des femmes⁴. En effet, la protection accordée aux mères ou aux futures mères s'éloignent de la neutralité supposée des règles de non-discrimination⁵. Mais la jurisprudence restrictive de la C.J.U.E. en matière « d'action positive » amène à douter d'un tel rapprochement.

¹ C.J.C.E. (deuxième chambre) 16 février 2006, Carmen Sarkatzis Herrero contre Instituto Madrileño de la Salud (Imosalud), Aff. C-294/04, *Rec.* 2006 page I-1513.

² C.J.C.E. (sixième chambre) 30 avril 1998, Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CNAVTS) contre Evelyne Thibault, Aff. C-136/95, *Rec.* 1998 page I-2011 et C.J.C.E. (première chambre) 18 novembre 2004, Land Brandenburg contre Ursula Sass, Aff. C-284/02, *Rec.* 2004 page I-11143 ; D. 1998, Somm., M.T. Lanquetin, p. 246.

³ Cette idée de protection amène à penser que la Cour adopte en ce domaine une conception substantielle de l'égalité, cf. Thèse R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, § 211, confirmé, notamment, par l'arrêt C.J.C.E. (sixième chambre) 30 avril 1998, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) contre Evelyne Thibault, Aff. C-136/95, *Rec.* 1998 page I-2011, point 26, qui vise « une égalité substantielle, et non formelle ». Une telle démarche se concilie mal avec la qualification de régimes dérogatoires pour désigner les mesures en faveur des femmes enceintes cf. C.J.C.E. 19 mars 2002, Lommers contre Minister van Landbouw, C-476/99, *Rec.* 2002, p. I-2891.

⁴ Voir par exemple la thèse de S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire – étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999. Toutefois, la position « défensive » adoptée par le droit communautaire en faveur des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, l'éloigne de la dynamique qui pourrait présider aux « actions positives », voir en ce sens « De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, C.J.C.E. 17 octobre 1995 », M.Th. Lanquetin, *Dr. soc.* 1996, p. 496.

⁵ Neutralité entre parents qui apparaît également à propos d'avantages liés à l'éducation des enfants, comme l'accès à la crèche, qui doivent être ouverts de manière égale aux pères et aux mères, cf. C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes contre République Française, Aff. 318/86, *Rec.* 1988 P. 3559.

II. L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ PROTECTRICE : UNE JURISPRUDENCE MODESTE

228. Les références à l'égalité, que ce soit dans le droit primaire¹ ou dans le droit dérivé, sont aujourd'hui prolifiques. L'exigence d'égalité dans le droit social communautaire n'est plus cantonnée à la non-discrimination sexuelle. Toutefois, plus qu'un enrichissement de la question égalitaire, elles s'avèrent souvent être de simples répétitions. Par exemple, nombre de directives et de règlements² réaffirment, dans leur domaine spécifique, l'exigence « *d'égalité de traitement entre les sexes* ». Cette répétition répond certainement à un souci de la légistique et de faire œuvre de pédagogie.

Néanmoins, deux domaines, au moins, ont vu se développer des clauses d'égalité propre à leur domaine, qui ont connu un (maigre) contentieux³. Il s'agit des directives relatives au temps partiel⁴ et aux contrats à durée déterminée⁵.

229. En matière de contrat à durée déterminée, la protection apportée aux travailleurs liés par de tels contrats suppose qu'ils bénéficient de droits au moins égaux à ceux des travailleurs liés par des contrats à durée indéterminée⁶. La jurisprudence nous enseigne que la clause

¹ Voir introduction de ce chapitre.

² Voir par exemple la clause 6 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel repris par la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

³ Voir par exemple la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (*J.O.* 1997, L 18, p. 1), qui consacre en son article 3 une égalité minimale en référence aux règles applicables sur le lieu d'exécution du travail. L'interprétation par la C.J.U.E. est stricte, car c'est une exception à la liberté de prestation de service cf. C.J.C.E. 19 juin 2008, Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg Aff. C-319/06.

⁴ Directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (*J.O.* 1998, L 14, p. 9)

⁵ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, (*J.O.* L 175 du 10.7.1999, p. 43-48).

⁶ La clause 4 de l'accord-cadre, intitulée «Principe de non-discrimination», prévoit: «1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. 2. Lorsque c'est approprié, le principe du 'pro rata temporis' s'applique. 3. Les modalités d'application de la présente clause sont définies par les États membres, après consultation des partenaires sociaux, et/ou par les partenaires sociaux, compte tenu de la législation communautaire et la législation, des conventions collectives et pratiques nationales. 4. Les critères de périodes d'ancienneté relatifs à des conditions particulières d'emploi sont les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée, sauf lorsque des critères de périodes d'ancienneté différents sont justifiés par des raisons objectives ».

relative à l'égalité entre travailleurs en contrat à durée déterminée et ceux en contrat à durée indéterminée est suffisamment précise et inconditionnelle pour être directement invoquée par les particuliers devant les juridictions nationales¹. Elle précise que la notion de conditions d'emploi doit s'entendre également des conditions financières², tant des éléments constitutifs de la rémunération que du niveau de chacun d'entre eux, ainsi qu'aux pensions qui sont fonction de la relation d'emploi, à l'exclusion des conditions concernant les pensions découlant d'un régime légal de sécurité sociale³. Si une différence de traitement est admissible entre travailleurs en contrat à durée déterminée et ceux en contrat à durée indéterminée, c'est à condition qu'elle soit « *justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet* »⁴ et il ne suffit pas que cette différence de traitement soit établie par une norme à vocation générale⁵ pour être valable. Autrement dit, ce n'est pas la valeur juridique de l'acte de transposition, mais la différence de traitement qui doit répondre à l'exigence d'un objectif légitime et des moyens proportionnés. Elle suppose donc une appréciation circonstanciée et la démonstration que de la distinction est en adéquation avec la réalisation de l'objectif. La différence de traitement entre travailleurs en contrat à durée déterminée et ceux en durée indéterminée, pour être admise, ne peut être affirmée en des termes généraux.

230. En matière de temps partiel, l'exigence d'égalité a été le plus souvent occultée par la lutte contre la discrimination en raison du genre. La féminisation du travail à temps partiel⁶

¹ C.J.C.E. (grande chambre) 15 avril 2008, Impact contre Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport, Aff. C-268/06, Rec. 2008 page

² A propos d'une prime d'ancienneté cf. C.J.C.E. (deuxième chambre), 13 septembre 2007, Yolanda Del Cerro Alonso contre Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Aff. C-307/05, Rec. 2007

³ Point 5 du dispositif de l'arrêt précité. La Cour reprend en la matière une notion proche de « rémunération » que celle développée sous l'empire de l'article 119 du traité.

⁴ Point 58 de l'arrêt C.J.C.E. (deuxième chambre), 13 septembre 2007, Yolanda Del Cerro Alonso contre Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Aff. C-307/05, Rec. 2007.

⁵ Comme la loi ou une convention collective.

⁶ Selon l'enquête emploi en continu de 2005 de l'INSEE, 83.2% des travailleurs à temps partiel sont des femmes (en 2004 en France).

explique pour une grande part que le concept de discrimination indirecte en raison du genre ait été plus souvent mobilisé¹.

Rares sont les arrêts qui portent directement sur la clause d'égalité² ou sur les règles spéciales d'égalité entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein³. La jurisprudence relative à ces questions est imprégnée de l'idée de protection des travailleurs à temps partiel. Néanmoins, cette protection n'est pas absolue et laisse une certaine marge aux parties au contrat de travail⁴. En effet, le droit communautaire ne s'oppose pas à un contrat de travail à temps partiel, en vertu duquel la durée du travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail ne sont pas fixes. La durée du travail est alors déterminée en fonction des besoins de la quantité de travail à fournir, déterminés au cas par cas. Toutefois, dans l'application de ces contrats, les parties doivent respecter les durées maximales de temps de travail hebdomadaires et journalière. Elles sont applicables aussi bien aux travailleurs à temps complet qu'à ceux à temps partiel⁵. En conséquence, la protection offerte aux travailleurs à temps partiel se trouve limitée par la liberté contractuelle et la flexibilité que les parties peuvent instiller dans le contrat : si, d'un point de vue statutaire, les durées maximales de travail s'imposent aussi bien aux travailleurs à temps partiel qu'à temps complet, il est possible de prévoir un aménagement de temps de travail différencié. Il en est ainsi lorsque que les travailleurs à temps partiel ont un contrat qui n'a ni la même cause ni le même objet que

¹ Voir *supra*.

² Clause 1: « *Le présent accord-cadre a pour objet: a) d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et d'améliorer la qualité du travail à temps partiel;...* ». L'égalité est l'un des instruments de protection des travailleurs à temps partiel.

³ Clause 4: « *1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. 2. Lorsque c'est approprié, le principe du prorata temporis s'applique. 3. Les modalités d'application de la présente clause sont définies par les États membres et/ou les partenaires sociaux, compte tenu des législations européennes et de la législation, des conventions collectives et pratiques nationales. 4. Lorsque des raisons objectives le justifient, les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux peuvent, le cas échéant, subordonner l'accès à des conditions d'emploi particulières à une période d'ancienneté, une durée de travail ou des conditions de salaire. Les critères d'accès des travailleurs à temps partiel à des conditions d'emploi particulières devraient être réexaminés périodiquement compte tenu du principe de non-discrimination visé à la clause 4.1.* »

⁴ C.J.C.E. 12 octobre 2004, Nicole Wippel contre Peek and Cloppenburg and Co. KG, Aff. 313/02, la Cour affirme la liberté contractuelle au travers de l'expression: « ces travailleurs ayant le choix d'accepter ou de refuser ledit travail », point 2 du dispositif.

⁵ Points 49 à 51 et Point 2 du dispositif de l'arrêt précité.

ceux à temps complet. Autrement dit, le fait que l'emploi soit fonction des besoins de la quantité de travail et que les travailleurs puissent valablement refuser le travail, ce qui n'est pas le cas des travailleurs à temps complet, suppose que les situations ne soient pas comparables. En somme, l'absence de comparabilité, consécutive à une définition différenciée de l'objet et de la cause selon les types de contrats, entraîne l'impossibilité d'imposer une égalité de traitement entre les travailleurs à temps complet et les travailleurs à temps partiel. Dès lors, la comparaison ne se fait plus uniquement sur le fondement du travail effectué, mais sur la base des termes et de l'essence des contrats de travail. La flexibilité ainsi ouverte relativise la portée protectrice de la clause d'égalité en faveur des travailleurs à temps partiel¹.

Cette protection relative offerte aux travailleurs à temps partiel est exacerbée par la « concurrence » de l'égalité de traitement entre les sexes. Ainsi, la C.J.U.E.² a estimé que l'imputation proportionnelle à la durée de travail pour un avantage tenant à l'ancienneté ou l'expérience pouvait être qualifiée de discrimination indirecte sur le fondement du sexe, alors que de toute évidence³ une telle imputation aurait été légitime du point de vue de l'égalité entre travailleurs à temps partiel et à temps complet⁴.

Ces jurisprudences récentes relatives aux travailleurs à temps partiel démontrent que la portée des clauses d'égalité n'est pas la même que celle des directives et des articles du Traité relatifs à l'égalité des sexes. Même s'il semble que le contrôle des juges doit être assez poussé, notamment dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure, la flexibilité ouverte au travers de la liberté contractuelle minimise grandement l'égalisation des conditions de ces catégories de travailleurs précaires.

Il apparaît que le droit communautaire est plus exigeant en matière de discrimination, à propos de motifs *a priori* suspects, non seulement en ce qui concerne le sexe, mais également la race, l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap depuis le traité d'Amsterdam.

¹ Il n'est pas anodin que ce soit l'un des travailleurs à temps partiels qui soit à l'origine du contentieux.

² C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.* 2005 page I-1789.

³ La Cour n'était toutefois pas saisie sur le fondement de la directive 97/81.

⁴ La Clause 4 de l'accord cadre relatif au temps partiel ne laisse pas d'équivoque à cet égard : « 2. *Lorsque c'est approprié, le principe du prorata temporis s'applique* » et « 4. *Lorsque des raisons objectives le justifient, les États membres, ... et/ou les partenaires sociaux peuvent, le cas échéant, subordonner l'accès à des conditions d'emploi particulières à une période d'ancienneté, une durée de travail ou des conditions de salaire* ».

PARAGRAPHE 2 : LE RENOUVEAU DE LA POLITIQUE ANTIDISCRIMINATOIRE : LES DIRECTIVES 2000/43/CE ET 2000/78/CE

231. Le dispositif communautaire de lutte contre les discriminations n'est plus, aujourd'hui, restreint aux critères du sexe et de la nationalité. Suite au Traité d'Amsterdam, la liste¹ des critères discriminatoires a été enrichie des critères de la race ou de l'origine ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle². L'article 19 du Traité F.U.E. a parfois été qualifié de « *clause générale de non-discrimination* »³. Toutefois, à la lettre, cet article reste néanmoins timoré dans les pouvoirs qu'il confère aux institutions communautaires, ce qui contraste avec l'ampleur des enjeux leur sont attribués.

C'est une règle d'habilitation⁴, qui donne compétence à l'Union européenne pour définir une politique antidiscriminatoire, enfermée dans des règles procédurales strictes⁵. Du reste, cet article marque une rupture qui vise la mise en place d'une politique de lutte⁶ contre les discriminations. Elle ne consiste plus à interdire le recours à tel ou tel critère, elle encourage davantage les institutions communautaires et nationales à adopter un

¹ Sur le caractère limitatif de cette liste, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, I.

² Article 19 du Traité FUE, qui dispose : « 1. *Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* 2. *Par dérogation au paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1* ». Cet article reprend les termes de l'article 13 T.C.E., tel que modifié par la Traité de Nice, qui a ajouté le deuxième paragraphe. Sur l'étude de cet article voir la thèse de E. Dubout, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006.

³ Notamment par le professeur F.Sudre, in « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits fondamentaux ? », *JCP G*, 1998, I, 100.

⁴ Sur cette notion voir l'excellente thèse de G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.

⁵ En effet il faut dans ce cadre respecter le principe de subsidiarité, voir notamment V. Constantinesco « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à J. Boulouis, 1991, p.35. La procédure est toujours aujourd'hui unanime, c'est-à-dire que toute action sur ce fondement doit requérir l'assentiment de l'ensemble des membres du Conseil, en d'autres mots l'ensemble des États membres. Néanmoins, la procédure législative ordinaire est applicable pour la mise en œuvre du second paragraphe, qui ne vise que des mesures d'encouragement communautaires.

⁶ L'article 19 fait référence à un combat et emploie un vocabulaire guerrier.

comportement actif et productif pour éradiquer les discriminations. Comme l'écrit M. Dubout : « *Il ne s'agit pas tant de protéger ce qui existe déjà (sein), que de construire ce qui devrait exister (sollen)* »¹. La Commission européenne a su saisir l'occasion d'événements² dans la vie politique autrichienne pour adopter deux directives relatives aux nouveaux critères discriminatoires. La première³ est relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Limitée à la discrimination raciale, elle est donc fondée sur une approche catégorielle, mais s'étend à de nombreux domaines : travail, emploi, éducation, avantages sociaux, soins, logement, etc. Cette directive vient prolonger certaines initiatives prises au niveau de l'Union européenne en matière de lutte contre le racisme et la xénophobie⁴. Il s'agit d'un texte « vertical », qui s'impose aux autorités nationales.

La seconde directive, du 27 novembre 2000⁵, porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. A l'exception du « sexe » et de la « race ou de l'origine ethnique » qui fait l'objet de textes spécifiques, tous les autres critères de discrimination sont visés par cette directive, mais uniquement dans un secteur précis : l'activité professionnelle. C'est un texte dit « horizontal », car les définitions de discrimination, directe et indirecte, ne visent pas seulement les « réglementations »⁶, mais toutes « pratiques » susceptibles de produire une discrimination directe ou indirecte, englobant ainsi les rapports entre personnes privées.

¹ E. Dubout, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006. p. 21.

² Il s'agit de la « crise autrichienne », avec l'arrivée au pouvoir du parti populiste en Autriche, qui a entraîné en réaction un mouvement de renforcement des droits fondamentaux dans l'Union, cf. « De l'influence de la « crise autrichienne » sur l'avenir de l'Union européenne », F. Fines, in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à G. Isaac*, vol. II, Toulouse, Presse de l'Université de Science sociales, 2004, p. 105-120 ; voir également sur la résurgence des idées d'extrême droite cf. « La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe », P. Lambert, *R.T.D.H.* 2001, p. 271-275.

³ Directive 2000/43/CE, *JO L* 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

⁴ Voir Jean-François FLAUSS, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *R.T.D.H.*, Numéro spécial, mars 2001, pp. 486-515 ; Dominique ROSENBERG, « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *R.T.D.E.*, 1999, n° 2, pp. 201-238.

⁵ Directive 2000/78/CE, *JO L* 303 du 2 décembre 2000, p. 16-22.

⁶ C.J.C.E. 23 septembre 2008, Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, aff. C-427/06, dans lequel la Cour refuse de voir dans une ligne directrice une mesure de mise en œuvre de la directive.

Les deux directives ne sont pas identiques et diffèrent même dans leurs définitions respectives des discriminations directes et indirectes¹. Ainsi, ces directives ne sont pas le simple décalque de l'acquis jurisprudentiel en matière de discrimination en raison du genre. Elles prennent en considération les problématiques particulières à chaque critère. A titre d'illustration le régime spécifique du critère de l'âge ne repose pas sur une interdiction pure et simple, mais sur une exigence de justification renforcée. En effet, une distinction fondée sur l'âge peut être justifiée par un motif légitime, qui peut être une « *politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle* »². De surcroît, le recours au critère de l'âge est soumis à l'exigence de proportionnalité³. Ainsi, ces directives renouvellent le concept même de discrimination, qui ne se réduit plus à une prohibition pure et simple de recourir à un critère discriminatoire. Le renouvellement conceptuel a été l'occasion pour la Cour de Justice de créer de nouveaux concepts juridiques dans la lutte contre les discriminations (I). Néanmoins, la jurisprudence a été plus riche dans l'application de la directive 2000/78/CE, que pour la directive 2000/43/CE (II).

¹ Sur cette question voir Partie 2, titre 2, Chapitre 1, Section 2.

² Article 6 de la directive 2000/78 : « 1. *Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre: a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ; b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ; c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. 2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe ».*

³ Article 6 précité.

I. LA DIRECTIVE 2000/78/CE : UNE JURISPRUDENCE INNOVANTE

232. La directive du 27 novembre 2000 vise cinq critères discriminatoires : la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹. Seuls les trois derniers ont fait l'objet de recours devant la C.J.U.E. permettant à la Cour de préciser le régime de chacun d'eux.

A l'égard du premier, l'âge, l'attention doit être portée sur l'exigence de proportionnalité dans le cadre des politiques publiques (A). En ce qui concerne l'orientation sexuelle, la Cour se montre mesurée : la marge d'appréciation des États membres à l'égard de l'institution du mariage l'explique largement (B). Enfin, en matière de lutte contre les discriminations contre le handicap, la Cour, tout en se montrant prudente quant à la définition du handicap, a su innover en consacrant la discrimination par association (C).

A. LA DISCRIMINATION EN RAISON DE L'ÂGE : LA PRÉPONDÉRANCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

233. L'âge constitue un critère discriminatoire récent, y compris pour les droits nationaux². Quelques contentieux ont trait à l'application dans le temps de la directive³, en raison de l'effet « perturbateur » provoqué par l'apparition de cette nouvelle règle de non-discrimination et de la clause dite de non-régression⁴.

¹ La directive a fait l'objet de deux recours en manquement de la part de la Commission, qui ont toutes deux données lieu à condamnation de l'État membre, cf. C.J.C.E. 23 février 2006, Commission /Autriche, C-133/05 et 23 février 2006, Commission / Allemagne, C-43/05.

² Voir toutefois l'étude précurseur M. Mercat – Bruns, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Paris, L.G.D.J., 2001.

³ La Cour a par exemple décidé que la directive ne s'appliquait pas à une veuve dont le décès cf. C.J.C.E. 23 septembre 2008, Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, aff. C-427/06 de son mari est antérieur à l'expiration du délai de transposition de la directive. A ce propos, voir E. Broussy, F. Donnat, C.Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire. Droit institutionnel - Champ d'application du droit communautaire », *A.J.D.A.* 2008 p.2329 ; J.Cavallini « Portée du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *J.C.P. S.* 2008 n° 1595 p.19-20 ; H.Tissandier, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2009 p.11-14.

⁴ Cette clause était l'objet d'une question préjudicielle dans la jurisprudence Mangold (précitée). La Cour ne fait pas application de cette clause, car elle viserait un objectif autre que celui de la mise en œuvre de la directive. Pour une critique de la marge d'appréciation ainsi laissée aux États membres voir « L'actualité de la

En outre, ce critère est soumis à un régime spécifique. La règle de non-discrimination ne se réduit pas à une obligation d'abstention. En effet, il est possible de se fonder sur le critère de l'âge pour distinguer entre les bénéficiaires de l'avantage et ceux qui en sont exclus. Ce recours est soumis à deux conditions : il doit être justifié par un objectif légitime et raisonnable¹ et mis en œuvre de manière proportionnée², c'est-à-dire que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Les contentieux qui ont donné lieu à un recours en interprétation devant la C.J.U.E. visaient trois types de dispositifs : ceux en faveur

jurisprudence communautaire et internationale », H. Tissandier, *R.J.S.* 2006, p.257 et « La portée de la clause de non-régression », M. Schmitt, *R.D.T.* 2006 p.31. La clause de non-régression ne s'oppose pas à une législation qui crée une procédure spéciale selon laquelle la victime d'une discrimination à l'embauche fondée sur l'âge doit saisir l'auteur de cette discrimination d'une réclamation afin d'obtenir réparation des dommages patrimoniaux et non patrimoniaux dans un délai de deux mois ; peu importe que cette procédure nouvelle modifie incidemment celle applicable à la discrimination en raison du genre, cf. C.J.C.E. 8 juillet 2010, Susanne Bulicke contre Deutsche Büro Service GmbH, C-246/09. Ainsi, la clause de non-régression doit être entendue restrictivement : elle ne concerne que la mise en œuvre de la directive et les critères discriminatoires visés par celle-ci.

¹ La directive peut apparaître contradictoire en ces termes. En effet, selon son article 2, §2 une différence de traitement fondée sur l'un des critères discriminatoires peut être justifiée par un « un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ». En son article 6, qui vise spécifiquement les « *Justification des différences de traitement fondées sur l'âge* », la directive vise une différence « *objectivement et raisonnablement* » justifiée. La seconde disposition rajouterait un degré de contrôle supplémentaire en ce que la différence de traitement doit être raisonnable. Néanmoins, la C.J.U.E. a eu l'occasion de préciser tout d'abord que l'article 6 doit s'entendre comme une exception à l'article 2§2 et la définition de la discrimination directe. Autrement dit, fonder une décision sur le critère de l'âge n'est pas automatiquement qualifiée de discrimination directe. L'intensité de la prohibition est moins intense que pour les autres critères. En outre, la Cour précise que la différence de traitement en raison de l'âge doit également être raisonnable, quand bien même cette exigence en soit pas reprise par l'article 6 de la directive, cf. C.J.C.E. 5 mars 2009 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C 388/07 ; E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire. Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », *A.J.D.A.*, 2009 p.981-982 ; D. Martin, « Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres - Réflexions à partir de l'arrêt Age Concern », *Journal des tribunaux du travail* 2009 p.241-247.

² Voir en substance l'article 6 de la directive, précité.

de l'emploi des seniors¹, catégorie de travailleurs particulièrement exposés au chômage, ceux des limites d'âges² et ceux relatifs aux retraites³.

234. La directive donne des exemples d'objectifs légitimes et raisonnables, tels⁴ que les conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail. La majorité des arrêts relatifs au critère de l'âge, à la suite de la jurisprudence *Mangold*⁵, concernent des politiques de l'emploi. Celles-ci consistent généralement à faciliter le mode de rupture pour l'employeur, afin, dit-on, de favoriser l'embauche et l'emploi de catégories de travailleurs particulièrement exposés au chômage⁶. Ces catégories sont notamment définies sur la base d'un critère de l'âge. D'autres mesures visent à ne pas comptabiliser certaines années d'ancienneté avant un certain âge⁷. Elles visent également à inciter l'employeur à embaucher ces salariés, car il réalise une économie sur tous les éléments de salaires attachés à l'ancienneté. L'ensemble de ces dispositifs s'inscrivant dans une politique de l'emploi,

¹ C.J.C.E. (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, *Rec.* 2005 p. I-9981 ; « De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior », J. Cavallini, *J.C.P. S.* 2005 p.25 ; « Politique sociale - Mesures pour faciliter l'emploi des seniors et non discrimination », L. Idot, *Europe* 2006, p.19 ; « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », H. Tissandier, *R.J.S.* 2006, p.257 ; « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », O. Leclerc, *D.* 2006, p. 558 ; « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Werner Mangold c. Rüdiger Helm, "Mangold" », E. Muir, *Revue du droit de l'Union européenne* 2006 p.466 ; « La portée de la clause de non-régression », M. Schmitt, *R.D.T.* 2006 p.31.

² Arrêt Mangold précité ; C.J.U.E. 19 janvier 2010 (demande de décision préjudicielle du Landesarbeitsgericht Düsseldorf — Allemagne) — Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, Aff. C-555/07, points 35 à 42 ; C.J.C.E. 18 juin 2009, David Hütter contre Technische Universität Graz, Aff. C-88/08, *Rec.* 2009 page I-05325.

³ C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05, *Rec.* 2007 page I-8531 ; « Chronique de jurisprudence communautaire. Égalité de traitement - discrimination liée à l'âge », E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *A.J.D.A.* 2007 p.2249 ; « Clauses de mise à la retraite d'office et égalité de traitement », L. Idot, *Europe* 2007 p.25 ; « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », H. Tissandier, *R.J.S.* 2008, p.97 ; « Mise à la retraite d'office et non-discrimination fondée sur l'âge », J.Cavallini, *J.C.P.S.* 2008 p.29.

⁴ L'article 6 §1 de la directive vise : « a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection; b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi; c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »

⁵ C.J.C.E. (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold, précité.

⁶ Pour une critique voir J. Affichard, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail - Quelques leçons d'un programme de recherche », *R.D.T.* 2009, p.631.

⁷ Voir notamment C.J.C.E. (grande chambre) du 19 janvier 2010 (demande de décision préjudicielle du Landesarbeitsgericht Düsseldorf — Allemagne) — Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, aff. C-555/07.

appartiennent à un domaine dans lequel les États membre jouissent d'une large marge d'appréciation. En conséquence, la Cour ne remet pas en cause ces politiques sur le fondement de leur légitimité ou raisonabilité. Le contrôle s'exerce essentiellement dans la seconde étape, qui concerne la proportionnalité.

235. Le contrôle de proportionnalité est tout d'abord un moyen d'éprouver les raisons avancées comme justifiant la mesure. En effet, la Cour contrôle que la distinction en raison de l'âge est le meilleur moyen d'accomplir l'objectif que s'est fixé le législateur. Ainsi, dans l'arrêt *Mangold*¹, la C.J.U.E. censure le législateur allemand d'avoir décidé d'autoriser la conclusion de contrats à durée déterminée² sans raison objective, dans la limite de 2 ans renouvelables 3 fois, qui ne concerne que les salariés âgés de 52 ans et plus³. Or, si la législation poursuit l'objectif de faciliter l'embauche des personnes de 52 ans et plus, elle ne tient pas compte des difficultés personnelles qu'elles ont eues pour retrouver un emploi. Autrement dit, la Cour avance l'argument qu'un tel assouplissement n'est pas nécessairement justifié pour toutes personnes âgés de 52 ans et plus au chômage. Certains peuvent retrouver un emploi rapidement et le législateur ne peut présumer qu'ils auront tous, systématiquement, des difficultés à retrouver un emploi. La Cour sanctionne comme trop générale une législation qui définit une exception sur le seul critère de l'âge, sans égard aux difficultés réelles et concrètes des candidats à l'emploi.

La jurisprudence communautaire censurera également comme disproportionnée une réglementation nationale qui prévoit que les périodes de travail accomplies avant l'âge de 25 ans ne sont pas prises en compte pour le calcul du délai de préavis de licenciement⁴. La Cour a condamné également l'exclusion des périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans aux fins de la détermination de l'échelon auquel sont placés les agents contractuels de la

¹ Arrêt précitée.

² La France connaît un dispositif similaire voir « A propos du « CDD senior ». Projet de décret modifiant l'article L. 122-2 du code du travail », M.-C. Amauger-Lattes, *R.D.T.* 2006, p. 168. Pour une approche comparatiste voir « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », sous la dir. de P. Lockiec et S. Robin-Olivier, *R.D.T.* 2006, p. 48.

³ Le seuil d'âge a d'abord été établi à 60 ans, pour être ensuite abaissé à 58 ans pour être enfin fixé à 52 ans en 2002.

⁴ C.J.C.E. (grande chambre) du 19 janvier 2010 (demande de décision préjudicielle du Landesarbeitsgericht Düsseldorf — Allemagne) — Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, aff. C-555/07, points 35 à 42.

fonction publique d'un État membre¹. Le contrôle de proportionnalité constitue dorénavant un véritable test pour toute politique d'emploi, qui doit cibler plus précisément les populations qu'elle entend protéger ou aider.

Le contrôle de proportionnalité permet également d'éprouver la cohérence interne du dispositif national. Ainsi, la Cour a eu à connaître d'une limite d'âge pour l'exercice du métier de dentiste fixé à 68 ans. Les autorités nationales invoquaient comme justification la préservation de la santé des patients. Toutefois, la Cour constate que, dans le domaine public, les dentistes peuvent exercer au-delà de 68 ans. L'État membre justifie cette exception par la pénurie de médecin dans ce secteur. La Cour constate alors que cette exception n'est plus justifiée par l'impératif de sécurité des patients, ce qui apparaît inconstant et contradictoire.

L'âge de départ à la retraite constitue un enjeu considérable. La directive entend laisser jouer les États membres d'une marge d'appréciation plus grande que dans les politiques d'emploi. Tout d'abord, dans l'arrêt *Palacios de la villa*², la C.J.U.E. admet que la convention collective espagnole impose la mise à la retraite lorsque le salarié a atteint l'âge de 65 ans et qu'il a suffisamment cotisé pour bénéficier d'une retraite à taux plein. Le fait que l'âge ne soit pas le seul critère pour la mise à la retraite d'office semble répondre à l'exigence de proportionnalité. Par ailleurs, concernant le dispositif anglais qui permet à l'employeur de licencier le salarié dès que celui-ci a atteint l'âge de la retraite, la C.J.U.E. renvoie à l'appréciation des juges nationaux, tant sur le caractère légitime et raisonnable de l'objectif visé par le législateur que sur la proportionnalité au sein du dispositif³. La Cour précise en outre que, malgré la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière, il pèse sur elles un seuil probatoire élevé⁴.

¹ C.J.C.E. 18 juin 2009, David Hütter contre Technische Universität Graz, Aff. C-88/08, *Rec.* 2009 page I-05325, points 43 à 51 ; M. Denis, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2009 p.734-736

² C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05, *Rec.* 2007 page I-8531 ; « Chronique de jurisprudence communautaire. Égalité de traitement - discrimination liée à l'âge », E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *A.J.D.A.* 2007 p.2249 ; « Clauses de mise à la retraite d'office et égalité de traitement », L. Idot, *Europe* 2007 p.25 ; « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », H. Tissandier, *R.J.S.* 2008, p.97 ; « Mise à la retraite d'office et non-discrimination fondée sur l'âge », J.Cavallini, *J.C.P.S.* 2008 p.29.

³ Arrêt dit « Age concerned » précité, point 52 et suivants.

⁴ Points 61-62, 65, 67.

236. En revanche, la C.J.U.E. semble moins stricte dans la mise en œuvre de l'exception tirée de l'article 4 de la directive¹. Il s'agit concerne les exigences professionnelles essentielles². En effet, la Cour a accepté une limite d'âge fixe pour l'exercice du métier de pompier³. Il apparaît évident que, pour des raisons de conditions physiques, les personnes âgées soient exclues de tous les postes pour lesquels le pompier est amené à intervenir sur le terrain. En l'espèce, le plaignant avait été exclu alors même qu'il dépassait seulement de quelques jours la limite d'âge fixée. Autrement dit, il est victime de l'effet de seuil. La Cour ne se fonde pas sur l'exigence de proportionnalité afin d'apprécier si le plaignant était en capacité physique ou non d'occuper le poste. La Cour admet donc, au titre des exigences professionnelles essentielles, une limite générale, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la condition physique de chaque candidat.

237. La discrimination en raison de l'orientation sexuelle emporte de toutes autres problématiques. En effet, cette règle de non-discrimination est confrontée directement à la question de la reconnaissance juridique des couples homosexuels.

¹ Qui dispose : « 1. Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. 2. Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif. Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. »

² Sur ce concept, voir, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, section 2.

³ C.J.C.E. 12 janvier 2010, Colin Wolf contre Stadt Frankfurt am Main, Aff. C-229/08.

B. L'ORIENTATION SEXUELLE ET LE STATUT DES COUPLES HOMOSEXUELS

238. L'Allemagne a introduit dans son droit positif un « pacte civil », qui permet de reconnaître l'union entre des personnes homosexuelles. Le régime applicable à cette union est dans une large mesure calqué sur celui du mariage. M. Maruko avait conclu un tel pacte avec son compagnon, qui était costumier de théâtre. Ce dernier est décédé en 2005. À la suite de ce décès, M. Maruko réclame le bénéfice de la pension « veuvage », qui lui est refusée par l'organisme de gestion. Ce dernier prétend que ne peut être veuf qu'une personne précédemment mariée, et estime en conséquence que la pension « veuvage » n'est pas applicable aux « pactes civils ». M. Maruko introduit alors une action, car il estime être victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La C.J.U.E. doit alors répondre à deux questions : la directive 2000/78 est-elle applicable à l'espèce ? Le traitement différencié constitue-t-il une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ?

En ce qui concerne la première question, de manière classique¹, elle considère que la pension de veuvage est bien liée au contrat d'emploi ; que le régime en cause n'est pas un régime étatique ; que la pension est calculée en référence à la rémunération ; et enfin que, le dispositif n'est pas général, car il résulte d'une convention collective propre à un secteur professionnel. Au vu de tous ces éléments, l'avantage en cause correspond bien à la qualification communautaire² de « rémunération ». Donc le droit communautaire est bien applicable au cas d'espèce.

Sur la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour, bien qu'elle n'y fasse pas référence, a déjà eu à connaître d'espèce qui relève de cette problématique. Dans un arrêt Grant³, elle estime que la discrimination fondée sur l'orientation

¹ Voir « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », M. Schmitt, *R.D.T.* 2008 p. 458.

² C.J.C.E. 28 septembre 1994, Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds contre G. A. Beune, Aff. C-7/93 *Rec.* 1994 page I-4471.

³ C.J.C.E. 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd, Aff. C-249/96, *Rec.* 1998 page I-621. Toutefois, la Cour s'est montrée plus accueillante pour l'ouverture d'avantages aux partenaires non mariés, qui peuvent être des couples homosexuels, dans le cadre de la liberté de circulation des personnes cf. C.J.C.E. 17 avril 1986, État néerlandais contre Ann Florence Reed, Aff. 59/85, *Rec.* 1986 page 1283 (il s'agissait néanmoins en l'espèce de partenaires hétérosexuels).

sexuelle ne relève pas du droit communautaire et ne peut être rattachée à la discrimination sur le sexe. Cette jurisprudence avait pu surprendre dans la mesure où la distinction fondée sur le changement de sexe, le transsexualisme¹, était assimilée, à une discrimination sur le sexe². Mais dorénavant, en application de l'article 13 du traité CE et de la directive 2000/78, l'orientation sexuelle est devenue un critère discriminatoire au niveau communautaire.

239. Le cœur de l'arrêt réside dans l'affirmation suivante : « À supposer que la juridiction de renvoi décide que les époux survivants et les partenaires de vie survivants sont dans une situation comparable pour ce qui concerne cette même prestation de survie, une réglementation telle que celle en cause au principal doit en conséquence être considérée comme constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, au sens des articles 1^{er} et 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78. »³.

Plusieurs commentaires doivent être formulés à propos de cette affirmation. Tout d'abord, la Cour semble présupposer, lorsqu'elle fait référence aux époux, que le mariage n'est possible qu'entre hétérosexuels, alors même que, dans différents États membres, le mariage a été ouvert aux couples homosexuels⁴. Bien que la Cour prenne bien soin de préciser qu'il appartient aux États membres de définir l'institution du mariage, il n'en demeure pas moins que lorsqu'elle utilise la dénomination « d'époux » c'est pour faire référence à des couples hétérosexuels unis par les liens du mariage. Il est vrai que dans la majorité des États membres de l'Union européenne, le mariage reste uniquement ouvert aux couples hétérosexuels. C'est certainement pour cette raison que la Cour limite la portée de son arrêt aux États où sont reconnues les unions homosexuelles. Cet arrêt ne peut être vu comme une obligation pour les États membres à adopter un statut pour de telles unions. Les enseignements de cet arrêt ne valent que lorsque les pouvoirs législatifs et exécutifs visent à la création de ces unions, ceux-ci devant veiller à respecter les règles de non-discrimination.

¹ C.J.C.E. 7 janvier 2004, K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, Aff. C-117/01, *Rec.* 2004 page I-541 ; *D.* 2004, Jur. 979, note P. Icard, *A.J.F.P.* 2004. p.496, obs. D. Jean-Pierre, *R.T.D. Civ.* 2004. 266, obs. J. Hauser, *ibid* 373, obs. J. Raynard.

² C.J.C.E. 30 avril 1996 P contre S et Cornwall County Council, Aff. C-13/94, *Rec.* 1996 page I-2143.

³ Point 72.

⁴ Voir aux Royaumes des Pays Bas, de Belgique et d'Espagne.

Néanmoins, la directive 2000/78 implique dorénavant que les droits reconnus aux couples en dehors du mariage doivent être étendus aux couples homosexuels¹.

Ensuite, la Cour marque une avancée par rapport à l'arrêt Grant². Elle accepte la comparaison, rendue nécessaire par la directive 2000/78, entre couples homosexuels et hétérosexuels. En l'espèce, la législation allemande aboutit à la comparaison du « pacte civil » et du mariage réservés respectivement aux couples homosexuels pour le premier et aux couples hétérosexuels pour le second³. Se pose dès lors la question de savoir si la Cour aurait accepté une telle comparaison si le « pacte civil », comme le PACS en France, avait été ouvert à tous les couples quelle que soit leur orientation sexuelle. Dans ce cas, la comparaison aurait impliqué potentiellement une comparaison entre couples hétérosexuels-mariés d'un côté et couples hétérosexuels ou homosexuels liés par le pacte civil d'un autre côté. Dans cette dernière hypothèse, le pacte civil étant ouvert à tous, il ne peut être perçu comme représentant les seuls couples homosexuels⁴. La différence de régime entre le pacte civil et le mariage ne recoupe pas alors exactement une distinction entre un groupe exclusivement composé de couples hétérosexuels et un autre de couples homosexuels.

240. La Cour affirme que dans l'hypothèse où le juge national reconnaît la comparabilité des situations entre pacte civil et mariage, la discrimination est alors directe⁵. La

¹ Ce qui constitue une évolution notable comparativement à l'arrêt Grant, qui refusait toute comparaison entre couples hétérosexuels et homosexuels ; cf. Directive 2000/78, *op.cit.* à ce propos voir comm. D. 1998, Somm. 372, obs. J. Rideau; *R.T.D.Civ.* 1998. 347, obs. J. Hauser, *ibid* 529, obs. J. Raynard.

² *Op. cit.*

³ CJCE, Grande chambre, Maruko, 56 du 1er avril 2008, C-267/06 (dispositif) : La cour dit pour droit : « 1) Une prestation de survie octroyée dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle tel que celui géré par la *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* entre dans le champ d'application de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. 2) Les dispositions combinées des articles 1er et 2 de la directive 2000/78 s'opposent à une réglementation telle que celle en cause au principal en vertu de laquelle, après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne perçoit pas une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, alors que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un partenaire de vie survivant est dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle géré par la *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. » (Dispositif). Cf. J.-Ph. Lhermould, « Les droits sociaux des couples homosexuels », comm. de l'arrêt CJCE Maruko du 1er avril 2008, affaire C- 267/06, *in Dr. Soc.* 2008, p. 712.

⁴ Néanmoins dans cette configuration la Cour aurait pu recourir à la notion de discrimination indirecte. Sur le débat de la différence entre discrimination directe et indirecte, voir partie 2, titre 2, chapitre 1.

⁵ La Cour se distingue ici de la position de l'avocat général qui voyait alors dans cette hypothèse l'existence d'une discrimination indirecte.

discrimination directe est révélée non pas par le recours à l'orientation sexuelle comme fondement, mais par l'interprétation des concepts juridiques en jeu : le « pacte civil » allemand ne concerne que les couples homosexuels et le mariage uniquement les couples hétérosexuels. Autrement dit, la différence de traitement entre couples mariés et ceux unis par un « pacte civil » recoupe exactement la distinction entre couples homosexuels et hétérosexuels.

La C.J.U.E. invite à une comparaison concrète et non abstraite entre les concepts. Cette comparaison repose sur la finalité du droit en cause : la finalité de la pension de veuvage, qui vise l'entretien de la personne qui survit à son partenaire, justifie-t-elle l'exclusion des parties au « pacte civil » ? Le travail de comparaison de la juridiction nationale est guidé par la finalité de l'avantage en cause¹. Ce faisant la C.J.U.E. dessine la répartition des tâches avec le juge national. Ce dernier doit évaluer si les situations sont comparables, selon la méthodologie définie par la C.J.U.E., c'est-à-dire de manière concrète et en référence à la finalité de l'avantage en cause. En cas de situations comparables, la C.J.U.E. impose alors la conclusion : la reconnaissance d'une discrimination directe.

241. La jurisprudence relative au handicap n'a pas permis d'en préciser le régime, et en particulier de ce que recouvre la notion d'aménagement raisonnable². Toutefois, la jurisprudence n'en n'a pas moins été innovante, la Cour ayant reconnu le concept de discrimination par association.

¹ Dans une question connexe la Cour refuse l'argument de l'équilibre budgétaire du régime social en cause, pour limiter dans le temps les effets de la reconnaissance de la discrimination, s'il y a lieu, voir points 74 à 79.

² Article 5 de la directive, qui dispose : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. »

**C. HANDICAP¹ ET DISCRIMINATION PAR ASSOCIATION :
L'ARRÊT COLEMAN²**

242. Mme Coleman a travaillé en tant que secrétaire juridique dans un cabinet d'avocats. En 2002, elle a donné naissance à un fils qui souffre de crises d'apnée ainsi que de laryngomalacie et de bronchomalacie congénitales. L'état de son fils exige des soins spécialisés et particuliers. Madame Coleman lui dispense l'essentiel des soins dont il a besoin. Elle estime que sa « mise au chômage volontaire » (voluntary redundancy) doit être qualifiée de licenciement, car cette mesure s'inscrit dans un ensemble de traitements pris sur la considération du handicap de son fils. La question est dès lors de savoir si la protection contre la discrimination fondée sur le handicap peut s'étendre aux personnes qui ne sont pas elles-mêmes handicapées, mais, qui par leurs actions, apportent leur aide à des personnes handicapées. Autrement dit, la discrimination par association ou par « ricochet »³ est-elle acceptée en droit communautaire ?

La Cour admet une telle extension⁴ en se fondant sur le principe d'égalité de traitement et sur l'article 13 du Traité CE. Elle considère que dès que l'un des motifs discriminatoires visés par la directive est en cause, celle-ci doit s'appliquer⁵. L'application de la directive ne se trouve pas restreinte dans son champ d'application personnel⁶. Il n'est pas

¹ La C.J.U.E. entend restrictivement la notion de handicap, et refuse de la confondre avec celle de maladie, cf. C.J.C.E., Grande chambre, Chacón Navas du 11 juillet 2006, C-13/05 (dispositif) : la Cour dit pour droit : “1) Une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un inscrite aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78, s'oppose à un licenciement fondé sur le handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste. 3) La maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination.” Cette jurisprudence montre que la Cour interprète la liste communautaire comme étant limitative, cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1.

² C.J.C.E. (grande chambre) du 17 juillet 2008, S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law, Aff. C-303/06 ; Le handicap par association, Note sous C.J.C.E., Grande chambre, 17 juillet 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, aff. C-303/06 ; note A. Boujeka, R.D.S.S. 2008 p. 865 ; J.C.P. S. 2008.1549, note J. Cavallini.

³ C.J.C.E. 16.10.2007 J. Cavallini J.C.P.S. 2008, n°10, p. 29.

⁴ Si la Cour ne reprend pas l'expression de discrimination par association, elle en consacre l'esprit.

⁵ La Cour se fonde notamment sur l'effet utile de la directive cf. point 51.

⁶ La Cour distingue bien cette affaire de l'arrêt Chacon Navas, *op.cit.* Ce dernier concernait le champ d'application matériel de la directive, l'arrêt Coleman s'intéresse au champ d'application personnel. L'extension opérée dans ce dernier arrêt vaut également pour le harcèlement.

nécessaire que la victime de la « défaveur »¹ soit celle qui porte la caractéristique protégée par les règles antidiscriminatoires². La Cour assure ainsi la sanction de toute décision qui viendrait à être fondée sur le motif du handicap, en dehors des cas où ce recours est autorisé.

Aux termes de cet arrêt, il n'apparaît pas nécessaire que la protection des proches requiert au préalable une discrimination illicite pratiquée à l'encontre de la personne handicapée ni que la discrimination par association fondée sur le handicap dirigée contre le proche s'étende à la personne handicapée pour que le proche puisse se prévaloir d'une protection propre. Trois conditions cumulatives doivent, au terme de l'arrêt *Coleman*, être réunies pour que le proche invoque une discrimination par association : l'existence d'une personne atteinte de handicap, des faits présumés discriminatoires dirigés contre le proche de cette personne handicapée, un lien établi entre ce proche et cette personne handicapée³.

243. Toutefois, la Cour précise que les dispositions à propos de l'aménagement raisonnable et les mesures de discriminations positives éventuellement prises par les États ne peuvent être applicables que pour les personnes handicapées⁴. Il semblerait que la Cour distingue le versant négatif des règles antidiscriminatoires en matière de handicap, à savoir l'interdiction de recourir à un tel motif, qui serait ouvert à la discrimination par association et leur versant positif, autrement dit les aménagements raisonnables, qui ne seraient pas réceptifs à un tel concept. Ainsi, la victime de la discrimination par association bénéficie du régime particulier de la preuve qui a cours en matière antidiscriminatoire⁵, mais ne peut bénéficier d'aménagements raisonnables⁶. La Cour assimile, pour partie, les aménagements raisonnables à des mesures de discrimination « positive »⁷. Elle se fonde sur le texte de la directive qui ne vise comme bénéficiaire que les personnes handicapées elles-mêmes. Ce sont leurs besoins

¹ Voir partie 2

² Les gouvernements hollandais, grecs, italien, anglais et irlandais affirment au contraire que les dispositions de la directive ne visent que la personne handicapée et ne peuvent être étendues à d'autres personnes.

³ Voir en ce sens comm. A. Boujeka relatif à l'arrêt CJCE, 17 juil. 2008, *S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law*, in *R.D.S.S.* 2008. p.865.

⁴ Point 39 à 43.

⁵ Point 54.

⁶ Cf. A. Boujeka relatif à l'arrêt CJCE, 17 juil. 2008, *R.D.S.S.* 2008. p.865, *op.cit.* : la Cour distingue « clairement entre le droit à la non discrimination envisagée dans son économie générale et profitant aux personnes handicapées et à leurs proches et les mesures de mise en œuvre de ce droit dont certains dispositifs répondent à des besoins spécifiques des personnes handicapées, et à ce titre, ne bénéficient qu'à elles seules ».

⁷ Point 42.

personnels qui sont protégés et non ceux des personnes qui les entourent. Or, en l'espèce, Mme Coleman se plaint de la stigmatisation dont elle a fait l'objet. Il est patent, que contrairement aux autres parents avec enfants non handicapés, elle n'a pu que rarement bénéficier d'aménagements du temps de travail. L'espèce constituait alors une opportunité pour étendre les aménagements raisonnables en faveur de la mère de l'enfant handicapé¹, notamment dans l'aménagement de ses horaires. Ceux-ci lui auraient permis de répondre au mieux aux exigences de soins que réclament l'handicap de son enfant. Cette jurisprudence dessine donc en creux une approche restrictive du concept d'aménagement raisonnable par la Cour. L'espèce de l'arrêt suscite d'ailleurs un autre questionnement : si l'employeur de Mme Coleman avait conféré à celle-ci les mêmes avantages que tous les autres parents, sans tenir compte du handicap de son fils, y'aurait-il eu discrimination ? Il semblerait que la Cour s'attache au seul traitement défavorable et n'oblige pas à tenir compte de la situation particulière des personnes qui apportent leur aide aux personnes handicapées.

244. Une autre question demeure à propos de la discrimination par association. Quelle est la force du lien qui doit unir la personne qui s'estime discriminée par association et la personne qui porte la caractéristique protégée par le droit antidiscriminatoire ? En l'espèce, le lien était évident, car il s'agissait de la mère qui prodiguait l'essentiel des soins à son enfant, ce qui emporte des conséquences dans l'organisation de la vie quotidienne. La Cour pour l'instant ne s'est contentée pour l'heure que de cette évidence. Elle ne précise pas le contrôle qui doit présider à l'examen du lien de causalité entre le trait protégé et le traitement moins favorable par association. Le lien d'interdépendance entre un enfant et sa mère est facile à démontrer, par contre il n'est pas certain qu'il existe beaucoup d'autres hypothèses où la discrimination par association pourra se révéler de manière aussi évidente. La Cour semble, pour l'heure, renvoyer cette question à l'appréciation du juge national.

¹ En France, la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (*JO* n° 36 du 12 février 2005 page 2353) a consacré le statut des aidants familiaux et proches, codifié à l'article L.3122-26 du code du travail. De même dans le système français des personnes placées dans la situation de Madame Coleman auraient pu plus facilement se fonder sur un autre motif de discrimination : la situation de famille cf. « La discrimination « par ricochet » : un aspect latent du délit de discrimination », S. Detraz, *Dr. Pén.* 2008, étude 10.

Enfin, il convient de souligner que la Cour en se fondant sur les articles 1 à 3 de la directive, l'article 13 du Traité C.E. et le principe d'égalité de traitement, donne une assise très large à la discrimination par association. Dans cette perspective, il semble donc que ce concept puisse être étendu aux autres motifs discriminatoires. Mais les questions du lien unissant la personne discriminée, celles portant sur le trait protégé et celles du lien de causalité seront certainement plus problématiques pour les autres motifs, car le handicap est celui qui emporte, de prime abord, le plus de conséquences sur la vie et les actions de l'autre...

En définitive, la jurisprudence de la Cour en matière de handicap, bien qu'elle accomplisse des avancées notables comme la discrimination par association, est marquée par le flou et l'absence d'opérationnalité de la définition du handicap pour le différencier de la maladie. Probablement hésite-t-elle à trancher définitivement la question de la définition du handicap face à des systèmes nationaux très divers¹. Plus encore, cette jurisprudence reste insatisfaisante sur ce qui caractérise le régime du droit antidiscriminatoire en matière de handicap, à savoir les aménagements raisonnables. La position de la Cour qui se dessine en creux à propos de ce dernier concept semble restrictive.

245. La jurisprudence relative à la directive 2000/78/CE a été riche de précisions et d'innovations. Néanmoins, plusieurs domaines, comme celui du handicap, reste encore en friche. La Cour a eu beaucoup moins l'occasion de statuer sur la directive 2000/43/CE, ce qui ne l'a pas empêché d'apporter des précisions utiles.

II. LA DIRECTIVE 2000/43/CE : UNE JURISPRUDENCE ATONE

246. Si les discriminations raciales ou fondées sur l'origine ethnique font parties de celles qui sont le plus vigoureusement dénoncées, la vigilance, notamment dans le débat politique,

¹ Deux tendances peuvent être dégagées. Une première est attachée au courant médicale : est handicapée la personne qui présente une inaptitude ou incapacité au-delà d'un certain seuil, médicalement constatée. Une seconde tendance, plus compréhensive, s'inscrit dans une démarche anthropologique, qui n'est pas uniquement centrée sur les capacités physiques ou psychiques de la personne mais prend également en considération le « contexte », l'environnement qui participe au handicap. Voir notamment, *Sur une analyse comparative et prospective du système français de prise en charge des personnes handicapées ; Comme vous, Comme nous, Tout simplement*, M. Fardeau, Rapport au Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Secrétaire d'État à la Santé, à l'Action Sociale et aux Handicaps, septembre 2000.

tranche singulièrement avec le faible contentieux qu'a eu à connaître la C.J.U.E. en la matière. A côté des quelques recours en manquement contre les États membres, qui ont tardé à transposer la directive, fruit de la vigilance de la Commission¹, la Cour n'a connu qu'un seul recours en interprétation. L'arrêt *Feryn*² concerne un litige opposant le Centrum Voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding (Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme) à la société Firma Feryn NV, à la suite des propos de l'un des directeurs de cette dernière affirmant publiquement que sa société ne souhaitait pas recruter des personnes dites « allochtones ». Le directeur de l'entreprise se devait d'agir ainsi en conséquence des réticences de sa clientèle à donner accès aux « allochtones », le temps des travaux, à leur domicile privé. Une telle pratique de recrutement tombe-t-elle sous le coup de la directive 2000/43 ?

247. L'une des premières difficultés de l'espèce est que le centre pour l'égalité des chances avait attiré le directeur sur la base de ses seuls propos. Il ne se fondait pas sur le contrôle de la politique de recrutement en pratique. Autrement dit, il se fondait sur les seules paroles et non sur un traitement, constatable par des actes positifs, ce qui implique nécessairement l'absence de victime identifiée. Mais la Cour passe outre ces difficultés et affirme : « *le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale, ce qui est évidemment de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail, constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination.* »³. De cette conclusion, il faut retenir que des propos en eux-mêmes peuvent être constitutifs de

¹ La Commission s'est montrée particulièrement soucieuse de la transposition de cette directive. Non seulement dans une approche doctrinale, avec par exemple la communication de 2006 (COM(2006) 643 final du 30.10.2006), mais également avec les recours devant la C.J.U.E. et les lettres adressées aux États membres, qui ont poussé un certain nombre à réviser leurs propres lois de transposition, comme la France avec la loi de 2008, voir notamment M. Minè, « Discrimination : une transposition laborieuse », *R.D.T.* 2008, p. 532.

² C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, Aff. C-54/07 ; *J.C.P.S.* 2008.p.1520, note J. Cavallini.

³ Point 25.

discrimination¹, le racisme des clients ne constituant pas une excuse², et qu'il n'est pas nécessaire d'identifier une victime individuelle pour faire la preuve d'un traitement discriminatoire. Néanmoins, dans la répartition de la charge de la preuve, le rappel des propos vaut présomption d'une politique d'embauche discriminatoire, charge à l'employeur « *d'apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement, ce qu'il peut notamment faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations* »³. Les propos discriminatoires n'emportent pas qualification de discrimination directe de manière automatique, l'employeur peut toujours démontrer qu'il n'a pas mis en oeuvre ses propos discriminatoires...

L'ouverture de la discrimination à l'absence de victime pose problème. Tout d'abord, cette voie de droit n'est pas une obligation communautaire, mais une faculté ouverte par le législateur national à certaines organisations⁴ lors de la transposition de la directive⁵. Ensuite se pose le problème de la sanction qui, en l'absence de victime, ne peut se réaliser par une indemnisation à son égard. Toutefois, en vertu de l'article 15 de la directive, la sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive⁶. La C.J.U.E. suggère que la sanction peut être une condamnation à laquelle est assortie une mesure de publicité, une injonction de cesser les pratiques discriminatoires, éventuellement, une astreinte⁷, ou le prononcé de dommages et intérêts en faveur de l'organisme à l'origine de l'affaire. Il appartient au juge national de prendre la mesure qui s'impose en conformité avec le droit national.

¹ Ce qui n'est pas étonnant du point de vue du système français qui sanctionne pénalement les déclarations publiques discriminatoires par le délit de provocation à la discrimination raciale, cf. article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 ; voir en ce sens J. Cavallini *J.C.P. S.* 2008.

² La Cour, dans ses motifs, rappelle le huitième considérant du préambule de la directive qui affirme : « *la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard de groupes tels que les minorités ethniques.* »

³ Point 32.

⁴ Que ce soit le ou les organismes de promotion de l'égalité de traitement, en application du chapitre 3 de la directive 2000/43 (comme la HALDE en France) ou les associations ou personnes morales qui peuvent agir en ce domaine. Il ne s'agit pas d'ouvrir une « *actio popularis* ».

⁵ Point 27.

⁶ Points 35 à 41.

⁷ Est-ce là le commencement d'une articulation entre condamnation pour discrimination et action positive, car le meilleur moyen de démontrer que la pratique discriminatoire a cessé reste de recruter une personne précédemment discriminée...

CONCLUSION DE CHAPITRE

248. La Cour a su dépasser la dimension économique du droit antidiscriminatoire originel, qui valait aussi bien pour la nationalité et l'égalité des sexes, pour se tourner vers une logique de droits fondamentaux et de protection de l'être humain. Ainsi, les « directives 2000 » ne visent pas seulement les ressortissants communautaires, mais « toutes personnes ». Néanmoins, le droit de l'Union européenne reste prisonnier de ses compétences d'attributions¹, l'exigence d'égalité permettant parfois à la C.J.U.E. de s'en émanciper. Le tiraillement du droit de l'Union entre le principe de subsidiarité, et le respect nécessaire des prérogatives de Etats membres, et le principe de primauté, c'est-à-dire l'assujettissement des droits nationaux, complique la transition vers une citoyenneté sociale européenne.

Par ailleurs, les dispositifs relatifs à l'égalité semblent à première vue se fonder sur une certaine conception de la « raisonabilité » de la distinction. En ce sens, certains motifs ne peuvent être valablement mobilisés pour distinguer, tel le sexe dans le domaine de la rémunération des travailleurs. En réalité, sous l'apparente neutralité imposée par le droit de l'Union européenne, l'égalisation se réalise par l'assimilation². Cette orientation apparaît clairement dans le cadre de l'égalité des sexes, dans la sanction de la discrimination : la mise à l'écart de la disposition litigieuse entraîne l'application du traitement plus favorable à la victime, car c'est le seul système de référence qui demeure valable. Cette substitution est immédiate, sans attente de l'élimination préalable de la disposition discriminatoire³, par son auteur. Cette logique d'assimilation traverse également la liberté de circulation : le passé du travailleur migrant dans un autre Etat membre ne peut plus être occulté, au nom de la non-

¹ En particulier, à propos de la discrimination en raison de la nationalité et la question de son extension aux ressortissants des pays tiers à l'Union et les apatrides, voir la thèse de S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.

² Après les vaines hésitations de la Cour entre l'acceptation et le refus de l'assimilation en matière de sécurité sociale (cf. *La sécurité sociale des travailleurs européens*, S. Van Raepenbusch, De Boek Université, Bruxelles, 2001), la Cour semble avoir opté définitivement pour la première solution dans son arrêt C.J.C.E. (cinquième chambre) 18 avril 2002, Johann Franz Duchon contre Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, Aff. C-290/00, *Rec.* 2002 page I-3567, voir la thèse de P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003 p. 658.

³ C.J.C.E. 15 janvier 1998, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contre Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-15/96, *Rec.* 1998 page I-47.

discrimination. En somme les frontières étatiques ne doivent plus faire écran à « l'acquis » des ressortissants communautaires migrants.

249. Enfin, le droit de l'Union européenne avec l'apparition de nouveaux motifs discriminatoires semble donner un nouveau souffle à la lutte contre la discrimination. Celle-ci n'est plus cantonnée à la simple prohibition du recours au critère discriminatoire, mais bien au contraire vise à encadrer, strictement, son recours. Il en est ainsi en particulier avec les critères de l'âge, et du handicap.

CONCLUSION DE TITRE

250. Les deux jurisprudences européennes sont dominées par les décisions relatives à la non-discrimination. Les deux juridictions n'ignorent pas pour autant un principe d'égalité de traitement. La C.E.D.H., dans le cadre de l'article 14, applique alors un contrôle « normal » aux critères de distinction qu'elle n'a pas fait entrer dans le « noyau dur ». La C.J.U.E. fait bien référence à un principe d'égalité de traitement, qui a valeur de principe général dans le droit de l'Union européenne. Mais le recours à ce principe vise pour l'essentiel à affirmer la plus grande solennité et donner le fondement le plus élevé dans l'ordre du droit de l'Union européenne aux dispositifs de non-discrimination qui en découle. Les deux juridictions européennes ont en commun d'affirmer, en contradiction avec les juges français, la « bilatéralité » de ce principe. Autrement dit, les juges européens se reconnaissent le pouvoir d'imposer une différenciation là où l'auteur de la décision a décidé de ne pas distinguer. Toutefois, les conditions de mise en oeuvre de cette obligation de distinction demeurent pour le moins flou.

251. La place de la non-discrimination est prédominante dans les deux jurisprudences : le droit dérivé de l'Union européenne est construits autour de critères discriminatoires, dont la liste s'est enrichie en 2000 ; l'essentiel des décisions dans lesquelles la C.E.D.H. accepte un examen sur le fondement de l'article 14 de la Convention concerne des critères qui appartiennent au « noyau dur ». Toutefois, la démarche des deux Cours ne semblent pas identiques. La C.J.U.E., qu'il s'agisse de la non-discrimination en raison de la nationalité ou en raison du genre, a adopté une démarche dynamique fondée sur une interprétation téléologique qui l'a amené à élaborer des instruments à même de révéler les phénomènes discriminatoires. Ainsi, l'aménagement de la charge de la preuve et le concept de discrimination indirecte entraînent une nouvelle conception du travail de comparaison, orienté vers l'établissement de suspicion de discrimination. La jurisprudence de la C.E.D.H. est marquée par une démarche beaucoup plus casuistique, en ce sens, que l'appréciation du juge européen varie selon la marge d'appréciation laissée aux Etats. En outre, la démarche de la Cour est focalisée sur la justification de l'auteur de la décision, c'est-à-dire la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité des moyens utilisés à cette fin.

La C.J.U.E. a donc élaboré une jurisprudence constructive orientée vers la comparaison, alors que la C.E.D.H. semble préserver son pouvoir d'appréciation et privilégie le contrôle de la justification.

CONCLUSION DE PARTIE

252. Les juridictions affirment toutes avec la plus grande solennité l'exigence d'égalité. Toutefois, la diversité des conceptions est frappante. Tout d'abord, les juridictions internes, en particulier celles de droit public, voient leur jurisprudences dominées par les principes d'égalité ou d'égalité de traitement. Au contraire, la non-discrimination constitue l'objet essentiel des jurisprudences européennes. La démarche conceptuelle n'est pas alors la même. Effectuer un contrôle sur le fondement du principe d'égalité suppose de rechercher la cohérence de la décision au travers de l'adéquation ou de la pertinence entre son objet et la distinction opérée, qui en est le moyen. La non-discrimination suppose, généralement¹, de rechercher si l'auteur de la décision a fait usage d'un critère prohibé en lui-même. Le premier contrôle suppose de prendre en considération l'ensemble de l'opération (objet/distinction), alors que dans le second, il suffit de repérer l'utilisation d'un critère interdit.

253. Par ailleurs, la démarche au sein de contrôle juridictionnel n'est pas le même devant chaque juridiction. En effet, la Cour de cassation semble adopter une démarche plus concrète dans l'application du principe d'égalité de traitement, que els juges de droit public dans l'application des principes d'égalité (constitutionnel ou général du droit). Les juges européens divergent, également, quant à l'importance à donner à la comparaison ou à la justification.

254. Ces divergences ne doivent pas masquer certains convergences. L'une des plus frappantes et d'ores et déjà évidentes est celle de la réception de la discrimination indirecte, importée et adaptée par la C.J.U.E., par l'ensemble des juridctions, à l'exception du Conseil constitutionnel. La diversité des jurisprudences pourrait ne pas poser problème si chacune des juridctions intervenait dans un ordre juridique clos qui lui est propre. Toutefois, ce n'est pas le cas. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent faire application des droits européens et hésitent de moins en moins à le faire. Néanmoins, si des évolutions se font ressentir, en particulier en matière de non-discrimination, il apparaît qu'elles ne consistent pas dans un alignement systématique sur els jurisprudences européennes. Il n'existe pas de mécanisme qui puissent assurer un principe hiérarchique entre juridictions internes et européennes, faute pour

¹ Certaines règles de non-discrimination ne visent pas la prohibition, mais la suspicion, cf. *infra*.

ces dernières d'être des juridictions de cassation. Dès lors, la diversité demeure non seulement possible¹, mais elle reste encore vive en matière d'exigence d'égalité. Dans ces conditions, le dialogue des juges constitue un instrument utile pour savoir comment les juges tentent d'assurer la compatibilité des jurisprudences ou au contraire si certains restent résolus dans la divergence d'avec d'autres jurisprudences. Le dialogue des juges suppose alors d'étudier les jurisprudences des uns et des autres en rapport avec les autres.

¹ Car il n'existe pas de mécanisme propre à assurer l'uniformisation des jurisprudences des différentes Cours.

PARTIE 2 : L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ À L'ÉPREUVE DU DIALOGUE DES JUGES

255. L'exigence d'égalité recouvre les principes d'égalité ou d'égalité de traitement et les règles de non-discrimination, souvent interprétés différemment par les juridictions. Cette diversité peut poser problème quant au droit, envisagé dans sa globalité, car existeraient en son sein des tensions entre des interprétations divergentes d'un même objet. Ces tensions sont alors contraires à la sécurité juridique qui commanderait un droit prévisible en faveur des « usagers » du droit. Néanmoins, cette diversité paraît irréductible, car les juges détiennent un pouvoir d'interprétation qui ne peut leur être retiré. Le dialogue des juges permet de penser cette pluralité. Certains dispositifs visent à ordonnancer cette pluralité. Ainsi, le droit de l'Union européenne a ainsi mis en place une procédure particulière, le renvoi préjudiciel, qui permet à la C.J.U.E. de se prononcer sur l'interprétation du droit communautaire avant que le juge national ne se prononce définitivement sur le fond de l'affaire. Une telle procédure est l'emblème du dialogue-partage. Ce dernier s'exprime également dans la répartition des offices entre juges nationaux et européens, en dehors même de toutes interactions entre juge national et juge européen dans la même affaire.

Le pluralisme des conceptions de l'égalité juridique qui apparaît dans l'étude des différentes jurisprudences invite à analyser les convergences et divergences entre les différentes juridictions non seulement lorsqu'elles ont à connaître d'un même objet, en particulier les dispositifs européens, mais également les emprunts de techniques juridiques d'une jurisprudence à une autre ou les tensions entre des conceptions divergentes. Le dialogue-transfert permet alors d'analyser, par exemple, l'exigence d'égalité européenne, c'est-à-dire telle qu'interpréter par le juge européen et telle que reçue par les juges internes. Le dialogue-transfert suppose, au-delà de la question de la réalisation du droit européen, d'en étudier les ressorts afin de le comparer avec ceux des autres jurisprudences. Le dialogue-transfert, ainsi entendu, ne se réduit pas aux seules manifestations par les juges nationaux de la réception des jurisprudences européennes et inversement de la place volontairement laissée

par les juridictions européennes aux juges nationaux¹. En effet, les juges nationaux n'ont pas pour habitude d'exprimer de manière exhaustive leur motivation. Ce faisant l'inspiration tirée du droit européen n'apparaît pas nécessairement, car l'emprunt fait peut être appliqué dans des domaines qui échappent aux droits européens, si bien que toutes références à ces derniers n'apparaissent ni dans les visas ni dans les motifs des juridictions nationales. Alors même que l'emprunt est souvent évident : ainsi la Cour de cassation a transposé l'aménagement de la charge de la preuve défini dans le dispositif antidiscriminatoire communautaire au principe d'égalité de traitement appliqué aux salariés². Le dialogue-transfert suppose alors d'analyser les interprétations jurisprudentielles les unes par rapport aux autres, afin de repérer les points de convergence et de divergence. Une telle démarche suppose alors d'étudier les conceptions des juges, qui sous-tendent l'exigence d'égalité.

256. L'*idée* d'égalité suppose une relation à l'autre. Plus spécifiquement, le principe d'égalité ou d'égalité de traitement suppose de contrôler la distinction opérée entre deux personnes. Ce contrôle se décompose en deux étapes³. D'une part, le juge porte une appréciation sur la comparaison au coeur de la distinction. Le juge doit alors déterminer si la distinction correspond à des situations qui peuvent être tenues pour différentes. Les juges doivent alors déterminer une méthode de comparaison. D'autre part, le principe d'égalité ou d'égalité de traitement est un contrôle de l'exercice du pouvoir. Le détenteur du pouvoir doit alors pouvoir s'expliquer sur la distinction qu'il a opérée. Mieux, il doit se justifier, c'est-à-dire en expliquer les raisons. Le juge doit également définir son contrôle de la justification.

Les règles de non-discrimination, quant à elle, sont souvent présentées comme des règles de prohibition. Il est interdit de recourir à tel ou tel autre critère pour fonder une décision. Dans cette perspective, il n'est pas nécessaire de recourir à la comparaison ou à la justification : le simple constat de la mobilisation du critère prohibé suffit pour constater la violation de la règle de non-discrimination ; le recours à un tel critère ne peut être justifié. Toutefois, ce rejet de la comparaison et de la justification doit être relativisé. En effet,

¹ La C.J.U.E. renvoie souvent à l'appréciation des juges nationaux dans ses dispositifs. La C.E.D.H. définit la marge d'appréciation laissée aux États parties à la Convention, et ce faisant aux juridictions nationales.

² Sur cette question, voir Partie 1, Titre 1, chapitre 2, section 1.

³ Voir V. Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Brulant/L.G.D.J./Schultess, Bruxelles/Paris/ Zurich, 2003.

certaines règles de non-discrimination ne visent pas la prohibition, mais au contraire obligent et encadrent le recours à un tel critère, à l'image des aménagements raisonnables en faveur des handicapés. Ces règles supposent alors un contrôle de la justification, essentiellement. Mais surtout les dispositifs antidiscriminatoires, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, visent la révélation du phénomène discriminatoire. En effet, une discrimination est rarement clairement et expressément affichée. Le juge doit alors procéder à une investigation pour repérer les discriminations. Ressurgissent alors la comparaison, qui permet d'établir que le véritable critère de distinction est un critère discriminatoire, et la justification qui impose au détenteur du pouvoir de s'expliquer et d'exposer ses raisons.

Ainsi, qu'il s'agisse des principes d'égalité ou d'égalité de traitement ou des règles de non-discrimination¹, le contrôle des juges est double : celui de la comparaison (Titre 1) et celui de la justification (Titre 2).

¹ En particulier celles qui imposent une prohibition du recours à un critère discriminatoire, qui constituent l'essentiel du contentieux devant les juridictions étudiées.

TITRE 1 : LA COMPARAISON

257. La comparaison peut être définie comme « *le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour (en) chercher les différences ou les ressemblances* »¹. La comparaison permet des degrés, qui peuvent indiquer notamment un rapport de supériorité, d'égalité ou d'infériorité. Un auteur² s'est intéressé à la comparaison et a mené sa réflexion autour d'une question apparemment simple : dans quelle mesure des poires et des pommes sont-elles comparables ? Pour juger de la pertinence d'une telle comparaison, il convient selon lui de se demander : « *comparables par rapport à quelles propriétés ou caractéristiques et incomparables (par exemple par trop de différences) par rapport à quelles autres propriétés ou caractéristiques* ». Il en conclut en première instance : « *l'important est de retenir que comparer, c'est à la fois assimiler et différencier par rapport à un critère* », ce dernier étant nommé « *focale* » par Monsieur Sen³. Comparer c'est donc relever des différences et des points communs en fonction d'un critère qu'il convient de définir au préalable et qui oriente le regard du « comparatiste »⁴. Dès lors que l'on considère au moins deux termes en fonction d'un même critère, *a priori*, rien n'est incomparable.

258. Le cœur de l'opération de comparaison est donc la mise en équivalence de deux termes⁵ en référence à un même critère. En mathématiques, la « relation d'équivalence » permet, dans un ensemble, de mettre en relation des éléments qui sont similaires par une certaine propriété⁶. En sciences sociales⁷, la comparaison suppose de mettre des éléments sur un même plan, dans un même ensemble. A titre d'illustration, Messieurs Bourdieu et

¹ Le Robert, dictionnaire de la langue française, tome 2 Bip-Cout, 2ème édition, sous la direction de A. Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1985, p. 748.

² Les développements qui suivent sont directement tirés de C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*. Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2004, p. 6-7. Voir aussi G.Sartori, « Bien comparer, mal comparer », *Revue internationale de politique comparée*, vol.1, n°1,1994 p. 22.

³ Voir *infra*, introduction Chapitre 1.

⁴ Au sens de celui qui effectue la comparaison et non de l'instrument de mesure.

⁵ A. Przeworski et H. Teune, *Logic of Comparative Social Inquiry* Krieger Pub Co (March 1982).⁶ N.Bourbaki, *Théorie des ensembles*, Hermann, Paris, 1954.

⁶ N.Bourbaki, *Théorie des ensembles*, Hermann, Paris, 1954.

⁷ C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, *op.cit.*

Passeron, dans leurs ouvrages majeurs sur les mécanismes scolaires de reproduction sociale¹, s'appuient notamment sur une étude comparée des origines sociales des étudiants des grandes écoles². L'emploi de la comparaison en mathématiques et en sociologie permet de souligner que la première étape en matière de comparaison est de définir ce qui permet de considérer deux éléments ensemble. Cette opération, qui détermine si les éléments sont comparables, est la mise en équivalence ou équipollence³. Cette dernière n'est possible qu'à condition de définir le point de vue adopté – la propriété en mathématiques, la focale selon Monsieur Sen⁴. Ces deux questions sont étroitement dépendantes : le point de vue du « comparatiste » l'amène à définir les critères pertinents, à l'aune desquels il décidera de la mise en équivalence des différents éléments et enfin, pourra les classer ou les répertorier.

259. La mise en équivalence, noyau de la méthodologie comparative, est avant tout déterminée par la finalité poursuivie au travers l'opération de comparaison⁵. Or les sciences sociales, elle vise une entreprise positive : expliquer l'ordre social, le fonctionnement de la société. Cette finalité heuristique n'est pas ignorée du juriste, qui a un recours très fréquent à la comparaison, sans nécessairement en avoir conscience. En effet, nombre d'ouvrages juridiques sont construits sur une classification des actes⁶ ou des « technologies »⁷ juridiques. La comparaison à l'œuvre dans ces classifications permet un ordonnancement du savoir juridique. Elle se retrouve également dans l'opération de qualification, cœur de l'art des juristes. En effet, ce dernier confronté à la matière brute des faits doit déterminer quelle qualification juridique correspond le mieux à la situation de fait. L'opération de comparaison est alors double : d'une part, le juriste compare les différentes « technologies » juridiques,

¹ P.Bourdieu et J.C. Passeron, *Les héritiers*, De minuit, Coll. Le sens commun, 1964. P.Bourdieu, *La reproduction*, De minuit, Coll. Le sens commun, 1970.

² Voir en particulier p.132 tableau 9 – variations de l'origine sociale des membres de la classe dominante selon la fraction de classe in P.Bourdieu, *La distinction* Ed. De minuit, Coll. Le sens commun, 2003.

³ Sur ce terme voir *infra*, Chapitre 2, Section 1 de ce Titre.

⁴ Voir *infra*.

⁵ M. Foucault en distingue deux formes et seulement deux : « la comparaison de la mesure et celle de l'ordre (...) Tels sont les deux types de comparaison : l'une analyse les unités pour établir des rapports d'égalité et d'inégalité; l'autre établit des éléments, les plus simples qu'on puisse trouver, et dispose les différences selon les degrés le plus faibles possible », in *Les mots et les choses*, Gallimard, collection Tel, 1966, pp. 66-68.

⁶ Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Montchrestien, Domat droit privé ; Collart Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz.

⁷ Au sens d' « ensemble des techniques relatives à un domaine particulier », cf. Le trésor de la langue française informatisé, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

détermine éventuellement celle qui est la plus opportune pour sa stratégie, d'autre part il confronte les éléments de faits portés à sa connaissance avec les critères de qualifications juridiques.

260. Toutefois, la comparaison opérée à l'occasion du contrôle du respect de l'exigence d'égalité est quelque peu différente : il ne s'agit pas de classer ou classifier dans le cadre du discours savant sur le droit¹, mais de déterminer si juridiquement deux situations peuvent être tenues comme identiques ou tout du moins équivalentes². L'enjeu n'est plus la connaissance pour elle-même, mais le respect d'un principe et de règles juridiquement sanctionnés. Le principe d'égalité procède explicitement d'une démarche comparative. Dans cette opération, le juge doit déterminer si juridiquement les deux situations qui lui sont soumises peuvent être tenues comme équivalentes ou non. La finalité de la comparaison est alors distincte de celle des sciences humaines. À titre d'illustration, les politiques de non-discriminations fondées sur le sexe recourent à des études sociologiques qui permettent d'expliquer les facteurs sociologiques et historiques des écarts entre genres (dans l'activité professionnelle, dans le travail domestique...). Ces travaux visent à identifier les régularités sociales et leurs causes³. Le juge confronté au dispositif antidiscriminatoire, qui fait partie intégrante des politiques de non-discrimination, ne vise pas une telle finalité. Sa fonction vise à constater la différence de traitement entre un homme et une femme en raison de leur appartenance à un genre, pour ensuite sanctionner l'auteur d'une telle distinction. La comparaison n'est plus alors un instrument de connaissance, mais celui de la mise en œuvre de l'exigence d'égalité. Si les deux comparaisons, l'une scientifique, l'autre juridique, vise toutes deux à identifier une discrimination, les instruments de la comparaison diffèrent souvent car la première a une visée heuristique, tandis que la seconde vise l'application d'un régime juridique.

Si la comparaison au sein de l'égalité ne doit pas être confondue avec celle du travail scientifique, l'une et l'autre sont pas pour autant incompatibles. En effet, le juge comme le

¹ A l'image de la philosophie du droit ou de la théorie du droit, mais encore de l'introduction du droit.

² Il n'existe pas deux situations parfaitement identiques : par exemple des jumeaux peuvent être dotés de génomes quasi-identiques, mais naissent à une heure différente.

³ Voir en particulier la revue pluridisciplinaire *Travail, genre et sociétés*, créée en 1999 dont l'objet est d'étudier « les inégalités entre hommes et femmes au travail et plus largement sur la place des femmes dans la société ».

chercheur se réclame d'une démarche objective¹. La qualité de l'instrument-comparaison en dépend, tout comme celle des résultats du travail scientifique. De surcroît, le travail du chercheur peut être directement utilisé par le juriste qui s'intéresse à la question égalitaire. En effet, pour ne prendre qu'un exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le recours à la technique dite du « testing », utilisée par des associations au travers d'un appareil statistique selon des protocoles d'enquêtes usités par des sociologues ou des politistes². Ainsi, la recherche de la vérité scientifique permet l'établissement de la vérité judiciaire³, même si les exigences d'administration de la preuve ne sont pas les mêmes en sciences humaines et dans un prétoire. Il apparaît néanmoins que le dispositif égalitaire et plus particulièrement antidiscriminatoire est un terrain privilégié d'échange méthodologique entre les sciences humaines et le droit⁴. Ceci provient sûrement d'une particularité de la question égalitaire. Habituellement, dans un contentieux sont seules examinées les situations des parties à l'instance, et ce, dans la seule mesure nécessaire à la résolution du litige⁵. Or, face à une revendication égalitaire, le juge doit non seulement examiner la situation de celui qui s'estime victime, mais également celle du bénéficiaire du traitement prétendument plus favorable. Ainsi, le juge est amené à s'intéresser à la situation d'une personne qui n'est pas partie au litige. La question égalitaire a cette particularité de s'intéresser à l'altérité, à la situation de l'autre ; elle n'est pas enfermée dans un cas individuel.

261. Tout comme en matière scientifique, la fonction remplie par la technique comparative en matière d'égalité est définie par le juge, par l'observateur et l'auteur de la comparaison (chapitre 1). Celle-ci peut varier d'une juridiction à l'autre. C'est par la confrontation des

¹ À propos de l'objectivité dans l'égalité, voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1, section 2.

² Voir l'exemple des enquêtes de J-F. Amadiou notamment celle relative à « La discrimination à l'embauche –de l'envoi du CV à l'entretien » *Observatoire des Discriminations*, Université Paris I, Panthéon Sorbonne, Etude réalisée avec le soutien d'Adia Diffusion 14 avril 2005, France 2 « envoyé spécial », reportage de Vincent Nguyen et Mathieu Birden 2005, cf. <http://www.observatoiredesdiscriminations.fr/images/stories/Discriminationsenvoientretien.pdf>

³ Voir à propos de cette distinction le rapport de la Cour de cassation *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2008 et la thèse O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, LGDJ, 2005.

⁴ Voir en ce sens S. Latraverse, intervention lors d'un colloque intitulé « Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques », Colloque DRESS – MIRE et HALDE, BNF mercredi 2 décembre 2009 http://www.halde.fr/IMG/pdf/Colloque_DRESS_MiRe_HALDE.pdf

⁵ Selon l'article 5 du code de procédure civile : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

différentes juridictions étudiées et par l'étude du dialogue qui se noue entre chacune d'elles que se dessinent une méthode de comparaison (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE RÔLE DE LA COMPARAISON

262. La comparaison des situations entre deux personnes occupe une place primordiale dans l'exigence d'égalité. Toutefois, en son sein, il convient de distinguer entre les principes d'égalité et les règles de non-discrimination. La fonction de comparaison n'est pas la même selon qu'il s'agisse d'une inégalité ou d'une discrimination. La comparaison relève de l'essence même des principes d'égalité : les juges contrôlent si les situations doivent être considérées comme identiques et vérifient qu'elles soient traitées comme telles (section 1). En revanche, en matière de non-discrimination, la comparaison n'est pas indispensable. Les juges doivent contrôler que l'auteur de la décision n'a pas eu recours à un critère prohibé. Si la comparaison ne relève pas de l'essence de la non-discrimination, elle demeure néanmoins l'un des instruments primordiaux, privilégiés par les différentes juridictions, de révélation du phénomène discriminatoire (section 2).

SECTION 1 : LA COMPARAISON, ESSENCE DES PRINCIPES D'ÉGALITÉ

263. Le principe d'égalité suppose des juges l'aptitude à déterminer si une situation peut, du point de vue juridique, être considérée comme équivalente ou différente d'une autre. La comparaison est ainsi tout à la fois l'opération de mise en équivalence (ou équipollence), qui suppose la comparabilité des situations et le résultat de l'opération. Ceci s'exprime de la manière suivante : soit les situations sont différentes et la distinction est licite, soit, au contraire, les situations sont analogues et la différence de traitement est susceptible de constituer une violation du principe d'égalité¹. C'est en ce sens que la comparaison est consubstantielle de l'égalité.

D'un côté, le principe d'égalité se confond avec la généralité : plus un traitement est général et appliqué uniformément aux individus, plus il sera conforme au principe d'égalité.

¹ Face au constat de l'équivalence des situations, les jurisprudences étudiées semblent toutes offrir, malgré tout, à l'auteur de l'acte la possibilité de se justifier. En particulier le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État permettent au législateur ou à l'Administration de justifier d'un intérêt général, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1, §2.

Tous jouissent en effet d'un même traitement¹. Dans cette perspective le principe d'égalité se confond avec la généralité et la légalité. Il constitue alors une matrice d'un système juridique démocratique. Cette collusion entre principe d'égalité et généralité est également un puissant mécanisme d'extension de droits (§1).

D'un autre côté, le « jurislatureur » ou l'auteur du traitement doit, pour exercer son office ou sa prérogative, distinguer entre les personnes. Dès lors, le principe d'égalité est confronté à la catégorisation². Les jurisprudences étudiées ont tendance à adopter l'égalité matérielle, moins soucieuse des catégorisations juridiques et plus attentive à l'appréciation des situations de fait. Ce mouvement donne une place centrale à la comparaison (§2).

PARAGRAPHE 1 : L'ÉGALITÉ « MATRICIELLE »

264. Du point de vue juridique, l'égalité est l'un des principes cardinaux de l'État de droit³. Le principe d'égalité est un droit fondamental des individus. Il est au fondement du système juridique. Il a cette particularité de ne pas créer d'avantage en soi, mais d'encadrer la production normative : l'égalité de tous devant la loi interdit au législateur de créer des privilèges en faveur de tel ou tel autre individu, mais elle ne l'oblige en rien à créer un avantage. On pense, par exemple, au bénéfice de prestations de Sécurité sociale.

Ce principe encadre également la mise en œuvre de la norme : l'autorité en charge de l'application ne doit pas favoriser tel individu aux dépens d'un autre. Ainsi, le principe d'égalité acquiert un caractère fondamental en ce sens qu'il préside à la production et à la mise en œuvre des normes juridiques. Il est un cadre pour les autres droits, qu'il en soit

¹ Cette définition de l'exigence d'égalité est particulièrement prégnante dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles, voir Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 1.

² Les catégorisations font partie des « unités du juridique », au sens épistémologique, cf. C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, p.107.

³ Voir par exemple F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.* 1999, p.722. F. Mélin-Soucramanien à propos du principe d'égalité appliqué au découpage électoral précise : « *Finalemment, dans ce domaine du découpage électoral, le dialogue des juges[entre le juge constitutionnel et le juge administratif] paraît particulièrement fructueux car il permet, par une saine émulation, de faire progresser les exigences de l'Etat de droit* », cf. « Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité - à propos du découpage électoral », *R.F.D.A.* 1999, p.815.

l'accessoire ou la limite¹. C'est en ce sens qu'il est un principe « matriciel »² ou « métaprincipliel »³.

Ce dernier caractère suppose donc une analogie entre l'exigence d'égalité et la généralité, laquelle imprime la visée première de l'égalité en droit (I.). Les finalités des droits et des avantages orientent le recours à l'égalité, souvent utilisée dans une logique d'extension (II.).

I. L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ ET LA NORME LA PLUS GÉNÉRALE

265. La généralité est souvent présentée comme un élément constitutif de la notion de loi⁴. Elle est une « *garantie contre l'arbitraire* »⁵. C'est dans cette perspective que la Révolution française a conçu la loi, comme devant être égale pour tous. L'égalité formelle correspond au caractère de la règle : la généralité et l'abstraction. L'égalité est respectée, quel que soit le nombre de cas visés, dès lors que la règle traite de manière identique les situations qui relèvent d'une même catégorie. Respecter l'égalité formelle consiste donc d'abord à respecter la légalité⁶.

Cette conception de l'égalité conduit la doctrine positiviste à ne reconnaître aucune autonomie normative au principe d'égalité. Ainsi, Hans Kelsen écrivait :

« ... poser l'égalité devant la loi, c'est posé simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient tout simplement à affirmer le principe de la régularité de l'application du droit en général ; principe qui est immanent à tout ordre

¹ Voir *infra*, II.

² Matrice : un élément qui fournit un appui ou une structure, et qui sert à entourer, à reproduire ou à construire, cf. Trésors de la langue française informatisée, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

³ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, thèse, Université Aix-Marseille III, sous la direction de M. le professeur Favoreu, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2003

⁴ Voir par exemple J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 1998, p.86. Voir également, B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, coll. Connaissances du droit, Paris, 2010.

⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1955. p. 314.

⁶ Perelman précise que : « l'égalité devant la loi, considérée comme conforme au respect de la règle de justice, se limite alors à la protection d'une valeur socialement importante, à savoir la sécurité juridique », cf. *Égalité et valeurs*, in *L'égalité*, vol. 1, Etudes publiées sous la direction de Ch. Perelman, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruyant, Bruxelles, p. 322. La sécurité offerte par l'égalité devant la loi est d'assurer aux personnes de continuer à bénéficier d'un traitement identique. En assurant une application uniforme du droit, la sécurité juridique est facteur d'égalité.

juridique et le principe de la légalité de l'application des lois, qui est immanente à toute loi – en d'autres termes le principe que les normes doivent être appliquées conformément aux normes »¹.

Cette assimilation de l'égalité à la généralité, partant entre égalité et légalité, explique très largement la conception du droit public français², dans laquelle la règle la plus générale est présumée conforme au principe d'égalité. Ce n'est que lorsque les pouvoirs publics opèrent une distinction que le contrôle issu de ce principe s'applique véritablement³. Tout d'abord, la comparaison sert à révéler les distinctions opérées par les pouvoirs publics. Elle constitue alors l'élément déclencheur du contrôle d'égalité.

Ensuite, la comparaison permet de démontrer l'inégalité de traitement à l'intérieur d'une catégorie : il suffit d'établir que des situations n'ont pas été traitées de manière identique ; il s'agit d'une atteinte à la généralité de la catégorie⁴. Cependant, l'uniformité-universalité peut engendrer en fait des inégalités qui ne sont pas pour autant contraires au droit et au principe d'égalité. Par exemple, fixer une épreuve d'un concours⁵ un vendredi, qui s'applique à tous les impétrants (uniformité), peut désavantager les candidats musulmans pratiquants, car ils doivent choisir entre le respect de leur religion et passer le concours.

Dans les droits européens, cette imbrication de l'exigence d'égalité et de la généralité n'est pas méconnue. En particulier, la C.J.U.E. a pris conscience tôt de la nécessité d'établir des concepts juridiques propres à l'ordre communautaire. Cette exigence varie bien évidemment selon que le droit en cause fasse l'objet d'une politique commune, harmonisée ou simplement coordonnée. Autrement dit, la Cour fait varier l'exigence d'uniformité selon le domaine et la compétence des institutions communautaires afférentes⁶. L'égalité formelle apparaît surtout dans les domaines fortement intégrés et a alors un aspect conservateur. En

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Einsenmann, 2^{ème} éd. Bruylant LGDJ. Coll. La pensée juridique, 1999.

² Voir Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

³ Voir *supra*.

⁴ Voir dans le même sens, la définition du principe d'égalité par A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr.soc.* 2004, p 664.

⁵ C.J.C.E. (première chambre) du 27 octobre 1976, Vivien Prais contre Conseil des Communautés européennes, Aff. 130-75, *Rec. 1976 P. 1589*.

⁶ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit public, tome 232, p. 117 à 121.

revanche, dans les matières en construction ou plus dynamiques, l'exigence d'égalité est soumise à un raisonnement téléologique¹. Ainsi, la CJUE s'est appuyée sur l'égalité entre États membres pour justifier de son pouvoir de définir elle-même les concepts juridiques communautaires, afin d'assurer l'uniformité d'application du droit communautaire². C'est d'ailleurs cette exigence d'uniformité qui a conduit la Cour à affirmer le principe de primauté du droit communautaire³. La CEDH fait de même s'agissant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, afin de lui assurer un effet utile⁴.

266. Les juridictions européennes ont donc été amenées à avoir une interprétation autonome des notions présentes dans les Traités ou dans le droit dérivé⁵. En effet, l'égalité a pour corollaire une exigence d'interprétation uniforme des notions intéressant l'application des dispositions des droits européens⁶.

Ainsi, la C.J.U.E. a été à de nombreuses reprises confrontée à la notion de travailleur, rarement définie par les textes communautaires⁷. La nécessité d'une application uniforme a

¹ Voir II, *infra*.

² CJCE 6 décembre 1977 Maris 55/77 point 15 à 17 : « attendu qu'en vertu de l'article 189 du traité, les règlements sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout état membre ; que la disposition visée par la juridiction nationale confère à toutes personnes relevant du champ d'application du règlement no 1408/71, sans distinction de nationalité ou de résidence, un droit dont les juridictions nationales doivent garantir le respect - en l'occurrence, le droit d'user, pour leurs demandes et pour la production de documents, de l'une quelconque des langues officielles des états membres ; que l'autorité du droit communautaire ne saurait varier d'un état membre à l'autre, par l'effet des législations internes, quelque en soit l'objet, sans que soient mises en péril l'efficacité de ce droit et l'application uniforme qu'il doit recevoir dans l'ensemble des états membres et à l'égard de tous les destinataires des dispositions en cause ». Arrêt de la Cour du 6 décembre 1977. Marguerite Maris, épouse Roger Reboulet contre Office national des pensions pour travailleurs salariés.

³ Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), Arrêt du 15 juillet 1964, M. Flaminio Costa/E.N.E.L. (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta), affaire 6-64, Rec. 1964, p. 1141.

⁴ A propos de la théorie de l'effet utile voir notamment P. Pescatore, « Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodrigues Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, p.329.

⁵ Le droit dérivé s'entend des normes prises par les seules institutions de l'Union européenne.

⁶ CJCE 17 décembre 1970. - Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. - Demande de décision préjudicielle: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Allemagne. - Affaire 11-70.

⁷ À titre d'illustration, la directive CE 2001/23 du 12 mars 2001 qui vise le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise ne définit pas la notion de travailleur. Par contre, le règlement du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplace à l'intérieur de la Communauté prend soin de définir le travailleur comme l'assuré couvert par un régime soumis au règlement ; cf. , Sophie Rozez, « Le rôle conféré par le droit

conduit la Cour à refuser le renvoi aux définitions nationales, qui aurait pu compromettre la réalisation du droit communautaire¹. Elle n'en a pas pourtant donné une définition générale et univoque, afin que la notion de travailleur s'adapte aux différents domaines d'application envisagés². Néanmoins, ces différentes conceptions du travailleur, au niveau communautaire, ont en commun d'asseoir la définition sur le constat d'une relation de travail :

« ... la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »³.

La C.J.U.E. a donc déterminé elle-même les trois critères objectifs de la qualité de travailleur, lesquels s'imposent aux juges nationaux. Elle souligne dans le même temps que les juges nationaux doivent retenir une interprétation extensive⁴ de ces critères. Cependant, la Cour s'y est fermement tenue au critère de la rémunération, qualifiant nombre d'autres éléments comme indifférents⁵. Toutefois, parmi les trois critères, la Cour renvoie, pour l'appréciation de certains d'entre eux ou de certains de leurs aspects, à l'appréciation du juge national. Ainsi, s'agissant de l'accomplissement d'une prestation, qui suppose une activité économique réelle et effective, la CJUE permet au juge national de ne pas qualifier de

communautaire aux droits nationaux des États membres (suite et fin) », *Chronique de droit européen*, VI. Droit de la sécurité sociale, *petites affiches*, 21 mai 2003.

¹ CJCE 19 mars 1964 Unger aff. 75/63 : « la notion de « travailleur » relève non du droit interne, mais du droit communautaire ».

² CJCE 12 mai 1998 Martinez Sala aff. C-85/96 ; CJCE 13 janv. 2004 Debra Allonby aff. C-256/01. Cf. thèse Prodromos Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne : étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux* Bruylant, Bruxelles, 2003.

³ CJCE 3 juil. 1986 Lawrie Blum aff. 66/85.

⁴ CJCE 3 juil. 1986 Lawrie Blum aff. 66/85.

⁵ Si l'exigence d'une rémunération est essentielle, ses modalités s'avèrent le plus souvent indifférentes. A cet égard, la jurisprudence a pu affirmer que le montant de la rémunération importait peu ; la notion de travailleur étant indépendante du montant de la rémunération perçue. Par conséquent, la reconnaissance de la qualité de travailleur ne peut être subordonnée à la vérification d'un critère tenant à un salaire minimal (CJCE 23 mars 1982 Lévin aff. 53/81) et peut être reconnue en présence d'une rémunération limitée (CJCE 26 fév. 1992 Bernini aff. C-3/90). Dans le même sens, la CJCE a été conduite à préciser que le fait que la rémunération était en grande partie assurée au moyen de subventions publiques s'avérait indifférent : « l'origine des ressources pour la rémunération ne [peut] avoir de conséquences quelconques quant à la reconnaissance ou non d'une personne comme travailleur » (CJCE 31 mai 1989 Bettray aff. 344/87 ; CJCE 26 nov. 1998 Mehmet Birden aff. C-1/97). De même, le fait que la rémunération soit à la part et qu'elle soit calculée éventuellement sur une base collective n'est pas de nature à écarter la qualité de travailleur (CJCE 14 déc. 1989 The Queen contre Ministry of Agriculture aff. C-3/87). Enfin, le souhait du travailleur de compléter sa rémunération est sans incidence. Dans cette perspective, l'origine des moyens d'existence complémentaire est également indifférente (CJCE 3 juin 1986 Kempf aff. 139/85).

travailleur, au sens communautaire, ceux qui effectuent des activités purement marginales et accessoires¹. De manière plus nette encore, à propos du troisième critère, celui du travail effectué en faveur d'une autre personne, qui se rapproche du lien de subordination, le juge communautaire renvoie essentiellement à l'appréciation du juge national, tout en suggérant des indices à prendre en compte². Ainsi, l'uniformité recherchée par la Cour ne se réduit pas à une définition « autoritaire », car le juge communautaire ménage une marge d'appréciation au juge national.

En conséquence, une notion communautaire autonome ne suppose pas tout à fait la même rigueur que la loi en droit interne ou le règlement communautaire, lesquels s'appliquent uniformément sur les territoires considérés. Le juge communautaire, qu'il renvoie à l'appréciation des juges nationaux ou qu'il autorise l'exclusion de certains cas particuliers, sans que ce soit une obligation pour le juge national, autorise donc des divergences dans l'application du droit communautaire entre les différents juges nationaux. Ces torsions faites à l'égalité devant la norme communautaire résultent de la construction du droit communautaire lui-même, qui, dans un souci de réalisation du droit³ pousse la C.J.U.E. à définir des notions fonctionnelles, différentes des notions nationales⁴ similaires, afin de permettre l'*implémentation*⁵ du droit communautaire dans chacun des ordres juridiques nationaux. Ainsi, l'égalité est assurée par une notion unique, mais dont certaines applications peuvent varier d'un juge national à un autre. C'est notamment dans ces interstices laissés par le juge communautaire que peut se nouer un dialogue avec les juges nationaux. Du point de vue de la

¹ CJCE 23 mars 1982 Levin aff. 53/81. De même à propos d'un stage : la CJCE a émis une réserve en la matière : « il convient de relever qu'un stage effectué dans le cadre d'une formation professionnelle étant destiné surtout à développer une aptitude professionnelle, le juge national est en droit, lors de son appréciation du caractère réel et effectif des prestations en question d'examiner, parmi toutes les circonstances, si l'intéressé a accompli suffisamment d'heures pour se familiariser avec le travail » (CJCE 26 février 1992 Bernini aff. C-3/90). Ou à propos de l'exclusion de certaines prestations à finalité de rééducation ou de réinsertion (CJCE 31 mai 1989 Bettray aff. 344/87).

² CJCE 14 déc. 1989 The Queen contre Ministry of Agriculture aff. C-3/87 : « la réponse à la question de savoir si l'on se trouve en dehors d'une telle relation de travail doit être donnée chaque fois en fonction de tous les éléments et circonstances qui caractérisent les rapports entre les parties, tels que, par exemple, la participation aux risques commerciaux de l'entreprise, la liberté de choisir son propre horaire, de recruter ses propres assistants ».

³ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, 2008.

⁴ G. Tusseau (sous la dir.), *Les notions juridiques*, Ed. Economica, Coll. Etudes juridiques, 2009.

⁵ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, op.cit.*

comparaison, cela signifie que lorsque le juge communautaire ne laisse pas de marge d'interprétation au juge national, il entend imposer l'uniformité et la reconnaissance de présomptions de similarité. Il en est ainsi à propos de la rémunération, qui en droit communautaire recouvre jusqu'aux pensions de réversion¹. Au contraire, lorsqu'il laisse une marge d'appréciation au juge national, ce dernier est libre de reconnaître cette présomption. C'est notamment le cas à propos des activités accessoires. La C.J.U.E. pratique alors un dialogue-partage² et définit la coopération avec les juges nationaux.

267. L'unité de la notion communautaire de travailleur a des répercussions sur le droit national. En effet, le droit national français distingue le salarié de droit privé, soumis au Code du travail et le fonctionnaire, soumis à un statut propre³. Le salarié peut sans difficulté être classé dans la catégorie de « travailleur », au sens communautaire⁴. En revanche, seuls les fonctionnaires qui exercent des prérogatives de puissance publique échappent à la notion communautaire de travailleur⁵. Cette dernière expression étant entendue restrictivement par la CJUE, nombre de fonctionnaires peuvent réclamer le bénéfice du droit communautaire et nombre de postes de fonction publique sont désormais ouverts aux ressortissants communautaires⁶. Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence communautaire conduit à ce que le recrutement classique *via* le concours externe soit complété par d'autres mécanismes d'accès à la fonction publique permettant de tenir compte du niveau de formation et de

¹ Voir C.J.C.E. Maruko du 1er avril 2008, affaire C- 267/06, précité.

² Voir introduction générale.

³ Dispositions générales Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (loi Le Pors) ; fonction publique de l'Etat Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique de l'Etat ; fonction publique territoriale : Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant disposition statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; fonction publique hospitalière : Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière.

⁴ Soulignons que la Constitution fait également référence aux travailleurs, qui englobent les salariés et els focntionnaires, cf. par exemple aliéna 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

⁵ Affaire dite des Chemins de fer belges (CJCE 17 décembre 1980, Commission c/ Belgique, n° 149/79, Rec. p. 3881 ; *AJDA* 1981, p. 137. Les « emplois dans l'administration publique » échappent à l'application du droit communautaire. Ces emplois doivent être des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Sur cette jurisprudence, Mathieu Touzeil-Divina, « L'article L.122-12 du code du travail confronté au droit public », *AJFP*, juillet-août 2006, p.172.

⁶ La qualité de travailleur n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat de droit privé, à l'exclusion d'une relation de droit public (CJCE 3 juil. 1986 Laurie Blum aff 66/85).

l'expérience professionnelle acquise par des candidats originaires d'autres États membres¹. Le droit communautaire a également des répercussions sur les concours internes². Ainsi, la notion communautaire de travailleur englobe-t-elle aussi bien les salariés de droit privé, qu'un certain nombre de fonctionnaires. Au contraire, le droit interne applicable est généralement différent pour les uns et les autres. Ceci n'empêche évidemment pas une uniformisation de leur statut, mais tout du moins un rapprochement dans les domaines où une législation communautaire existe³. Cette extension du droit communautaire à la fonction publique n'a pas été sans heurts⁴ et quelques réticences¹.

¹ S. Gervasoni, « Principe du concours et libre circulation des travailleurs », *AJDA*, n°32, 2003, pp. 1734-1739

² La jurisprudence de la Cour exige d'ailleurs que les concours internes de la fonction publique soient ouverts aux travailleurs des autres États membres quand bien même ils ne seraient pas « fonctionnaires » et auraient évolué dans le secteur privé, cf. CJCE 23 févr. 1994, *Scholz*, aff. C-419/22, Rec. CJCE I-505 : note L. Cartou, *LPA* 1994, n° 77, p. 41.

³ M. Pochard « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 1906, qui parlent de « *normalisation des relations entre le droit de la fonction publique et le droit commun du travail* ». Cf. N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, collection « Nouvelle bibliothèque de thèse », volume 85, 2009, 644 p. (préf. J.-M. Pontier). Le législateur prend désormais en compte ce rapprochement, si bien que certaines règles, dont les règles de non-discrimination sont uniformément appliquées aux uns et aux autres, cf. la loi du 27 mai 2008 s'appliquent indistinctement aux fonctionnaires, agents publics, salariés.

⁴ Une première loi a ouvert le recrutement aux ressortissants communautaires non nationaux, cf. loi du 26 juillet 1991. Ensuite la Conseil d'État a rendu le 31 janvier 2002 un avis traitant de ces questions (EDCE n° 54, p. 185), contredit par la jurisprudence Burbaud du 9 septembre 2003 qui établit : « 1 - que les emplois de la fonction publique font en principe partie du champ d'application de la directive sauf s'ils relèvent de l'article 39, paragraphe 4 (emplois comportant l'exercice des prérogatives de puissance publique), du traité ou d'une directive spécifique instaurant entre les États membres une reconnaissance mutuelle des diplômes ; que l'emploi de directeur d'hôpital ne relève pas de l'exception figurant dans ce paragraphe, car il ne comporte pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ni aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ; 2 - que l'emploi de directeur d'hôpital peut être qualifié de profession réglementée, car la réussite à l'examen de fin de formation à l'ENSP, qui vise à vérifier que le candidat dispose des connaissances théoriques et pratiques requises pour la gestion hospitalière même s'il a aussi pour effet de titulariser les intéressés, est un « diplôme » au sens de la directive dont la possession donne accès à la profession de directeur d'hôpital ; 3 - qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si le titre portugais détenu par Mme Burbaud peut être qualifié de « diplôme » au sens de la directive et, si tel est le cas, d'examiner dans quelle mesure les deux formations en cause sont comparables en ce qui concerne leur durée et les matières qu'elles couvrent ; 4 - que, s'il s'agit dans les deux cas d'un diplôme, les autorités françaises ne peuvent soumettre l'accès de Mme Burbaud à la profession de directeur dans la fonction publique hospitalière française à la condition qu'elle suive la formation dispensée à l'ENSP et subisse l'examen organisé à la fin de cette formation ; 5 - qu'elles ne peuvent davantage en présence d'une équivalence de diplôme subordonner l'intégration de Mme Burbaud à la réussite d'un concours tel que le concours d'admission à l'ENSP dès lors qu'imposer un tel concours à un ressortissant d'un État membre déjà qualifié en matière de gestion hospitalière le priverait de la possibilité de faire valoir ses qualifications spécifiques dans cette matière et occasionneraient pour lui un désavantage qui serait de nature à le dissuader d'exercer son droit à la libre circulation. » ; CE 16 mars 2005, *Ministre de la Santé et ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat c/ Mme Burbaud*, *AJDA* 2005, p. 1465, concl. Terry Olson. Cette décision a mené à la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant

268. Il en va de même à propos de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les termes mêmes de la Convention, de par leur généralité et leur caractère souvent vague, auraient pu conduire à penser que les interactions avec le droit interne seraient rares. Pourtant, l'interprétation jurisprudentielle et « *l'autorité de la chose interprétée* »² peuvent mener à écarter un texte interne³, voire à impulser une réforme législative⁴. Il suffit de songer à l'extension de l'application de la Convention aux droits sociaux⁵ ou à la liberté syndicale, affirmée par l'article 11 de la Convention et son rattachement à la liberté d'association⁶. Dans le cadre de la Convention, l'égalité-généralité a permis d'étendre l'application de la Convention et en particulier de faciliter l'application de l'article 14, entravée par son caractère non indépendant. L'égalité-généralité sert alors essentiellement à l'extension d'un droit et d'un avantage⁷.

269. La superposition des droits européens au droit national crée de nouveaux périmètres de comparaison, à l'image de la notion de travailleur. Pour autant, que ce soit en droit interne ou européen, la comparaison remplit la même fonction. Elle crée une présomption de

diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, cf. J.-M. Lemoyne de Forges, « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005 p. 2285.

¹ Voir par exemple M.F. Christophe-Tchakaloff, « Fonction publique et droit communautaire », *AJFP* 2001, p.4. Contra : J.-M. Lemoyne de Forges « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *AJDA* 2003 p. 1917.

² Voir chapitre CEDH, section 1, §1

³ A propos du refus d'application d'une loi de validation, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention, cf. Soc. 13 juin 2007, cf. L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *R.F.D.A.* 2006, p.447 ; C. Pérès, « L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence », *D.* 2007, p.2439 ; P. Deumier, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *R.T.D. civ.* 2007, p.536.

⁴ La Cour dans son arrêt Vermeire oblige les États à respecter ses règles jurisprudentielles, alors même que la réforme législative, qui a suivi une première condamnation de la Belgique par la Cour, n'était pas encore applicable à l'espèce. La Cour affirme : « *On ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt Marckx à l'instar du tribunal de première instance: n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté l'unissant au de cujus* » (§25). La Cour a souvent écarté les arguments avancés par les États lorsqu'ils sont en train de mettre leur droit interne en conformité avec les exigences de la Convention. CEDH, Vermeire c. Belgique, 29 novembre 1991 : « Statut des mères célibataires et des enfants nés hors mariage en Belgique ».

⁵ Cf. Chapitre CEDH

⁶ Voir en dernier lieu C.E.D.H. 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, req. 34503/97.

⁷ Voir *infra*.

similarité¹. Ainsi, les fonctionnaires sont par principe assimilés aux salariés de droit privé, ou encore comme les enfants adultérins le sont à l'égard des enfants légitimes². C'est cette présomption que doit combattre l'auteur de la distinction lorsqu'il est face à un contrôle d'égalité. La comparaison en matière d'égalité est guidée par l'idée de généralité, c'est-à-dire que le plus grand nombre doit bénéficier de la mesure. Ainsi, en cas d'exclusion de certains du bénéfice du traitement, l'auteur de la distinction doit prouver la différence de situation. En quelque sorte, la relation d'égalité est prédéterminée par la généralité de la règle³ et appelle une application uniforme.

270. Cette logique première de l'égalité suppose une comparabilité, voire une uniformisation à l'intérieur de la catégorie. Cette approche se confond alors avec l'égalité formelle. En effet, les juges européens comme nationaux respectent la définition de la catégorie juridique élaborée par l'auteur de la norme. Par exemple, lorsque les pouvoirs de l'Administration proviennent d'une habilitation législative, le Conseil d'État, dans son contrôle du principe d'égalité, vérifie pour l'essentiel que l'Administration respecte bien les catégories forgées par le législateur⁴.

Cette vocation à la généralisation inhérente à l'exigence d'égalité a été instrumentalisée dans certains arrêts pour étendre le domaine d'application de certains droits.

II. UNE LOGIQUE D'EXTENSION DES DROITS ET AVANTAGES

271. L'exigence d'égalité pourrait être présentée au travers de l'allégorie de Janus⁵, tant son appréhension et ses déclinaisons sont empreintes d'équivoques. L'exigence d'égalité épouse le droit ou l'avantage auquel il est adossé de sorte qu'elle ne peut être comprise

¹ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op.cit. p. 358.

² CEDH Affaire Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979 (série A n° 31) Affaire Johnston et autres c. Irlande, arrêt du 18 décembre 1986 (série A n° 112) Affaire Inze c., Autriche arrêt du 28 octobre 1987 (série A n° 126)

³ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op.cit. p.368.

⁴ En ce sens, voir G. Péliissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996.

⁵ F. Luchaire, « Un Janus constitutionnel : l'égalité » in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* p.1229, 1983

indépendamment de lui¹. Il n'est pas hermétique à leurs exigences, ses manifestation deviennent quasiment infinie : il y aurait alors autant d'« égalités » que de droits et d'avantages. Ceci découle du caractère accessoire de l'exigence d'égalité (A). Ainsi, elle constitue un instrument permettant sa mise au service de la généralisation d'un avantage ou d'un droit (B).

A. LE CARACTÈRE ACCESSOIRE DE L'ÉGALITÉ

272. Certains auteurs ont avancé l'idée que l'égalité est une idée creuse². D'autres affirment au contraire que l'égalité est la source de tous les droits et libertés³. Dans tous les cas, le principe d'égalité a ceci de particulier qu'il crée des droits en considération du traitement réservé à d'autres. Le principe d'égalité est donc éminemment comparatif. Le principe d'égalité suppose en effet d'examiner les droits ou les avantages, supposés plus favorables, réservés aux autres personnes que celui qui se plaint d'une inégalité de traitement. Ce qui conduit, tout naturellement, à s'interroger sur ce droit ou cet avantage.

Le lien entre l'égalité et le droit en cause est clairement affirmé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en son article 14. En effet, celui-ci soumet l'application de l'égalité ou du « noyau dur »⁴ des critères suspects à la condition de se trouver dans le champ d'un autre droit fondamental protégé par la Convention⁵. Très clairement, la protection de l'article 14 conforte celle des autres articles. Même si l'article 14 a acquis, par une interprétation audacieuse de la CEDH, une certaine

¹ F. Mélin-Soucramanien souligne les différences de conceptions du principe d'égalité opérée par le Conseil constitutionnel selon les domaines considérés, cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris: Economica, 1997.

² P. Westen, "The empty idea of equality", *Harvard Law Review*, January 1982, Vol. 95, p. 537. Ce professeur de droit constitutionnel américain explique tout d'abord que l'expression « toutes personnes dans une situation identique doivent être traitées de manière identique » est tautologique et que l'égalité fait nécessairement référence à d'autres droits et que le recours au principe d'égalité est donc superfétatoire.

³ Voir par exemple R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press (1978) 273-74 (1977); Rawls, "Justice as fairness", 67, *Philosophic Review*, 164, (1958).

⁴ Rappelons brièvement que le « noyau dur » constitue l'ensemble des critères pour lesquels la C.E.D.H. applique un contrôle strict, cf. Chapitre C.E.D.H., section 2.

⁵ Cf. Chapitre CEDH.

autonomie, celle-ci suppose toujours que l'égalité soit rapportée aux droits protégés par la Convention¹.

273. De la même manière, la chambre sociale de la Cour de cassation a surtout connu des contentieux qui, en matière d'égalité, visaient des avantages tenant à la rémunération². Il est intéressant de noter que la Cour de cassation a très vite pris séparément chacun des éléments de salaires et non le salaire dans sa globalité. Si le salaire constitue la contrepartie de la prestation de travail fournie, la rémunération n'est pas réductible à cette idée de contrepartie. Certains éléments, comme les primes pour enfant, ne visent pas le travail fourni au sein de l'entreprise. La prise en considération de chacun des éléments de salaires permet aux juges d'examiner chacun des avantages pour ce qu'il est et ce qu'il vise à rétribuer³. Dès lors, la comparaison opérée est susceptible de prendre en compte la nature de l'avantage et la finalité poursuivie à travers lui. Le principe d'égalité de traitement est donc perméable à l'essence de l'avantage ou du droit qui est en débat. C'est en ce sens que l'égalité est un accessoire des autres droits et avantages, car il est nécessaire de prendre en considération la nature de ce droit ou de cet avantage.

274. En droit constitutionnel, il est assez frappant de constater que l'instrumentalisation de l'égalité diffère selon les domaines considérés. Ainsi, Monsieur Mélin-Soucramanien souligne que l'égalité est entendue plus strictement lorsqu'elle se rapporte aux droits civils et politiques tels que le droit de vote, l'accès à la justice, etc. En effet, il en va de la légitimité de l'État⁴. Il en va autrement s'agissant des droits sociaux et économiques au regard de la marge d'appréciation plus grande laissée au législateur.

¹ Le protocole n°12, non encore ratifié par la France, modifie substantiellement l'article 14, car il vise l'égalité dans les droits, notamment ceux qui ne sont pas protégés par la Convention. Dès lors, la comparaison n'est plus restreinte à ces droits et libertés.

² Il a fallu attendre un certain temps avant l'affirmation d'un principe d'égalité de traitement, plus général que le principe « à travail égal, salaire égal ». Même, en matière de non-discrimination, le contentieux porte souvent sur la rémunération, il suffit de songer à la discrimination syndicale, dont les plaignants demandent un rattrapage de salaire.

³ T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations » *Dr. soc.* 2005, p. 18 et Th. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal ». - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *JCP E* 2007, p 1960.

⁴ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris: Economica, 1997, p. 93 et suivantes.

B. LA GÉNÉRALISATION D'UN AVANTAGE OU D'UN DROIT

275. Si l'égalité suppose de s'intéresser à la nature et à la finalité du droit ou de l'avantage en cause, elle permet aussi leur extension à de nouveaux bénéficiaires. Cette logique est fortement mobilisée par les Cours européennes. En effet, l'égalité leur permet de remettre en cause les catégorisations nationales, particulièrement lorsqu'étaient en cause des droits sociaux. Les États sont réticents à transférer leur souveraineté¹. La CEDH s'est appuyée sur la combinaison des articles 14 de la Convention et 1^{er} du protocole n°1 afin de pouvoir se prononcer en matière de protection sociale². La C.J.U.E. a eu fréquemment recours à l'exigence d'égalité en matière de Sécurité sociale, ce qui l'a d'ailleurs conduite à remettre en cause la législation communautaire³. Chacune des Cours européennes mobilisent l'exigence d'égalité pour étendre l'emprise des droits européens et le bénéfice des droits sociaux au plus grand nombre. Le travail de comparaison a alors servi à casser les catégorisations originelles pour en étendre le bénéfice⁴. Cette extension s'inscrit dans une logique de généralisation des droits, qui prend alors appui sur l'idée d'égalisation.

Le caractère supralégislatif des textes européens n'est pas méconnu par les juges internes. En effet, le Conseil d'État dans son arrêt *Diop*⁵ s'est directement fondé sur l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour écarter la loi qui lui était contraire. De même, la Cour de cassation a déjà fait directement application de la Convention⁶. Les juges judiciaires et administratifs ont également fait un tel usage des dispositifs communautaires⁷. Ce faisant, ils assument leur rôle

¹ En ce sens, P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne : étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux* Bruylant, Bruxelles, 2003.

² Lire notamment C.E.D.H., arrêt Gaygusuz c. Autriche du 16 septembre 1996 (Rec.1996-IV, p. 1129), voire Chapitre C.E.D.H.

³ A propos du contrôle de légalité des actes de l'Union européenne, cf. R. Mehdi, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », *R.T.D.E.* 2003, p.23.

⁴ P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne : étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, op.cit.

⁵ CE, ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c/ M. Diop, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Diop*, concl. Courtial : Lebon 605, *GAJA* 17e éd., n° 112 ; *R.F.D.A.* 2002. 573, concl. Courtial ; *AJDA* 2001, p. 1039, chron. M. Guyomar et Colli.

⁶ Par exemple : Crim, 4 septembre 2001, n°170, p.562

⁷ CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche SGEN-CFDT*, n° 89965, où le juge a conclu à l'annulation d'un refus d'abrogation d'un décret instituant une discrimination en

de juge de droit commun des droits européens, ce qui modifie en profondeur leur rôle, car désormais ils peuvent remettre en cause l'application d'une loi¹. Une telle pratique de la part des juges nationaux montrent leur ouverture au dialogue-partage² et coopèrent avec els juridictions européennes.

Par ailleurs, l'uniformité véhiculée par les concepts et les notions forgés par les juridictions européennes peut être relayée par les juges internes. C'est notamment de cette manière que les juges internes peuvent contraindre le législateur à respecter les droits européens et notamment effectuer la transposition adéquate du droit de l'Union européenne³. C'est notamment au travers du dialogue des juges et de la conformation des jurisprudences internes aux jurisprudences européennes que s'opère un enrichissement du droit interne de l'égalité⁴. Plus remarquables sont les conséquences de ce nouveau rôle assumé par les juridictions internes. En effet, le juge administratif se refuse à écarter une loi au nom du principe constitutionnel d'égalité⁵, alors qu'il l'accepte en application de l'article 14 de la Convention⁶ ou du droit communautaire⁷. Une telle pratique permet un transfert des concepts

fonction du sexe contraire à la directive 76-207 du 9 févr. 1976 ; Soc. 16 décembre 2008, n°06-45.262, Publié au bulletin

¹ Le juge administratif par exemple n'hésite plus à se référer non seulement aux textes de droit communautaire, mais également de droit international (cf. CE, ass., avis, 15 avr. 1996, *Mme Doukouré* : Lebon 126 : *RFDA* 1996. 808, concl. Ph. Martin ; *AJDA* 1996. 729, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *RFDA* 1996. 1239, note J. Dhommeaux et *RFDA* 1997. 966, note F. Sudre, pour une référence au Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

² Voir introduction générale.

³ Ajoutons que la Cour de cassation est allée même au-delà : elle a anticipé la réforme législative sur la réforme de la preuve pour appliquer directement le dispositif communautaire à une espèce qui n'était pas sous l'empire de la nouvelle législation, cf. Soc. 28 mars 2000 Bull. civ. V, n° 126, *R.J.S.* 2000, p.350, n° 498 (2^e esp.); *Dr. Soc.* 2000 p. 593, note M. T. Lanquetin.

⁴ Voir en ce sens S. Latraverse, « Traditions françaises et politique européenne de lutte contre les discriminations. À la lumière de trois directives européennes récentes », *Informations sociales*, 2005/5, n° 125, p. 94.

⁵ Voir chapitre droit public, introduction. Certains en doctrine d'ailleurs voit dans l'application des règles européennes des expressions qui ne peuvent être confondues avec les principes juridiques du droit français, cf. V., par ex., R. Fournalès, « La prévention de la discrimination entre hommes et femmes n'est pas une composante nouvelle de l'ordre public », *AJDA* 2006. 439.

⁶ Arrêt Diop précité CE, ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c/ M. Diop, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Diop, op.cit.*

⁷ CE 18 oct. 2002, *Spaggiari*, req. nos 224804 et 236744 : *AJDA* 2003. 36 concl. R. Schwartz ; *AJFP* 2003. 12, note S. Slama, qui fait application de la jurisprudence CJCE 12 févr. 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73 : *Rec. CJCE* 153, § 11 : *D.* 1975. 605, note B. Pacteau ; *Dr. social* 1974. 177, concl. H. Mayras, obs. G. Lyon-Caen ; *RTD europ.* 1976. 374. CJCE 27 mars 1980, *Jenkins*, Aff.129-79, *Rec. CJCE* 1275 et CJCE 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, *Rec. CJCE* 1607. Voir, sur la position de la jurisprudence

européens directement en droit interne. Du dialogue entre les juges européens et nationaux nait indubitablement un enrichissement de l'exigence d'égalité en droit interne. En effet, on ne saurait rester indifférent face aux conséquences majeures qu'un tel dialogue engendre. N'est-il pas remarquable, en particulier, que le juge administratif accepte d'écarter une loi au nom de l'exigence d'égalité européenne.

276. En outre, les règles de non-discrimination supposent un rôle différent de la comparaison. Dans ce cadre, la comparaison n'est pas guidée par la distinction opérée par l'auteur de la mesure ou du traitement. Le juge vérifie que la distinction opérée ne repose pas sur un critère discriminatoire. Dès lors, la comparaison sert à révéler le recours à un tel critère, dans le cas de la discrimination directe. Le caractère accessoire de l'égalité se ressent également en ce domaine. En effet, la comparaison opérée par le juge n'est plus guidée par la nature ou la finalité du droit ou de l'avantage distribué par l'auteur de la mesure, mais elle est déterminée par la liberté ou le droit de la personne protégée par la règle de non-discrimination. Le caractère protecteur de la règle de non-discrimination prend d'une certaine manière le pas sur la prise en considération du droit ou de l'avantage en cause.

A titre d'illustration, il suffit de suivre le cheminement du juge communautaire en matière d'égalité entre les sexes, au travers de la discrimination indirecte¹. Lorsque l'employeur confère un avantage aux salariés à temps complet, qui n'est pas attribué à ceux à temps partiel, la différence de statut entre ces salariés, du fait de leur temps de travail différent, apparaît comme neutre du point de vue des règles de non-discrimination. Si toutefois la majorité des salariées à temps partiel sont des femmes, un effet discriminatoire de la mesure peut être soupçonné. La comparaison permet alors d'apprécier la répartition des salariés par genre entre les deux groupes, entre d'une part les salariés « à temps complet » et d'autre part ceux à « temps partiel ». Pour ce faire, elle doit être construite à partir du critère discriminatoire, en l'occurrence le sexe. La faculté pour le juge de construire la comparaison en dehors des critères définis par l'auteur de la décision contrôlée a de quoi étonner. Il

communautaire en la matière, la thèse de R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op.cit.

¹ Voir par exemple C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Affaire 96/80, *Rec.* 1981 page 91.

convient d'en pas oublier que la non-discrimination vise à protéger la personne humaine¹ et certaines de ses libertés. Le caractère fondamental de la non-discrimination explique très certainement la possibilité pour le juge de pouvoir imposer les critères de comparaison. Le caractère accessoire de l'égalité n'est plus tant en considération du droit ou de l'avantage en cause, mais bien du droit ou de la liberté fondamentale que la règle de non-discrimination protège.

277. Les droits européens ont repris l'égalité-généralité afin de constituer l'ensemble des règles juridiques dont ils doivent assurer le respect. Ce faisant les juridictions ont été amenées à forger des concepts ou notions propres qui modifient les cadres de comparaison et les présomptions de similarité qui en découlent. Ces notions se superposent à celles du droit interne, ce qui a parfois nécessité des ajustements. En outre, les juges européens tendent à adopter une démarche concrète qui peut amener à la remise en cause de la définition des catégories juridiques dessinée par l'auteur de la distinction.

PARAGRAPHE 2 : CATÉGORISATION ET COMPARAISON

278. Si la généralité de la règle a tût été affirmée comme corollaire de l'exigence d'égalité, il s'avère néanmoins que la production normative, comme l'exercice de prérogatives juridiques, ne peut se passer de la catégorisation. L'inflation législative² entraîne la multiplication des statuts particuliers. Ceci manifeste une recherche non plus de l'égalité devant la loi, mais d'une égalité par la loi³ qui vise à rétablir une égalité matérielle entre les individus et à prendre en considération la situation concrète et particulière de certaines personnes.

¹ Assemblée générale des Nations Unies le 7 novembre 1967 [résolution 2263 (XXII)], Article 1^{er} de la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes énonce : « *La discrimination à l'égard des femmes, du fait qu'elle nie ou limite l'égalité des droits de la femme avec l'homme, est fondamentalement injuste et constitue une atteinte à la dignité humaine* ».

² Voir notamment : Conseil d'Etat, Rapport public 2006 sur la *Sécurité juridique et complexité du droit* – La documentation française 2006.

³ Sur la distinction égalité devant la loi et égalité par et dans la loi cf. J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p. 349, in *Le notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966.

Ce passage d'une conception de l'égalité à l'autre donne une place renouvelée à la comparaison : d'une présomption de similarité, elle devient le cœur du débat (I). Pourtant, rechercher l'égalité par la loi peut paradoxalement, être source d'inégalité. Cette apparente contradiction tient aux différentes manières dont on peut penser l'exigence d'égalité. Tandis que les juges européens sanctionnent parfois le fait de ne pas différencier là où il n'y aurait lieu de le faire, les juges français s'y refusent. Cette opposition traduit en réalité deux conceptions du principe d'égalité. Selon celle que l'on retient, la question de savoir si l'égalité est en mesure de limiter le pouvoir de différenciation du jurislatureur connaît en effet des réponses bien différentes (II).

I. DE L'ÉGALITÉ FORMELLE À L'ÉGALITÉ MATÉRIELLE¹

279. Les juges de droit public raisonnent essentiellement à partir d'une égalité formelle. L'égalité formelle est définie par Monsieur Perelman comme « *un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »². Cette forme d'égalité est avant tout *intracatégorielle* : les révolutionnaires visaient surtout l'égalité des citoyens, ce qui nécessitait de déterminer qui pouvait acquérir le statut de citoyen³. Dans cette perspective, la règle traite de manière identique des situations qui relèvent juridiquement de la même catégorie. Ainsi, le Conseil d'État applique-t-il le principe d'égalité entre fonctionnaires de même corps⁴. Le principe d'égalité suppose-t-il seulement de traiter de manière identique les membres d'une même catégorie. L'égalité repose alors sur une appréciation abstraite et objective. En découle une uniformité au sein de la catégorie envisagée : le détenteur du pouvoir doit être alors aveugle aux différences de situations matérielles. L'analogie des situations est déduite de l'appartenance à une même catégorie juridique. Autrement dit ce sont les catégories juridiques préalablement définies qui

¹ Ou égalité concrète.

² Ch. Perelman, « Égalité et Justice », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J Montchrétien, 1984.

³ Voir par exemple, la reconnaissance tardive de la citoyenneté aux femmes : en Grande-Bretagne la citoyenneté leur avait été finalement accordée en 1918, en France, il a fallu attendre 1944.

⁴ Voir notamment CE, ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des Finances* : Lebon 163. CE, ass., 21 juill. 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale* : Lebon 584 ; AJDA 1972. 456, chron. Labetoulle et Cabannes. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle : Cons. const. 15 juill. 1976, , *Loi modifiant l'ordonnance du 4 févr. 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, n° 76-67 DC : RJC. I. 39.

détremment les contours du périmètre de comparaison. Une telle conception conduit nécessairement à reconnaître à l'auteur des catégories - généralement le législateur - un pouvoir d'appréciation étendu.

280. Le rôle de la comparaison est alors de vérifier le respect de l'uniformité au sein des catégories et non de remettre en cause les catégorisations. La comparaison demeure inscrite dans une analyse juridique et déterminée par les catégories juridiques. La Chambre sociale demeure sensible à ce type de comparaison. Dans un arrêt, la Chambre sociale a accepté la différence de rémunération de base admise entre une salariée, titulaire d'un contrat à durée indéterminée, et une autre salariée intermittente¹. La différence de statut justifie la différence de traitement alors même que les deux salariées accomplissent des tâches similaires et occupent des emplois identiques.

281. Ce raisonnement abstrait se retrouve également dans les jurisprudences européennes. La CEDH a tendance à se placer du point de vue législateur et à raisonner de manière générale et abstraite bien plus que de prendre en compte la situation particulière du plaignant². La C.J.U.E. applique-t-elle de tels raisonnements également pour assurer le respect des normes communautaires³. Elle vérifie que ces normes s'appliquent indistinctement à des situations statutairement similaires⁴.

282. Toutefois, la CJUE a, la première⁵, introduit l'égalité matérielle. Il s'agissait pour la Cour de mettre fin à tous types d'obstacles qui pouvaient non seulement empêcher l'exercice de la libre circulation, ou dissuader d'en faire usage. Il ne s'agissait dès lors, non pas seulement de vérifier que les droits internes des États membres traitent de manière identique leurs propres citoyens et les ressortissants communautaires, mais également qu'à situation

¹ Soc. 28 avril 2006, Bull. civ. V, n° 152 ; D. 2006. IR. 1334, obs. E. Chevrier, et 2007. Pan. 179, spéc. 185, obs. A. Jeammaud ; JCP S 2006. 1440, note J.-F. Césaro

² Ainsi, dans l'arrêt C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, série A n°87, la Cour admet que le législateur danois prévoit une prescription plus courte dans leur action en reconnaissance de paternité pour les maris que pour les femmes. La Cour refuse de prendre en compte sa connaissance tardive de l'adultère de sa femme au moment de la procréation.

³ Voir Chapitre relatif au droit de l'Union européenne, cf. section 1, §2, I.

⁴ A propos du glissement opéré entre identité et similarité, voir *infra*.

⁵ C.J.C.E. 19 mars 1964, M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht, Aff. 75/63, Rec. 1964 P. 347.

égale, ils étaient traités de manière identique. Autrement dit, le juge communautaire en est venu à interroger certains dispositifs internes pour déterminer s'ils n'auraient pas une répercussion plus forte sur les ressortissants communautaires des autres États membres et les désavantageraient en conséquence. C'est ainsi que le juge communautaire a été amené à créer une quasi-présomption de discrimination dès que le législateur interne a recours au critère de résidence pour réserver le bénéfice d'un avantage¹. En effet, les ressortissants communautaires, en particulier les travailleurs frontaliers², risquent bien plus que les nationaux de ne pas satisfaire à ce critère. Il s'agit donc de prendre en compte la situation particulière du travailleur migrant pour la confronter à celle du national. Si, formellement, les deux sont soumises au même critère, celui de la résidence, seul le ressortissant communautaire risque d'être désavantagé par la distinction opérée. Dans ce cas, l'égalité formelle est respectée, contrairement l'égalité matérielle.

Cette approche matérielle de l'égalité modifie substantiellement le rôle de la comparaison. En effet, elle n'est plus enfermée dans les catégories préétablies et donc suppose une comparaison intercatégorielle. Il s'agit alors de déterminer si deux situations sont similaires, si bien qu'au nom de l'égalité, elles doivent être traitées de manière identique. Dès lors, la comparaison n'est plus en quelque sorte absorbée par la catégorisation préalablement définie, elle acquiert un rôle éminent : déterminer la similarité des situations. Cette approche permet de s'affranchir de l'égalité formelle qui suppose de toujours comparer à l'intérieur d'une même catégorie. Elle autorise la comparaison de personnes relevant de statuts juridiques différents, mais qui, d'un autre point de vue, sont dans des situations identiques. Cette approche est très forte et peut mener à la remise en cause de catégorisation ou de critères définis par le législateur.

283. Les juges de droit public sont hermétiques à une telle approche. Ils demeurent attachés à une démarche d'égalité formelle. Cet attachement s'explique par le respect des pouvoirs

¹ D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

² Qui bénéficient néanmoins aujourd'hui d'une législation propre : voir en dernier lieu les Règlement (CE) n° 988/2009 et n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et déterminant le contenu de ses annexes.

législatifs et exécutifs et la crainte d'être taxé de « gouvernement des juges »¹. Le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel n'ignore pas pour autant l'égalité par la norme, mais c'est généralement pour mieux justifier et consolider la distinction opérée par le pouvoir contrôlé. Cette approche de l'exigence d'égalité explique la parcimonie du juge administratif dans la comparaison : les situations ne sont pas comparables parce qu'elles n'appartiennent pas à la même catégorie juridique. Dans cette perspective, l'application du droit communautaire par le juge administratif peut poser problème : car le juge national privilégie l'approche formelle, alors que la C.J.U.E. privilégie une approche matérielle. Ainsi, le Conseil d'État, à propos de primes ou d'avantages pour enfant a été conduit, suite à une décision de la C.J.U.E.², à étendre ces avantages aux hommes. Si l'extension de l'avantage est vigoureusement affirmé par la C.J.U.E., la juridiction communautaire invite néanmoins le juge national à vérifier que le père s'est bien, matériellement, occupé de ses enfants. Or, le Conseil d'État, dans l'application de la décision communautaire, se contente de vérifier qu'il est juridiquement le père des enfants³, ce qui montre que dans la comparaison le juge administratif français demeure dans une analyse purement juridique, d'égalité formelle. Le juge national a bien repris la solution de principe dégagée par la juridiction de l'Union européenne, mais ce qui est renvoyé à son appréciation est interprété conformément à sa démarche habituelle. Le dialogue-partage tient alors aux aménagements du juge européens, qui renvoie à l'appréciation des juges nationaux.

284. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil d'État connaît de quelques balbutiements. Quelques arrêts en matière de fonction publique montrent une certaine inclinaison à adopter une comparaison propre à l'égalité matérielle. Ainsi, suivant la jurisprudence de la C.J.U.E.⁴, le Conseil d'État a-t-il étendu le principe d'égalité de traitement au-delà du corps, pour assurer l'égalité entre des emplois similaires⁵. Toutefois, par un arrêt du 21 mai 2008, le Conseil

¹ D. Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p.973 ; D. Simon, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe* 2006, Rep. 2.

² CJCE 2001-11-29 Griesmar, n° C-366/99, *D.* 2002.134 et les obs., *AJFP* 2002.4, note P. Boutelet et note A. Fitte-Duval, *RDSS* 2002.375, obs. F. Muller.

³ C.E. 29 juillet 2002, Griesmar, req. 141112.

⁴ CJCE 30 juin 1988, *Commission c/ République française*, Aff. C-318/86 : *Rec. CJCE* 1988. 3575 ; *RFDA* 1988. 976, note J.-Cl. Bonichot.

⁵ CE, sect., 9 févr. 2005, *Syndicat national unitaire indépendant des officiers de police*, n° 229547 : *JCP Adm.* 2005. 1165, comm. D. Jean-Pierre. Le Conseil d'État y affirme que « les modalités de mise en œuvre du principe

d'État s'est replié en jugeant que « *le principe d'égalité de traitement ne peut être invoqué que pour des agents appartenant à un même corps ou à un même cadre d'emploi qui sont placés dans une situation identique, et qu'aucune disposition législative ni aucun principe général ne font obligation à ce que les agents appartenant à un corps bénéficient des mêmes conditions que celles prévues pour les agents d'un autre corps* »¹.

285. La Cour de cassation a pendant longtemps respecté l'égalité formelle au sein des catégories forgées par le législateur². La juridictions judiciaire dans le cadre du principe d'égalité de traitement a, dans un premier temps, laissé à l'employeur un large pouvoir de distinguer, au nom de ses choix de gestion. De même, elle a, initialement, autorisé les interlocuteurs sociaux³ une grande liberté dans la définition des catégories conventionnelles, au nom de la négociation et la liberté conventionnelle. Cependant, la Chambre sociale s'est aujourd'hui radicalement tournée vers une approche d'égalité matérielle. En effet, dans un premier arrêt qui concernait la Poste, lui était soumise une affaire dans laquelle un salarié de droit privé réclamait le bénéfice d'une prime versée à un fonctionnaire, demeurée en place suite à la privatisation de la Poste. Le salarié et le fonctionnaire effectuaient le même travail, dans les mêmes conditions. La seule différence, outre l'ancienneté, reposait sur leurs statuts juridiques respectifs⁴. La Cour de cassation a admis le bénéfice de la prime en raison de la volonté de l'employeur de faire converger les statuts⁵. Ce fût un premier pas vers la reconnaissance de l'égalité matérielle. Pour autant, elle ne passait le rubicond que parce que l'employeur s'était engagé dans une démarche de convergence. La sanction n'a alors fait qu'accélérer le mouvement en permettant au salarié de droit privé de bénéficier de l'avantage avant que la convergence ne soit pleinement effectuée aux yeux de l'employeur. L'arrêt du 27

d'égalité sont applicables à l'édition de normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emploi ».

¹ CE 21 mai 2008, req. n° 293567 ; *AJDA* 2008. 1393, note G. Peiser.

² Voir à propos de la mise en cause des accords collectifs, J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 22e éd., Dalloz, 2004, p.914.

³ À propos de la différence entre cadres et non-cadres, cf. Soc. 20 févr. 2008, Bull. civ. V, n° 39. B. Reynès, *Droit du travail* : janv.-avr. 2008, D. 2008. 2306 et I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *RDT* 2008 p. 648.

⁴ La Cour de cassation respectait la différence entre salariés et fonctionnaires. Soc. 11 oct. 2005, n° 04-43.026. À rapprocher de l'avis du CE 30 janv. 1997. Voir également M. Poirier, « Egalité de traitement et différence de statut » (deux parties), D.O. 2009 , p.425 et p.491.

⁵ A.P. 27 févr. 2009, n° 08-40.059 : *RTD* 2009. 316, obs. H. Tissandier ; *JCP S* 2009. 1228, note H. Daioglou ; *JCP* 6 mai 2009. II. 10078, comm. D. Jean-Pierre.

février 2009¹ marque véritablement un tournant jurisprudentiel. L'Assemblée plénière s'engage de plain-pied dans l'égalité matérielle. Il s'agissait en l'espèce d'un avantage conventionnel dont les modalités différaient entre les salariés cadres et non-cadres. La Cour casse l'arrêt et exige de la cour de renvoi de vérifier si la différence opérée est objective, raisonnable et pertinente. Ce faisant, la Cour de cassation envisage qu'une telle différence, pourtant habituelle dans les conventions et accords collectifs, puisse être contraire au principe d'égalité de traitement. Autrement dit, la comparaison peut remettre en cause des distinctions simplement fondées sur des catégories reconnues par le législateur et reprises par les interlocuteurs sociaux, en l'occurrence les cadres et les non-cadres.

Dans la comparaison entre salarié de droit privé et fonctionnaire, le Conseil d'État demeure réticent, refusant aux fonctionnaires le bénéfice des primes pourtant reconnus aux salariés². Ainsi, le juge administratif semble-t-il hermétique non seulement à l'approche en termes d'égalité matérielle, mais également à la notion de travailleur au sens communautaire, laquelle permet de dépasser les clivages entre droit public et droit privé.

Il est intéressant de noter que l'égalité matérielle a été dans un premier temps promue par la politique juridique antidiscriminatoire de la CJUE. Au travers du dialogue et la reprise, souvent frileuse, par les juges internes, elle a réussi à essaimer et prospérer dans la jurisprudence de la Chambre sociale pour forger le principe d'égalité de traitement.

II. VERS UNE OBLIGATION DE TRAITER DIFFÉREMMENT DES SITUATIONS DIFFÉRENTES : LES JURISPRUDENCES EUROPÉENNES NON ENTENDUES

286. Les juridictions européennes ont toutes deux reconnu³ la bilatéralité⁴ de l'égalité, c'est-à-dire que l'égalité est violée, non seulement, lorsque les personnes dans des situations analogues subissent des traitements différents, mais également lorsque des personnes dans des

¹ A.P. 27 févr. 2009, précité.

² C.E. avis 30 janv. 1997, préc.

³ Voir chapitre C.E.D.H. et cf. D. Martin, *Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, op.cit.

⁴ Expression de O. Jouanjuan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll. Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M., 1992.

situations différentes sont traitées de manière identique. Toutefois, les applications jurisprudentielles de ce second aspect du principe d'égalité sont rares¹. Seule la CEDH a commencé à véritablement s'engager dans cette voie, sans être suivie jusqu'à présent par les juges internes².

287. C'est à compter de l'arrêt *Thlimmenos* que la CEDH a appliqué la bilatéralité du principe d'égalité. Rappelons, qu'il s'agissait en l'espèce d'un témoin de Jéhovah qui avait refusé, en application de sa doctrine religieuse, de porter l'uniforme. Il avait alors été condamné pénalement et avait été détenu plusieurs années. À sa sortie de prison, il a passé les concours pour devenir expert-comptable, qu'il a brillamment réussis. Malheureusement, la législation interdit l'exercice de cette profession à tous ceux qui ont été condamnés pénalement. Après contestation de son éviction devant les juridictions internes, Monsieur Thlimmenos a saisi le CEDH. Il conteste alors la législation en cause, non pas sur le fondement de l'égalité-généralité, mais faisait valoir que le législateur aurait dû distinguer entre son cas, sa condamnation intervenant en raison de ses convictions religieuses, et celui des autres personnes condamnées pénalement. La Cour refuse de se fonder sur l'article 9 de la Convention et de reconnaître un droit à l'exercice d'une profession. Elle reconnaît dans un premier temps que la Grèce puisse réglementer l'entrée dans une profession. Dans un second temps, elle reconnaît la bilatéralité du principe d'égalité au sein du système conventionnel en ces termes :

« La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues (arrêt Inze précité, p. 18, § 41). »

¹ La C.J.U.E. affirme dans l'énonciation du principe d'égalité cette bilatéralité, mais elle n'a pas eu l'occasion de l'appliquer dans les domaines étudiés, cf. chapitre C.J.U.E.

² Nous pouvons noter au moins une décision du Conseil constitutionnel qui semble obliger le législateur à différencier, cf. D.C. 20 janvier 1984, loi relative à l'enseignement supérieur, n°83-165, dans laquelle le Conseil pose que les professeurs titulaires d'université ne peuvent figurer dans le même collège électoral que les autres enseignants, en raison des tâches spécifiques qu'ils accomplissent. Ils doivent avoir alors un collège électoral propre : *« qu'en effet, le collège électoral unique aurait pour effet d'empêcher une représentation authentique des professeurs au sein du conseil d'administration et au sein du conseil des études et de la vie universitaire »* (considérant 15) ; note J. Boulouis, *A.J.D.A.* 1984, p.161 ; *« Le principe d'égalité »*, C. Franck, *A.I.J.C.* 1985, p.153.

*Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».*¹

A la suite de ces raisons, la Cour condamne la Grèce, car elle n'a pas adopté de législation pertinente en omettant de prévoir « *les exceptions appropriées* »² à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, en particulier ceux qui comme Monsieur Thlimmenos ont été condamnés en raison de leur conviction religieuse. En somme, le législateur grec aurait dû opérer une distinction. La généralité de la loi ne présume donc pas de la conformité de la règle au principe d'égalité³. Dans ce cadre, la comparaison a un rôle éminent, car elle permet de déterminer quand le « jurislatureur » doit distinguer. La comparaison prend alors le pas sur la distinction opérée par le législateur.

288. La jurisprudence *Thlimmenos* est souvent citée comme précédent dans les arrêts de la C.E.D.H.⁴. Pour autant, la Cour a eu peu d'occasions de mettre en œuvre cette solution, si bien que ses contours demeurent flous. La formule a été épurée dans une série d'arrêts rendus le 18 juin 2001 :

*« Il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »*⁵.

Une autre formule apparaît également dans plusieurs arrêts :

¹ C.E.D.H., *Thlimmenos c. Grèce* (Grande chambre) du 6 avril 2000 - req. n° 34369/97 § 44.

² §48

³ En ce sens J.P. Marguénaud, *La cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002.

⁴ C.J.C.E. 4 octobre 2001, *Bowden, Chapman, Doyle et Tuffnells Parcels Express Ltd*, Aff.C-133/00 (« *Application de la directive 93/104 au transport routier* »), *chron. R.J.S.* 1/02 p.18, §129. Voir C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95 *Rec.* 2001-I, C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Beard c. Royaume-Uni* [GC], n° 24882/94 § 129, C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Coster c. Royaume-Uni*, n° 24876/94, §141, *Lee c. Royaume-Uni* [GC], n° 25289/94 § 129, et C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], n° 25154/94 §138.

⁵ *Ibid*

« dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause »¹.

L'application de cette « face » du principe d'égalité n'est pas systématique : il ne suffit pas de constater le traitement identique de situations différentes. En effet, elle ne s'applique que « dans certaines circonstances », lorsque « les situations sont sensiblement différentes ». Ce versant de l'égalité présente alors un caractère exceptionnel, conférant, en regard, à l'autre versant de l'égalité le statut de « principe ». Cette remarque n'est pas sans intérêt dans le dialogue entre les juges. En effet, les juges internes, qu'il s'agisse de la Cour de cassation, du Conseil d'État² ou du Conseil constitutionnel, aucun ne reconnaît une telle acception de l'égalité.

S'il existe alors une opposition entre les jurisprudences sur la définition même de l'égalité. Toutefois, cette opposition doit être nuancée. Même la Cour européenne fait une application parcimonieuse d'une telle règle d'égalité. En outre, les formulations de la Cour montrent bien son caractère exceptionnel, ce qui limite d'autant les possibilités de conflits. Le conflit peut être évité dans la mesure où, dans quelques décisions isolées, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État semblent consacrer une règle d'égalité tout à fait similaire³. L'opposition du point de vue de l'énonciation de l'exigence d'égalité existe bien, mais demeure en pratique seulement potentielle et exceptionnelle. En somme, la Cour européenne fait toujours prévaloir l'idée d'une égalité-généralité, mais dans certains cas, au nom de l'égalité elle oblige le détenteur du pouvoir à distinguer entre des situations différentes.

289. La démarche esquissée par la C.E.D.H. dans l'arrêt *Thlimmenos* donne une grande place à la comparaison. En effet, la comparaison opérée par les juges permet alors d'obliger le

¹ Voir les arrêts précités : *Stec et autres c. R.U.* 16 avril 2006 ; *D.H. et autres c. rép. Thèques*, 13 novembre 2007 ; *Andrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009 ; *Sejdić et Finci* 22 décembre 2009 ; *Munoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, *Orsus et autres c. Croatie* 16 mars 2010.

² Clairement affirmé dans les arrêts *Société Baxter* par le Conseil d'Etat, Ass., du 28 mars 1997, req. N°179049, 179050, 179054 ; C.E. 20 avril 2005 (1ère et 6ème sous-sections réunies), *Union des familles en Europe* req. N° 265120 ; plus récemment par l'arrêt du C.E. 14 octobre 2009 (3ème et 8ème sous-sections réunies), *Commune de Saint Jean d'Aulps*, req. N°300608.

³ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

législateur à opérer une distinction qu'il n'a pas voulue ou n'a pas envisager. Le rôle de la comparaison est dès lors transformé : il ne s'agit plus de rechercher l'uniformité, mais bien d'établir les différences de situation. À la lumière de l'espèce de l'affaire *Thlimmenos*, il est possible d'envisager que cette bilatéralité ne s'applique en fait qu'en cas de critères discriminatoires, en l'occurrence celui des croyances religieuses, lequel fait partie du « noyau dur »¹. Ceci reviendrait à dire qu'en matière de non-discrimination², il existe des cas où le législateur ne peut pas être « aveugle »³ aux motifs discriminatoires et se doit de prendre en considération l'existence des phénomènes discriminatoires. Dans une telle perspective, la comparaison ne sert plus à établir la différence de traitement, mais à révéler une discrimination.

SECTION 2 : LA RÉVÉLATION DE LA DISCRIMINATION

290. Face aux règles de non-discrimination, le dialogue des juges fait apparaître une question : la comparaison est-elle inhérente aux règles de non-discrimination, comme elle l'est pour le principe d'égalité⁴ ? Cette question est intimement liée à celle de l'articulation de l'égalité et des règles de non-discrimination⁵. Il s'avère que pour les juridictions étudiées, à l'exception des juridictions de droit public⁶, la comparaison n'est pas consubstantielle aux règles de non-discrimination (§1). En effet, ces règles, lorsqu'elles visent à prohiber le recours à un critère discriminatoire, ne supposent pas de comparer, mais de déterminer si un tel critère

¹ Voir chapitre C.E.D.H. En l'espèce la C.E.D.H. refuse la condamnation sur le terrain de l'article 9 de la Convention et se fonde exclusivement sur la combinaison de ce dernier et l'article 14.

² Une telle interprétation est confortée par l'arrêt *Kafkaris c. Chypre* qui affirme à propos de l'article 14 : « *Il protège les individus placés dans des situations analogues ou comparables en la matière considérées contre des différences discriminatoires ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle par laquelle une personne ou un groupe de personnes se distinguent les uns des autres* ». L'expression « différence discriminatoire », semble bien indiqué que la Cour ne prend pas discriminatoire dans son sens premier, à savoir opérer une distinction - ce qui donnerait à cette expression un caractère répétitif-, mais bien dans le sens péjoratif donné par les dispositifs juridiques : une discrimination.

³ Voir en ce sens la terminologie états-unienne, Calvès et Sabbagh en matière de discrimination raciale cf. « Color-blind » G. Calvès et J. Chevallier, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris: LGDJ, 1998. D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, collection "Études politiques", 2003. Prix François Furet 2004.

⁴ Cf. supra, section 1.

⁵ Cf. Introduction ou introduction partie 2 ou Partie 2, titre 2 chapitre 2.

⁶ Voir Chapitre 1 Partie 1. Les deux juridictions de droit public demeurent attachées au principe d'égalité et continuent d'inscrire la non-discrimination dans ce cadre.

a été mobilisé par l'auteur de la norme ou du traitement. La difficulté est que l'auteur n'exprime pas nécessairement les raisons de l'acte ou du traitement. Plus particulièrement, l'auteur de la décision peut être conscient que son action est discriminatoire et tente donc de dissimuler ses mobiles¹. La comparaison permet la révélation en analysant le traitement infligé aux personnes discriminées au regard de celui réservé à celles qui ne le sont pas (§2).

PARAGRAPHE 1 : LA COMPARAISON, INSTRUMENT NON INDISPENSABLE DE LA NON-DISCRIMINATION

291. Certains auteurs n'ont pas hésité à trouver une parenté entre les règles de non-discrimination et la dignité de la personne humaine². Cette position peut se justifier en raison d'une certaine conception ontologique inhérente à certaines règles de non-discrimination³. Néanmoins cette parenté ne peut être affirmée qu'à propos des règles de non-discrimination qui ont pour objet la prohibition des stigmatisations phénotypiques. Or, nombre de règles de non-discrimination protègent des libertés, comme la liberté syndicale ou la liberté religieuse. Un tel rapprochement entre les règles de non-discriminations et le principe de la dignité humaine n'offre donc qu'une vision incomplète des règles de non-discrimination. Toutes les juridictions étudiées appréhendent au contraire ces règles comme une manifestation du principe d'égalité⁴.

Toutefois, elles n'en tirent pas toutes les mêmes conséquences. En effet, deux positions se dégagent : soit les règles de non-discrimination sont considérées comme une émanation particulière de l'égalité, mais n'en altérant pas l'essence, dès lors la comparaison reste nécessaire ; soit elles visent à prohiber des distinctions arbitraires et commandent de rechercher le recours à des motifs prohibés. Selon la conception adoptée, le rôle de la comparaison au sein des règles de non-discrimination varie. Pour leur part, les juridictions

¹ Voir néanmoins C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, Aff. C-54/07, dans lequel l'employeur affirme dans les journaux sa volonté de ne pas recruter de personnes dites « hallogène », car ses clients ne voudraient pas les laisser entrer chez eux pour intervenir et installer les portes de garages.

² Voir récemment V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol* L.G.D.J.2005.

³ Ibid, p.385.

⁴ Voir Partie 1

européennes connaissent essentiellement des règles de non-discrimination¹, le recours au principe d'égalité permet de leur donner une assise plus solide, la nature de droit fondamental. Néanmoins, elles donnent une définition ou des qualités propres aux règles de non-discrimination pour les distinguer du principe général d'égalité. Cette distinction vise notamment à souligner le rôle différent de la comparaison au sein de ces règles (I). La Cour de cassation procède de la même manière, et distingue aujourd'hui très nettement entre les règles de non-discriminations et le principe d'égalité de traitement, sanctionnant les demandeurs qui confondent les deux règles juridiques (II). Les juridictions de droit public au contraire restent fermement attachées au principe d'égalité et n'envisagent les règles de non-discrimination qu'à travers ce prisme. Si bien qu'elles exigent toujours de recourir à la comparaison des situations lorsqu'un recours portant sur une discrimination leur est soumis (III).

I. L’AFFIRMATION DU CARACTÈRE NON INDISPENSABLE DANS LES DROITS EUROPÉENS

292. En droit de l'Union européenne, la comparaison des situations est une question absente des arrêts en matière de liberté de circulation : les juridictions nationales n'ont jamais interrogé la Cour sur la comparabilité des situations². Ceci s'explique certainement par le fait que la liberté de circulation impose l'assimilation des ressortissants communautaires aux nationaux : ils doivent jouir des mêmes droits³. Étant donné que l'assimilation est postulée par les règles communautaires, la question de la comparaison n'est plus posée. L'identification de la distinction suffit pour constater la discrimination. Le rôle de la comparaison est alors réduit à une portion congrue : le constat de la distinction opérée. En revanche, en matière d'égalité entre hommes et femmes, des doutes peuvent subsister sur le caractère indispensable ou non de la comparaison pour constater une discrimination. En effet, de nombreux arrêts établissent que l'incomparabilité des situations fait obstacle à l'application des règles de non-

¹ Voir Partie 1, titre 2.

² En ce sens, voir D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, op.cit.p. 153.

³ Sauf exceptions posées par le Traité, cf. chapitre droit communautaire, partie 1.

discrimination¹. Ainsi, en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, la C.J.U.E. a obligé dans un premier temps les États membres à mettre en place un système qui permette d'établir l'équivalence entre les emplois, afin d'assurer la comparaison². Puis, la Cour a été amenée à affirmer que l'absence de comparateur de l'autre sexe interdit toute demande sur le fondement de la discrimination de genre :

« Il en résulte qu'un travailleur ne peut invoquer l'article 119 pour réclamer la rémunération à laquelle il pourrait avoir droit s'il appartenait à l'autre sexe, en l'absence, actuelle ou antérieure, dans l'entreprise concernée de tout travailleur de l'autre sexe, accomplissant ou ayant accompli un travail comparable. Dans un tel cas, en effet, le critère essentiel pour vérifier l'égalité de traitement en matière de rémunération, à savoir l'accomplissement d'un même travail et l'obtention d'une même rémunération, ne saurait être appliqué »³.

Dans le même sens, les directives 2000/43⁴ et 2000/78⁵ donnent une définition de la discrimination qui suppose la comparaison :

« une discrimination directe se produit⁶ lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er »⁷

¹ Voir en ce sens, D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, op.cit.*, p. 150 et suivantes.

² C.J.C.E., Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Affaire 61/81, Rec.1982 page 02601, « 14. ainsi, en omettant d'introduire dans son ordre juridique interne en exécution des dispositions de la directive 75/117 du conseil du 10 février 1975 les mesures nécessaires pour permettre à tout travailleur qui s'estime lésé par la non-application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un travail auquel est attribuée une valeur égale et pour lequel un système de classification professionnelle n'existe pas, d'obtenir la reconnaissance de cette équivalence, le Royaume-Uni a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité ». Dans le même sens, cf.C.J.C.E. 12 mars 1998, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, Aff. C-187/96, Rec. 1998 page I-1095.

³ C.J.C.E., 28 septembre 1994, Coloroll Pension Trustees Ltd contre James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton et Coloroll Group plc, Affaire C-200/91, Rec. 1994 page I-04389, §103.

⁴ Op. cit.

⁵ Op. cit.

⁶ La directive 2000/43 ajoute « pour des raisons de race ou d'origine ethnique ».

⁷ C'est nous qui soulignons.

Cette définition fait donc appel à la comparaison avec autrui. Cette comparaison suppose de déterminer le caractère plus favorable de la situation de ce dernier. Toutefois, les directives ouvrent la possibilité de recourir à la comparaison hypothétique¹, dont la méthodologie demeure encore mystérieuse².

Monsieur Hernu a identifié trois cas « d'incomparabilité »³, qui font donc obstacle à toute demande sur le fondement des règles de non-discrimination : les situations à comparer sont hypothétiques ou le critère de comparaison fait défaut⁴ ; les situations qui ne sont pas inscrites dans le champ du traité ne peuvent être comparées avec celle qui y est inscrite⁵ ; l'interdiction d'utiliser un critère de distinction empêche toute forme de comparaison sur cette base⁶.

¹ La comparaison hypothétique ouverte par jp et directives communautaires peut amener éventuellement à utiliser la comparaison lorsque le salarié est l'unique salarié de l'entreprise : peut probablement se comparer à salarié d'autres entreprises où c'est le même chef d'entreprise ?

² M. Minè, « Discrimination : une transposition laborieuse - Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations », *R.D.T.* 2008, p.532.

³ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit public, tome 232, 554

⁴ C.J.C.E. 14 septembre 1999, Gabriele Gruber c.Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG, C-249/97.

⁵ Les règles de non-discrimination n'interdisent pas certaines discriminations dites « à rebours ». De telles discriminations apparaissent lorsque le traitement imposé par un Etat à ses propres ressortissants est moins favorable que celui dont bénéficient, dans cet Etat, les ressortissants des autres Etats membres qui invoquent le bénéfice des règles communautaires. Tel est le cas, notamment, à chaque fois que les dispositions communautaires en cause ont trait à la libre circulation des personnes, à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement et ne peuvent donc être invoquées que par des personnes ayant fait usage de l'une de ces libertés (Voir, par exemple, C.J.C.E., 3 octobre 1990, Nino et a., aff. C-54/88, C-91/88 et C-14/89, Rec. p. I-3537). La chambre criminelle a été amenée à se prononcer sur cette question à propos de la loi du 23 mai 1946, telle que modifiée par une loi du 22 mai 1987, qui réprime l'exploitation d'un salon de coiffure par des personnes qui ne sont pas en possession d'un brevet professionnel. Dans le but de mettre en œuvre la directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet 1982, relative à l'exercice de la profession de coiffeur, la loi française prévoit que les personnes qui ont exercé la profession de coiffeur dans un autre Etat membre sont dispensées de la condition de diplôme. Cependant, cette dispense ne peut pas être invoquée par des personnes qui n'ont exercé leur activité qu'en France. Dans la pratique, elle bénéficie donc surtout à des étrangers. Une telle situation a été jugée non contraire au droit communautaire tant par la Cour de justice (C.J.C.E. 16 février 1995, Aubertin, aff. C-29 à C-35/94: Rec. p. I-301) que par la Chambre criminelle (Crim. 8 mars 1995, Bull. n° 95). Cf. : C. Soulard, « Le principe de l'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle » in *Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation*, Etudes et documents sur le thème de l'Egalité, La documentation française, 2003.

⁶ Par exemple en cas de grossesse, la Cour refuse de comparer les absences consécutives à la grossesse, dont els maladies à l'occasion de celle-ci avec les absences pour maladies qui peuvent affecter els hommes, cf. C.J.C.E. 14 juillet 1994, Carole Louise Webb contre EMO Air Cargo (UK) Ltd, Aff. C-32/93, Rec. 1994 page I-03567 : « *Tout d'abord, on ne saurait, comme le demande la House of Lords, s'interroger sur la question de savoir si la situation d'une femme se trouvant dans l'incapacité d'accomplir la tâche pour laquelle elle a été recrutée, en raison d'une grossesse qui se serait révélé très peu de temps après la conclusion du contrat de travail, peut être*

À première vue, cette exigence de comparabilité des situations semble suggérer qu'une règle de non-discrimination, comme le principe d'égalité, supposent la comparaison. Une telle position semble assimiler non-discrimination et principe d'égalité. Néanmoins, une autre explication peut être avancée. En effet, les trois cas d'incomparabilité désignent différentes hypothèses où la discrimination ne peut être constatée. En premier lieu, l'incomparabilité signifie que l'auteur du traitement n'a effectué aucune distinction, si bien qu'il n'a pratiqué aucune stigmatisation sur le fondement d'un critère de discrimination : c'est l'une des justifications du refus de la comparaison hypothétique, instrument qui permet d'effectuer une comparaison que l'auteur n'a pas pu faire. La difficulté est alors de la distinguer d'une comparaison qu'il aurait pu faire¹. L'incomparabilité tient alors à la considération portée sur l'auteur de l'acte. En deuxième lieu, la comparaison ne relève pas de l'office du juge communautaire : c'est le cas de la discrimination à rebours, qui préjudicie le national n'ayant pas mobilisé le droit communautaire². La comparaison tient alors à l'office du juge. Celle-ci est très importante du point de vue du dialogue des juges, car elle détermine soit une certaine répartition des compétences - le juge communautaire laissant le choix au juge national de sanctionner les discriminations à rebours - soit un espace de dialogue entre le juge communautaire et les juges nationaux statuant dans les mêmes espaces. En troisième lieu, le dernier cas est le plus significatif des règles de non-discrimination : un critère discriminatoire ne permet pas légitimement ou raisonnablement de comparer entre des personnes et partant de les distinguer sur ce fondement. Les situations sont incomparables en raison même des règles discriminatoires qui interdisent toutes comparaisons sur le fondement d'un tel critère. Ainsi, le rôle de la comparaison au sein de ces règles diffère-t-il de celui au travers du principe d'égalité.

comparée à celle d'un homme se trouvant dans la même incapacité, pour raisons médicales ou autres. (...) En effet, comme le fait valoir à juste titre, Mme Webb, l'état de grossesse n'est aucunement assimilable à un état pathologique, a fortiori à une indisponibilité d'origine non médicale, situations qui, elles, peuvent motiver le licenciement d'une femme sans que pour autant ce licenciement soit discriminatoire en raison du sexe. Dans l'arrêt Hertz, précité, la Cour a d'ailleurs nettement distingué la grossesse de la maladie, même dans l'hypothèse où cette dernière trouve son origine dans la grossesse, mais survient après le congé de maternité. Elle a précisé (point 16) qu'il n'y a pas lieu de distinguer une telle maladie de toute autre maladie ».

¹ Voir en ce sens la discrimination indirecte, qui ne se préoccupe pas de l'intention de l'auteur, voire même de sa conscience de réaliser une discrimination, cf. *infra*.

² Voir *infra*.

293. La CJUE a été amenée à préciser le caractère non indispensable de la comparaison. En effet, la Cour a clairement admis que la règle de non-discrimination pouvait s'appliquer alors même que la victime n'avait pas de comparateur. Elle a ainsi affirmé à propos de l'embauche d'une femme enceinte :

« A cet égard, il convient de rappeler que la réponse à la question de savoir si le refus d'engager une femme constitue une discrimination directe ou indirecte dépend du motif de ce refus. Lorsque ce motif réside dans la circonstance que l'intéressée est enceinte, la décision est directement liée au sexe du candidat. Dans ces conditions, l'absence de candidats masculins ne saurait avoir une incidence sur la réponse apportée à la première question préjudicielle »¹.

La Cour affirme que l'absence de « comparateur » ne fait pas obstacle au constat de discrimination. Ce qui entraîne que la comparaison n'est pas, comme pour le principe d'égalité, un élément indispensable. Il suffit dès lors de constater le recours à un motif prohibé².

294. La Cour européenne des droits de l'homme s'était initialement orientée vers la reconnaissance d'un principe d'égalité, sur le fondement duquel elle était amenée à contrôler la raisonnable mesure et la proportionnalité des moyens aux fins³. Puis, elle a élaboré un régime spécifique pour certains critères particuliers, ceux qui constituent le « noyau dur »⁴. Celui-ci est constitué essentiellement des motifs identifiés comme discriminatoires par les textes internationaux et nationaux.

Le régime du « noyau dur » a ceci de particulier que l'identification du recours à l'un des motifs y figurant suffit à la Cour pour affirmer la moindre marge d'appréciation laissée

¹ C.J.C.E. 8 novembre 1990, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum), aff. C-177/88, Rec. P. -03941, point 17.

² Ainsi, en matière de liberté de circulation des personnes et l'interdiction de discriminer sur le fondement de la nationalité, voir l'arrêt de la C.J.C.E. du 5 juin 2008 James Wood c. Fonds des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, aff. C-164/07, Rec. P. I-04143 qui affirme que « le droit communautaire s'oppose à la législation d'un État membre qui exclut les ressortissants des autres États membres, qui résident et travaillent sur son territoire, du bénéfice d'une indemnisation destinée à réparer les dommages qui résultent des atteintes à la personne causées par une infraction qui n'a pas été commise sur le territoire de cet État, au seul motif de leur nationalité ».

³ Cf. Affaire dite linguistique belge c/ Belgique du 23 juillet 1968, *op.cit.*

⁴ Voir chapitre C.E.D.H.

aux hautes parties contractantes : celles-ci ne peuvent y recourir qu'à condition de justifier de « *très fortes raisons* »¹. Dès qu'il s'agit de l'un de ces motifs, la Cour ne s'appuie plus sur la comparaison des situations, mais sur l'identification de l'un de ces critères et se tourne ensuite vers la justification² de l'utilisation d'un tel critère.

L'arrêt *E.B. contre France* est caractéristique de la démarche aujourd'hui assumée par la Cour. Il s'agissait en l'espèce, du refus d'agrément d'adoption à une homosexuelle. La Cour ne s'interroge pas sur la comparaison de la situation d'*E.B.* avec celle d'un(e) célibataire hétérosexuel(le) qui souhaiterait adopter, mais s'intéresse à la procédure suivie par *E.B.* La CEDH constate « *que les juridictions administratives ont eu soin de juger que les orientations sexuelles de la requérante, bien que prises en compte, ne fondaient pas la décision litigieuse et ne faisaient pas l'objet d'une position de principe hostile* »³, mais « *malgré les précautions de la cour administrative d'appel de Nancy, puis du Conseil d'État, pour justifier la prise en compte des « conditions de vie » de la requérante, force est de constater que les orientations sexuelles de cette dernière n'ont cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elles ont été omniprésentes à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle. La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et, compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter* »⁴.

Ainsi, la démarche n'est pas fondée sur la comparaison des situations, qui est mise de côté, mais sur la place occupé par le critère discriminatoire dans les décisions tant de l'administration que des juridictions. En ce sens, la comparaison n'est pas indispensable, la Cour se livre à une analyse du raisonnement de l'autorité, sans opérer de comparaison avec une autre procédure en faveur d'un célibataire hétérosexuel.

¹ Voir par exemple *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, C.E.D.H. 18 juillet 1994, série n°291-B ; J.D.I. 1995, obs. P. Bodeau, p. 768, (à propos d'une taxe compensatoire payée par les seuls hommes) ; C.E.D.H. 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, Recueil 1997-I, requête 20060/92, *Op.cit.* ; exemption des femmes d'une obligation de cotisation sociale ; ou encore *Willis c. Royaume-Uni*, C.E.D.H. 06 novembre 2002, requête 36042/97, , *Op.cit.* .

² Voir titre 2 de la présente partie.

³ §84

⁴ §88 et 89.

295. Enfin, dans certains arrêts, les deux Cour européennes ne font que peu de cas de l'étape de comparaison. Ainsi, dans l'arrêt *Coleman*¹, la CJUE passe expressément outre la question de la comparabilité pour directement discuter la question de la discrimination par ricochet². De même, la CEDH conclut-elle rapidement à la comparabilité des situations. L'incomparabilité des situations apparaît rarement comme l'un des motifs de refus d'examen sur le fondement de l'article 14 combiné à un autre article. En effet, le caractère évident de la comparabilité est le plus souvent avancé ou suggéré dans les arrêts. Cette propension à ne pas s'étendre sur la question de la comparabilité tend à souligner d'autant plus son caractère non indispensable.

¹ Affaire C-303/06 S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law 17/07/2008.

² La discrimination par ricochet signifie qu'est discriminée une personne qui ne porte pas le trait discriminatoire, mais qui est « associée » à une personne qui porte un tel trait. En l'occurrence, il s'agissait d'une mère discriminée par son employeur en raison du handicap de son enfant. Un autre exemple dans lequel la C.J.C.E. a éludé la question de la comparaison est la jurisprudence relative aux « transsexuels ». Dans un premier temps, la Cour a continué à opérer une comparaison, cf. C.J.C.E. 30 avr. 1996, aff. C-13/94, P/S et Cornwall County Council, Rec. C.J.U.E., p. I-2143, en matière de licenciement. Le problème de la comparaison dans une telle situation était de savoir s'il fallait comparer le cas du « transsexuel » avec ceux du sexe opposé de son « sexe actuel » ou avec l'autre genre ou les deux (pour une critique de cette jurisprudence voir Thèse D. Martin précitée, cf. p.). Cependant la Cour abandonne cette exigence de comparaison dans l'arrêt K.B. du 7 janvier 2004 (C.J.U.E., aff. 117/01, Rec. C.J.U.E., p. I-541), concernant une pension de réversion où la conversion sexuelle est assimilée à une distinction fondée sur le sexe. Un arrêt du 27 avril 2006 est venu depuis confirmer cette jurisprudence (C.J.U.E. 27 avr. 2006, aff. 423/04, Sara Margaret Richards, Rec. C.J.U.E., p. I-5027). Le refus de tenir compte du changement de sexe porte atteinte au droit fondamental de ne pas être discriminé selon son sexe dans la mesure où il interdit au transsexuel l'octroi d'une pension de retraite dès l'âge de 60 ans (Direct. n° 79/7/CEE). En l'espèce, la requérante avait changé de sexe et demandait à bénéficier d'une retraite à 60 ans, alors que née homme, ce droit n'était accordé par le droit national qu'à 65 ans. La question s'est posée également concernant le harcèlement sexuel. Un raisonnement similaire à celui suivi à propos de la conversion sexuelle peut être adopté, selon D. Martin (Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, 2006, Bruylant). Le harcèlement sexuel constitue toujours une discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où il vise un comportement centré sur le sexe de la personne, peu importe qu'il s'agisse d'une personne de même sexe ou du sexe opposé. Le sexe de la personne reste l'élément déterminant la discrimination. Or tout travailleur devrait pouvoir s'attendre à ce que soit respecté le droit fondamental à sa dignité et à son intégrité physique. Ce droit fondamental serait le corollaire du droit à exercer un emploi sans discrimination fondée sur le sexe.

II. L’AFFIRMATION DU CARACTÈRE NON INDISPENSABLE PAR LA COUR DE CASSATION

296. La Chambre sociale de la Cour de cassation est certainement la juridiction qui distingue le mieux entre principe d’égalité de traitement et règles de non-discrimination¹. Elle marque ainsi les spécificités propres aux règles de non-discrimination, sans nier toutefois les « porosités »² qui existent entre ces deux notions. La distinction a été clairement affirmée dans une jurisprudence *EDF*³ et confirmée à de nombreuses reprises⁴. La Cour de cassation censure alors les juges du fond qui confondent les deux notions. Le caractère non indispensable de la comparaison est le plus clairement affirmé :

« La recherche de l’existence d’une discrimination directe ou indirecte n’implique pas nécessairement de procéder à une comparaison avec la situation d’autres salariés »⁵.

L’espèce concernait un salarié à qui l’employeur avait imposé un changement de prénom, sous prétexte que d’autres salariés portaient le même prénom et qu’il était nécessaire de ne pas les confondre. La comparaison n’est alors pas nécessaire pour établir la discrimination ou pour combattre, de la part de l’employeur, celle-ci. En effet, peu importe que l’employeur prouve que d’autres salariés avaient pu conserver ce même prénom⁶.

Cette dichotomie clairement posée souligne que, pour la Cour de cassation, les règles de non-discrimination sont affaire de critères plus que de comparaison. Si cette dernière est souvent mobilisée dans les arrêts propres aux règles de non-discrimination, elle n’en est pas plus indispensable. En effet, dans un arrêt du 17 octobre 2007⁷, la Chambre sociale a eu à connaître d’une affaire dans laquelle le supérieur hiérarchique d’un délégué syndical avait refusé de procéder à son évaluation annuelle, en raison de ses absences répétées pour l’exercice de ces différents mandats. La cour d’appel avait accueilli la justification de

¹ Rapport Cour de cassation 2008, *op.cit.* et L. Cluzel-metayer (L.), « Le principe d’égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation analyse comparée dans le domaine de l’emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

² Rapport Cour de cassation 2008, *op.cit.*

³ Soc., 27 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 422, pourvoi n° 98-40.769, Dr. soc. 2000, note G. Couturier

⁴ Soc., 5 juillet 2005, Bull. 2005, V, n° 231, pourvoi n° 03-44.281.

⁵ Soc. 10 nov. 2009: *Dr. soc. 2010. 112, obs. Radé* ; Chron. Droit du travail, D. 2010, p. 672

⁶ Voir dans le même sens Pan. Droit du travail, D. 2010, p. 672.

⁷ Soc. 17 octobre 2007, cf. Pan. Droit du travail, D. 2007, p.686, F. Guiomard.

l'employeur, car il ne pouvait « *objectivement* » procéder à cette évaluation en raison de sa présence irrégulière et d'une « *implication insuffisante* ». La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'attendu suivant : « *qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié* », ce qui constitue une discrimination¹. Dans cette affaire, la Cour de cassation prend l'évaluation en elle-même, sans la comparer avec celle des autres salariés. Cette condamnation démontre ainsi qu'une discrimination peut être constatée sans avoir recours à l'instrument comparatif.

Cette orientation de la Cour de cassation, partagée avec les juridictions européennes, n'est pas forcément réductible au dialogue des juges. En effet, la France connaît un dispositif pénal ancien en matière de non-discrimination. Le droit pénal invite à rechercher le dol et donc l'intention de l'auteur². Ainsi, le juge pénal recherche-t-il le motif de l'auteur de l'acte, ce qui ne dépend pas de la comparaison. L'attention des juges est alors portée sur l'intention discriminatoire plus que sur la comparaison des situations. Cette « *prédisposition* » de la Cour de cassation, qui découle de l'approche française initialement tournée vers le pénal, la rend perméable aux solutions retenues des jurisprudences européennes sur le caractère non indispensable de la comparaison. Cependant, les jurisprudences européennes ont invité la Chambre sociale à ne plus se focaliser sur l'intention de l'auteur³. Ainsi, la juridiction judiciaire est-elle plus ouverte à la tendance européenne qui vise l'identification du motif, que sur la rationalité de la décision. Les juridictions de droit public, en revanche, sont moins accueillantes à cette approche, en raison notamment de l'imbrication du principe d'égalité et des règles de non-discrimination.

III. LA POSITION AMBIGÛE DU DROIT PUBLIC

297. La position du Conseil d'État en la matière est plus ambiguë. En effet, le choix terminologique est plus flou. Le terme de discrimination vise alternativement le fait de

¹ La Cour de cassation dans la même affaire a rejeté le pourvoi qui se fondait également sur le fondement du principe d'égalité de traitement. Par contre, dans la cassation, il est critiquable que la Cour décide que la discrimination constitue un abus et donne droit à des dommages et intérêts. En effet, la discrimination est en principe sanctionnée par la nullité et le « *panachage* » avec les règles propres à l'évaluation ont conduit la Cour à prononcer une sanction moins forte, voir en ce sens, F. Guiomard, précité.

² M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.

³ Voir chapitre 2.

distinguer et les règles de non-discrimination elles-mêmes. Surtout, le Conseil d'État conçoit les règles de non-discrimination comme imbriquées dans le principe d'égalité, elles n'en sont qu'une expression spécifique¹. Le principe d'égalité exerce une sorte de « tutelle »² sur l'application des règles de non-discrimination par la Haute juridiction administrative³. Dans la conception du Conseil d'État, les différences de traitement injustifiées sont des discriminations portant atteinte au principe d'égalité⁴. La Haute juridiction a d'ailleurs identifié un principe de non-discrimination, étroitement associé à l'article 14 de la C.E.S.D.H.L.F.⁵. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il tendance à distinguer les règles de non-discrimination, de nature conventionnelles, et le principe d'égalité, qui a la nature soit de principe général du droit, soit de principe constitutionnel⁶. Toutefois, le principe de non-discrimination peut également être le corollaire quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics⁷. Une certaine confusion conceptuelle règne donc en la matière.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État de ne tenir le « principe » ou les règles de non-discrimination que comme un corollaire du principe, plus général, d'égalité. Ce qui explique que la Haute juridiction impose toujours de recourir à la comparaison. Ainsi, dans la fameuse jurisprudence Diop⁸, le Conseil d'État affirme-t-il qu' « *une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire au sens de l'article 14* ». Le recours au plus favorable suppose une comparaison, alors qu'être discriminé est en soi un

¹ En ce sens L. Cluzel-métayer (L.), « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

² Cluzel Métayer, *op. cit.*

³ « *le principe de non-discrimination entre les sexes est le corollaire quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics* », cf. CE 24 nov. 1982, Confédération française démocratique du travail et autres, req. nos 14775, 14776, 14805, 14814.

⁴ Rapport du Conseil d'État sur le principe d'égalité, *op.cit.*

⁵ CE 5 avr. 2006, *Syndicat national et professionnel des officiers de la marine marchande*, req. n° 235776, C.E. 29 avril 2009, n° 280793, C.E. 8 avril 2009, n° 301599, C.E. 29 octobre 2008, n° 307212, C.E. 6 juin 2008, n° 299287. Plus rarement le principe est associé à l'article 24 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, cf. C.E. 15 mars 2002, n°225275.

⁶ Voir chapitre droit public (introduction).

⁷ C.E. 24 novembre 1982, n°14775, 14776, 14805, 14814.

⁸ L. Vallée, « L'application de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le juge administratif », in F. Sudre et H. Surrel, (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, n° 81, p. 346.

traitement défavorable sans qu'il soit besoin de recourir à la comparaison avec la situation d'un autre. Cette conception de la non-discrimination provient certainement de ce que, dans la logique du Conseil, une discrimination produit nécessairement une inégalité.

298. La position du Conseil d'État n'est pas sans poser problème à cet égard. En effet, conformément à son approche formelle de l'égalité, si la règle s'applique à tous, elle sera conforme au principe d'égalité et il ne serait y avoir de discrimination¹. Ceci bloque toute recherche d'une éventuelle discrimination indirecte : l'approche formelle du Conseil d'État interdit toute approche plus concrète supposée par la discrimination indirecte².

299. Néanmoins, la jurisprudence *El Haddioui* du 10 avril 2009³ peut être annonciatrice d'une certaine évolution. En l'espèce, un impétrant au concours interne de gardien de la paix a été interrogé au cours de son entretien sur son attachement à son pays de naissance, le Maroc, et sur sa pratique religieuse ainsi que celle de sa femme. Sa candidature a par la suite été rejetée. Il invoque donc une discrimination en raison de sa religion et de ses origines. Le Conseil d'État raisonne en deux temps. Tout d'abord, il constate que les questions qui ont trait à l'origine et aux pratiques religieuses du couple relèvent des critères discriminatoires interdits par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, telle que modifiée par loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Puis, il constate que les questions posées ne permettent pas d'apprécier l'aptitude du candidat et constituent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics. Encore une fois, une confusion est entretenue entre le principe d'égalité, ici dans son versant d'accès aux emplois publics, et les règles de non-discrimination. Certes, le principe d'égal accès aux emplois publics ne suppose pas forcément la comparaison entre les situations des différents impétrants. Il suffit en effet de constater que les critères ne permettent pas une sélection au mérite. Le Conseil semble affirmer néanmoins que le recours à un critère discriminatoire disqualifie automatiquement la sélection opérée par le jury. Ainsi, le constat du recours à un tel critère, sans que le juge ait besoin d'effectuer une

¹ C.E. 14 novembre 2008 *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale*. Voir Titre 2, chapitre 1, cf. *handicap*.

² Voir infra.

³ C.E. 10 avril 2009, 4^{ème} et 5^{ème} sous-section réunies, pourvoi n°311888 ; G. Calvès, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien » *AJDA* 2009, p. 1386. A rapprocher de C.E., 4 / 1 SSR, du 28 septembre 1988, 43958, publié au recueil Lebon ; C.E., 16 juin 1982, M. et Mme *Chereul*, Recueil Lebon, tables, p. 653. et aussi C.E., 5 SS, du 17 février 1989, 70324, inédit au recueil Lebon

comparaison, permet-il de sanctionner l'autorité administrative. Toutefois, l'exclusion de la comparaison peut résulter également du principe d'égal accès aux emplois publics lui-même, qui détermine les critères de sélection pertinents¹ : le juge, sans vouloir effectuer la sélection en lieu et place du jury², impose que la comparaison se fasse pour apprécier les mérites³ de chacun des candidats. Or, les questions posées ne permettent pas d'apprécier les mérites d'un candidat pour devenir fonctionnaire de police. Enfin, cette jurisprudence laisse une question en suspend : le Conseil d'État se fondant simultanément sur une loi de 2001, prise à la suite d'une directive communautaire et sur le principe d'égal accès aux emplois publics, affirmé par la loi de 1983, qui jouit également d'une assise constitutionnelle, entame-t-il simultanément un dialogue avec le Conseil constitutionnel et la C.J.U.E.? Cela signifie-t-il que le Conseil d'État, dans l'imbrication conceptuelle du principe d'égalité et de la non-discrimination qui est la sienne, se permet de faire un « alliage » entre principe constitutionnel et règle communautaire ? Dès lors, le dialogue des juges ne se traduirait plus dans la juxtaposition de principes et de règles similaires sur le fond, mais au contraire dans la conjugaison des sources et dans l'alliage des normes. Il s'agirait alors d'un véritable dialogue-transfert⁴.

300. Le Conseil constitutionnel, un peu à la manière du Conseil d'État, maintient un lien entre principe d'égalité et règles de non-discrimination. À titre d'illustration, la décision du 18 novembre 1982⁵, le juge constitutionnel censure la disposition qui établissait que « *les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 p. 100 de personnes du même sexe* ». Il se

¹ Voir *contra*, G. Calvès souligne dans son article précité que la comparaison reste présumée lorsque le juge constate le recours à un motif discriminatoire.

² Le Conseil précise dans son arrêt, de manière classique : « *s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui ;* ».

³ Conformément à l'article 6 de la D.D.H.C. qui prévoit : « (...) *Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » (c'est nous qui soulignons).

⁴ Voir introduction générale.

⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 82-146 DC - 18 novembre 1982 - Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales ; cf. *Dr.soc.* 1983, p.131, note Loschak ; *A.J.D.A.* 1983, p.74 note Boulouis.

fonde sur les articles 3 de la Constitution¹ et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La censure n'intervient pas tellement en raison du fait que le critère de la distinction soit le sexe des candidats, mais qu'une telle sélection atteint l'égalité entre les candidats² et représente ce faisant une atteinte au libre choix des électeurs³. Ainsi, le Conseil ne raisonne pas tant sur l'interdiction de recourir au critère du sexe. Il préfère raisonner à partir du principe d'égalité entre candidats⁴. Le Conseil rejette alors le raisonnement « typique » de non-discrimination qui vise à identifier le recours à un motif prohibé, pour retenir celui qui est propre au principe d'égalité qui suppose une comparaison⁵.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel semble adopter une démarche qui vise à identifier la discrimination, sans recourir à une quelconque comparaison. Récemment, dans une question prioritaire de constitutionnalité⁶ mettant en cause la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage⁷, le Conseil refuse la qualification de discrimination fondée sur une origine ethnique⁸, car la loi vise toutes personnes « *quelles que soient leurs origines, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire* »⁹.

La démarche du juge du Conseil constitutionnel repose sur la définition du critère discriminatoire, plus que sur un travail comparatif. Néanmoins, il paraît curieux que le Conseil continue de fonder sa décision sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui vise le principe d'égalité¹⁰. Le fondement de l'article 1^{er} de la Constitution¹ aurait dû suffire.

¹ « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

² Considérant 6.

³ Considérant 7.

⁴ Voir en ce sens la note de J.Boulouis précité.

⁵ Un tel rejet se retrouve également dans des décisions relatives au critère de la nationalité, cf. chapitre 2, *infra*.

⁶ Voir introduction générale.

⁷ Décision 2010-13 QPC - 09 juillet 2010 - M. Orient O. et autre.

⁸ Considérant 6.

⁹ Considérant 6.

¹⁰ Considérant 5 : « Considérant que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »

PARAGRAPHE 2 : LA COMPARAISON, INSTRUMENT PRIVILÉGIÉ DE LA RÉVÉLATION DE LA DISCRIMINATION

301. Il s'agit pour les juges de déterminer si, consciemment ou non, le détenteur du pouvoir n'a pas, lors de la détermination du critère de distinction, fait usage, même de manière accessoire, d'un critère prohibé. Dans cette perspective, le juge n'a plus à s'intéresser à l'intention discriminatoire : la discrimination découle du constat de l'identité de résultat entre la distinction opérée et celle directement opérée sur le fondement d'un critère prohibé. Les juges recherchent alors la « trace » de l'usage d'un critère prohibé par l'auteur de l'acte ou du traitement. Le détenteur du pouvoir n'a pas toujours obligation de s'expliquer sur les raisons de ses actes, si bien qu'il est souvent difficile pour la victime de démontrer qu'elle a été discriminée. D'autant plus que l'auteur peut sciemment cacher son attitude discriminatoire.

La comparaison entre le sort de la victime et celui des autres travailleurs apparaît alors comme un instrument qui permet la révélation de la discrimination. Dans un cas, la comparaison prend place dans le régime de la discrimination directe(I), dans l'autre, elle s'insère dans le régime de la discrimination indirecte (II).

I. LA COMPARAISON AU SEIN DE LA DISCRIMINATION DIRECTE

302. Le rôle de la comparaison dans le contrôle de non-discrimination se distingue de celui au sein du principe d'égalité ou d'égalité de traitement. En effet, dans la dernière alternative, la comparaison est étroitement liée au droit ou à l'avantage en cause, au point d'être accusée d'être tautologique², car il s'inscrit dans les finalités de l'auteur de la norme ou de la décision contrôlée. La comparaison au sein de la non-discrimination procède d'une toute autre logique. Elle est fonction des finalités du dispositif antidiscriminatoire et non plus de celles de

¹ « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », visé au considérant 4 de la décision précitée.

² Voir par exemple : C. Soulard, « Le principe de l'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle » in *Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, Études et documents sur le thème de l'égalité, La documentation française, 2003*. Pour cet auteur : « La définition tautologique selon laquelle ce principe implique qu'on ne traite pas de manière différente des personnes qui se trouvent dans des situations semblables n'est d'aucun secours puisqu'elle ne règle pas la question essentielle de savoir ce qu'il faut entendre par "situations semblables", notion dont la mise en œuvre suppose que soient énoncés les éléments de la comparaison ».

l'auteur de l'acte. Il apparaît alors une sorte de transformation de l'exigence d'égalité, et plus particulièrement de son caractère accessoire. En effet, en matière de non-discrimination, la question n'est plus de savoir si une personne a été traitée de manière inégalitaire, mais si elle a été discriminée : est-ce que l'auteur du traitement a eu recours à un critère prohibé ? Dans cette perspective, le juge n'est plus enfermé dans la finalité du droit ou de l'avantage en cause. Il recherche, dans la distinction opérée, si l'auteur du traitement a utilisé, même de manière secondaire, un critère discriminatoire. Ce faisant, la recherche du traitement discriminatoire prend le pas sur celle de la finalité poursuivie par l'auteur de la décision.

303. Bien que cela soit rare, il se peut que les auteurs d'une discrimination assument expressément la discrimination faite, tout du moins le recours à un critère discriminatoire. Dans ces cas-là, nul besoin de recourir à la comparaison avec la situation d'autres personnes pour constater la discrimination. Il en est ainsi dans l'arrêt *Feryn* de la CJUE¹. En l'espèce, un employeur avait ouvertement affirmé dans les journaux qu'il ne voulait pas embaucher des « *allochtones* », car ces clients refusaient de les faire entrer chez eux pour une intervention, en l'occurrence la pose de porte. La CJUE constate que le simple fait d'énoncer cette politique d'embauche discriminatoire, sans qu'elle soit avérée par des faits matériels, et donc de victime identifiée, suffit à constituer la discrimination.

304. Toutefois, une réserve doit être apportée. En effet, dans certains cas particuliers, le législateur, l'administration, ou encore l'employeur peuvent recourir ouvertement et expressément à un motif discriminatoire. Ce qui, *a priori*, pourrait apparaître comme attentatoire au principe de l'État de droit, peut en vérité être justifié, à condition de respecter les conditions propres à la « discrimination positive »² ou aux aménagements raisonnables³.

305. Les cas de discrimination ouvertement assumés étant rares, la révélation du recours à un motif discriminatoire doit trouver une méthodologie propre lorsque la discrimination n'est pas expresse.

¹ CJCE, arrêt *Feryn*, du 10 juillet 2008, C-54/07.

² Voir Titre 2, chapitre 2. Certains dispositifs invitent à prendre, par exemple, en considération le sexe des candidats à un poste, afin de compenser le déséquilibre structurel dans la répartition hommes/ femmes afin de tendre vers la parité.

³ Voir Titre 2, chapitre 1. Ainsi, il est impératif de tenir compte du handicap d'un salarié afin d'aménager son poste de travail en conséquence.

306. C'est dans ce contexte de motifs discriminatoires inavoués qu'intervient la comparaison. Une première évolution a été le passage de la recherche des motifs volontairement dissimulés par l'auteur de l'acte, au constat de phénomènes discriminatoires qui ne sont pas nécessairement conscients¹. En effet, dans les politiques d'embauche il existe une tentation à la discrimination « statistique »², qui consiste pour l'employeur « à défaut d'avoir accès un aisé et peu coûteux à des qualités invisibles telles que la compétence, la loyauté, ou l'ardeur au travail, [à] fonder la sélection des personnes qu'il embauche sur des repères visibles – race, religion, orientation sexuelle, état marital par exemple – qu'il suppose statistiquement corrélés à ces qualités invisibles qu'il réclame des travailleurs »³. Évidemment, ce « goût »⁴ pour la discrimination est rarement assumé ou même conscient pour leurs auteurs.

307. Face à ces motifs cachés ou inconscients, la preuve de l'existence d'une discrimination est très difficile, voire impossible. La CJUE et le législateur communautaire ont alors élaboré un régime probatoire spécifique, qui allège - sans l'annuler⁵ - la charge de la preuve qui pèse sur la victime. Dans ce cadre, le rôle de la comparaison, avancée par la victime, conduit à une méthodologie propre⁶ : celle d'une comparaison factuelle qui permet de faire suspecter

¹ CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys*, aff. 129/79 rec. 1275. CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84 rec. 1607..

² O.De Schutter, *Discriminations et marché du travail*, PIE, 2001, p. 29.

³ O.De Schutter, *Discriminations et marché du travail op.cit.* p. 29-30, qui s'appuie sur une étude de F. Eymard-Duvernay et E. Marchal, *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Métaillé, Paris, 1997, p. 77.

⁴ Cf. G. Becker, *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press, 2^{ème} éd.1971. Cet auteur parle de « goût » pour la discrimination, qui ne constituant pas du point de vue du marché un critère de sélection pertinent, si bien que le marché va naturellement pousser les employeurs à abandonner ce genre de pratique. En ce sens, il ne serait pas nécessaire de légiférer. Voir A. Ghirardello, *La discrimination sur le marché du travail : du problème de coordination à l'égalité dans l'emploi*, thèse soutenue à Paris X Nanterre, 2003.

⁵ Le point 14 de l'arrêt *Enderby* (CJCE 27 octobre 1993, aff. C-127/92) proclamait : « il résulte de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité ». Et cette conception a par la suite été reprise dans toutes les directives relatives à l'égalité de traitement (voir par exemple, outre les directives de 1997 et de 2002 relatives à l'égalité des sexes, la directive n°2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ou la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail). Selon l'article 8 paragraphe 1 de la directive, la personne s'estimant victime de discrimination est chargée d'établir les éléments de fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe alors à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.Cf. : http://www.social-law.net/article.php3?id_article=440.

⁶ Voir chapitre 2, section 1, §1.

l'existence d'une discrimination. La comparaison vaut alors comme suspicion de discrimination et non pas comme preuve de la discrimination directe.

Cette évolution probatoire s'est accompagnée de l'abandon du critère intentionnel de la discrimination, ce qui fortifie le rôle de la comparaison, comme révélateur du phénomène discriminatoire. En effet, le critère intentionnel suppose que l'auteur ait conscience de discriminer.

308. Avec l'abandon du critère de l'intention discriminatoire, les juridictions recherchent désormais s'il y a eu recours à un motif discriminatoire. La jurisprudence de la CJUE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est symptomatique à cet égard¹. En effet, en la matière, la Cour exige que l'emploi occupé par la femme et celui occupé par l'homme avec qui elle se compare soit identique ou de « valeur égale »². Une telle approche pourrait laisser à croire que la comparaison est indispensable à la qualification de discrimination. Pourtant, la Cour a admis que toute mesure défavorable à une femme enceinte constitue une discrimination, sans qu'il soit nécessaire d'avoir un comparateur masculin³.

La comparaison n'est pas constitutive de la discrimination, mais simplement révélatrice de celle-ci. La Cour n'utilise la comparaison que lorsque l'auteur de l'acte ou du traitement ne s'est pas expressément et directement fondé sur un critère discriminatoire ou sur une caractéristique propre à une population identifiée au travers d'un critère discriminatoire, en l'occurrence, la maternité et le sexe. La comparaison va alors servir à démontrer que, pour arriver au résultat obtenu (la moindre rémunération des femmes et la meilleure rémunération des hommes), l'auteur de l'acte s'est nécessairement fondé sur un critère discriminatoire. En réalité, le juge communautaire invite les juges nationaux à utiliser la comparaison pour constater l'identité ou la similarité des emplois, si bien que la différence constatée dans le bénéfice de l'avantage ne peut être expliquée que par le recours au critère discriminatoire, celui du sexe. La comparaison sert alors à démontrer que les situations comparées sont en tout point identiques, ou tout du moins équivalentes, sauf en ce qui concerne le critère

¹ Voir §1 I.

² Arrêt Enderby, CJCE 27 octobre 1993, aff. C-127/92. ; Arrêt Brunnkofer, 26 juin 2001, CJCE

³ Voir §1 I.

discriminatoire. Autrement dit, la seule explication de la différence tient au recours à un motif prohibé.

309. Ce rôle fort de la comparaison au sein de la non-discrimination donne une grande place à l'appréciation des juges. En effet, il n'existe jamais de situations ou d'emplois parfaitement similaires¹. Le juge communautaire investit alors les juges nationaux d'un rôle pivot dans la comparaison, celui de déterminer ce qui doit être tenu pour équivalent et d'éliminer toute différence sans pertinence dans le constat de similarité².

Le juge détient certainement un pouvoir plus grand dans la comparaison lorsqu'il s'agit de règles de non-discrimination que lorsqu'il s'agit de principe d'égalité. En effet, avec les règles de non-discrimination, le travail comparatif n'est plus guidé par l'objectif poursuivi ou l'objet de l'acte ou du traitement soumis à son contrôle. Il est désormais orienté tout entier vers son entier par la recherche d'une mobilisation du critère discriminatoire. Le juge recherche si la distinction opérée est « comme si » l'auteur avait opéré une distinction sur un fondement discriminatoire, ou si la distinction « revient à » opérer une telle distinction. On retrouve ici la démarche adoptée face au recours au critère de la résidence en matière de liberté de circulation des personnes, en droit de l'Union européenne³.

310. Enfin, le cantonnement du rôle de la comparaison à la révélation de la discrimination entraîne une autre conséquence. Les jurisprudences sont aujourd'hui concordantes pour admettre que l'abandon de la recherche de l'intention discriminatoire de l'auteur conduit à se désintéresser de la question de savoir si le recours au critère discriminatoire a été prépondérant dans la prise de décision. En effet, la preuve de l'intention discriminatoire est si difficile, que son maintien aurait permis seulement de sanctionner les discriminations les plus

¹ A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

² En matière d'emploi, les juges disposent des classifications professionnelles qui constituent un instrument important à cet égard. Par exemple : Soc. 15 déc. 1998, n° 95-43.630, Soc.4 juillet 2000 n° 98-43.385 et Soc.23 octobre 2001 n° 99643.153 ; O.Barrat et D.Meurs « Les écarts de rémunération hommes-femmes : une position défavorable des femmes dans les grilles de conventions collectives », *Premières Synthèses* n° 11.3, DARES, mars 2003.

³ Voir chapitre U.E. partie 1.

ostentatoires ou évidentes. Or, l'abandon de l'intentionnalité¹, permet aujourd'hui de sanctionner les décisions, qui comptent un motif discriminatoire parmi les mobiles de l'auteur. Il importe peu que ce motif discriminatoire soit prépondérant ou seulement accessoire.

Ainsi, dans l'arrêt *E.B.*, la CEDH a bien identifié que l'une des raisons du refus d'agrément en sa faveur a été le fait que sa compagne ne voulait pas d'enfant. Cet argument n'a pas été remis en cause par la Cour ; elle ne nie pas sa pertinence pour la décision administrative analysée². En revanche, à côté de ce motif légitime, elle constate divers motifs retenus conduisent à tenir compte de son orientation sexuelle. De ce seul constat la C.E.D.H. prononce une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. De même, dans la jurisprudence *El Haddioui* du Conseil d'État, la Haute juridiction constate simplement que les questions posées lors de l'oral portaient sur les origines et la pratique religieuse de l'impétrant et ce seul constat suffit, sans qu'il soit nécessaire de déterminer l'importance qu'en ont donnée les jurés dans leurs délibérations. La Cour de cassation a, elle aussi, décidé qu'il suffisait de constater la référence à l'activité syndicale pour qualifier la discrimination syndicale, sans rechercher l'importance de cette considération dans la prise de décision³. Enfin, la CJUE procède de même dans la directive de 1997⁴. En somme, les différentes jurisprudences se sont alignées sur celle de la CJUE, pour qui désormais le simple fait de

¹ Sauf en droit pénal évidemment, bien que la chambre criminelle de la Cour de cassation ait rendu cette exigence plus souple, cf. E. Durlach, « L'égalité dans les rapports de travail », *Action juridique N°: 199* Ed.CFDT p. 6.

² Cf. § 76 à 79.

³ Par exemple : chambre sociale de la Cour de cassation Arrêt du 26 avril 2000, M. Dupuy et a. c/ Centre nucléaire de production d'électricité (Bull. V n° 151 p. 116) qui énonce "*que s'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement, il n'incombe pas à celui-ci de rapporter la preuve de la discrimination syndicale, mais à l'employeur d'établir que cette disparité est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale*". Allant plus loin, sur la présomption de discrimination syndicale : cf notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 2009 (Soc. 1er juillet 2009, n° 08-40.988) dans lequel il est précisé : « alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié n'avait bénéficié d'aucune promotion individuelle depuis 1987 et que ses fiches d'évaluation au titre des années 1990, 1996, 1998, 1999 et 2000, au vu desquelles la direction arrêtaient ses choix de promotions, faisaient référence à ses activités prud'homales et syndicales et aux perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps, ce dont il se déduisait que ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale ».

⁴ Directive 97/80 du 15 décembre 1997 ; Voir M.-T. Lanquetin, *Discrimination à raison du sexe*, Dr. Soc. 1998, p.688.

recourir à un motif discriminatoire, même de manière accessoire, suffit à condamner l'acte ou le traitement. Le dialogue aujourd'hui pacifié en la matière suppose donc qu'une discrimination, quelle que soit son importance parmi les motifs déterminants de l'auteur, vicie l'acte ou le traitement en son entier.

311. En revanche, l'utilisation de la discrimination indirecte, dans le dialogue des juges, comme instrument de révélation du phénomène discriminatoire apparaît beaucoup plus confuse.

II. LA COMPARAISON, INSTRUMENT CENTRAL DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

312. La discrimination indirecte¹ est désormais définie par les directives 2000, à la suite de la jurisprudence² de la C.J.U.E., de la manière suivante :

« lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires »³.

La discrimination indirecte vise alors à mesurer les effets⁴ discriminatoires. La CJUE a défini deux méthodes de la discrimination indirecte. La première, utilisée notamment en matière de libre circulation des personnes, suppose de recourir à un critère qui n'appartient à

¹ Voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

² Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique *Journal officiel* n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022 - 0026

³ La définition est quelque peu modifiée dans la directive 2000/78, afin de l'adapter au régime spécifique du handicap : *« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnée, par rapport à d'autres personnes, à moins que: i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique ».*

⁴ O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail op.cit*

la liste des critères discriminatoires, mais qui, dans sa mise en œuvre, est « *susceptible* » d'avoir des effets équivalents à une distinction directement fondée sur un critère prohibé. Il en est ainsi du critère de résidence, dont on peut raisonnablement penser qu'il évincera, plus de ressortissants communautaires du bénéfice de l'avantage, que de nationaux, qui sont plus susceptibles d'habiter et vivre sur le territoire national¹. La seconde approche, mise en œuvre en matière d'égalité de genre, vise à identifier « l'impact disproportionné »². Cette dernière méthode se fonde sur une approche statistique, qui vise à démontrer que la distinction opérée est équivalente, dans ses effets, à une distinction qui aurait été fondée directement sur un motif discriminatoire. Ainsi, la jurisprudence communautaire a-t-elle constaté l'existence de discrimination indirecte, lorsque l'employeur réserve un avantage aux salariés travaillant à plein temps, excluant les salariés à temps partiel, catégorie majoritairement féminine³.

¹ CJCE 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost*, affaire 152-73, point 11, la CJCE a dit : « (...) les règles d'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutit en fait au même résultat (...) ». Dans le même sens à propos de l'exigence de détention d'un diplôme obtenu en dehors de l'Autriche, CJCE 7 juillet 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, affaire C-147/03, points 41 et 46-48.

² O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail op.cit*

³ Dans son arrêt du 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, affaire 170/84, point 31, la CJCE s'est exprimée en ces termes : « (...) L'article 119 du Traité CEE est violé par une société de grands magasins qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. ». La CJCE, dans son arrêt du 9 février 1999, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, affaire C-167/97, points 51, 57, 62, 65, 77, a fait observer : « (...) la juridiction nationale cherche à déterminer le critère juridique permettant d'établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte. (...). La Commission (...) propose un test de « pertinence statistique » selon lequel les statistiques doivent constituer des paramètres de comparaison adéquats et la juridiction nationale doit veiller à ce que les statistiques ne soient pas dénaturées par des aspects spécifiques au cas d'espèce. L'existence de statistiques significatives suffirait à établir une incidence disproportionnée et à imposer la charge de la preuve d'une justification à l'auteur de la mesure présumée discriminatoire. (...) Il y a lieu également de rappeler qu'il appartient au juge national d'apprécier si les données statistiques caractérisant la situation (...) sont valables et si elles peuvent être prises en compte, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives (voir arrêt du 27 octobre 1993, *Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, point 17*). (...) Dès lors (...) pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. (...) dans l'hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs

En somme, la première méthode se fonde sur une analyse juridique et la comparaison consiste dans la présomption d'équivalence entre le critère neutre et le critère discriminatoire. Le rôle de la comparaison est moindre, car l'équivalence résulte pour l'essentiel d'une analyse du critère neutre en lui-même et ce qu'il emporte juridiquement dans sa mise en œuvre. Dans la seconde méthode, la comparaison est matérielle et repose sur des constatations empiriques. La comparaison a alors un rôle central, car elle permet d'établir la corrélation entre la distinction opérée et les effets d'une discrimination. Elle permet notamment de déterminer un « taux » de corrélation¹. Le rôle de la comparaison consiste dans un premier temps à établir la présomption de discrimination indirecte. Dans un second temps, l'auteur de l'acte ou du traitement devra se justifier².

313. Les autres juridictions n'ont que tardivement adopté et appliqué la discrimination indirecte. La CEDH, par un arrêt de grande chambre *D.H. et autres c. République Tchèque*³, a directement fait référence à la jurisprudence communautaire⁴, pour admettre le recours à la discrimination indirecte pour constater la violation de l'article 14 de la Convention. Il s'agissait en l'espèce du placement, quasi systématique, d'enfants Roms dans des établissements scolaires spécialisés⁵. Ils représentent parfois jusque 80 à 90 % des enfants de ces établissements, ce qui montre un phénomène de « ghettoïsation ». La Cour n'a alors pas hésité à s'appuyer sur les statistiques et affirme qu'il n'est pas nécessaire de démontrer dans ces cas l'intention discriminatoire : le simple constat chiffré suffit pour affirmer l'existence de la présomption de discrimination indirecte. Elle repose sur le constat de l'effet discriminatoire

masculins serait en mesure de remplir la condition (...) imposée par la règle litigieuse, il incombe à l'État membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif. ». Dans le même sens C.J.C.E. 23 octobre 2003, *Hilde Schönheit contre Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-4/02, et *Silvia Becker contre Land Hessen*, affaire C-5/02, points 67-69, 71.

¹ Voir chapitre suivant.

² Voir Titre 2.

³ C.E.D.H., G.C. 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req. n° 57325/00 ; Pour un exemple de violences contre les roms, C.E.D.H., 3° Sect. 4 mars 2008, *Stoica c. Roumanie*, Req. n° 42722/02 confirmé par affaire Oršuš et autres c. Croatie du 16 mars 2010 C.E.D.H., G.C. 16 mars 2010, Req. n° 15766/03)

⁴ Point 81 à 91. La C.E.D.H. se met alors expressément dans une position de réception de la jurisprudence communautaire, et donc en situation de dialogue.

⁵ La Grande chambre précise que « lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi ». Ainsi, la Cour entend appliquer la discrimination indirecte non seulement au domaine de l'éducation, mais également en matière sociale.

à l'encontre des enfants Roms. La Cour reprend alors les mêmes mécanismes que la C.J.U.E., y compris la comparaison statistique (en l'occurrence la différence faite entre les enfants Roms et non Roms). La C.E.D.H. s'inscrit dans le sillage du droit de l'Union européenne et a repris le concept de discrimination indirecte, suivant la méthode de « l'impact disproportionné ».

314. Les juridictions internes restent encore tâtonnantes en matière de discrimination indirecte. La Chambre sociale l'a appliquée au motif de la santé, motif qui n'appartient pas à la liste de l'Union européenne, ce qui montre une diffusion au-delà des motifs identifiés comme discriminatoires au niveau européen. Dans l'arrêt du 9 janvier 2007¹, la chambre sociale consacre de la manière la plus nette la discrimination indirecte, en la relevant d'office et en cassant l'arrêt d'appel qui n'avait pas constaté une telle discrimination, laquelle résultait de l'application d'un accord collectif sur l'aménagement et la réduction du temps de travail. L'accord en cause instaurait une durée hebdomadaire moyenne de 35 heures et mettait en place une modulation du temps de travail prévoyant une durée hebdomadaire pouvant varier de 44 heures, en périodes hautes, à 21 heures, en périodes basses. Une salariée ayant été absente en périodes hautes, au cours de deux années consécutives, pour maladie (professionnelle la première fois), avait vu ses périodes d'absences décomptées sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures², si bien qu'en fin d'année, elle se retrouvait débitrice d'heures³. Ce mode de calcul avait pour effet d'amplifier l'importance de ses absences. La discrimination indirecte consiste en une mesure « *apparemment neutre* », qui constitue en réalité, de par ses effets, « *une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié* ». La Cour de cassation ne semble, pour l'instant, n'adopter que la

¹ Soc. 9 janv. 2007, pourvoi n°05-43962 ; *D.* 2007. AJ. 375, obs. Fabre ; *R.D.T.* 2007, p. 245, obs. Miné ; *ibid.* 182, obs. Véricel ; *R.J.S.* 2007, p. 250, n° 346 ; *Dr. Soc.* 2007, p. 496, obs. Barthélémy. Voir également J.F. Cesaro, « Temps de travail et discrimination indirecte », *J.C.P. S* 2007, n°1137. Réticence antérieure de la Cour de cassation cf. Soc. 23 novembre 1999, *Dr. Soc.* 2000, p.592, note M.T. Lanquetin.

² Ce choix forfaitaire effectué par l'entreprise, dans le silence de la loi et de l'accord collectif, s'inspire de la solution retenue en matière de calcul de l'indemnité due au salarié absent, pour accident du travail, dans le cadre d'une modulation, Soc. 19 juillet 1994, *Bull. civ.* V n° 244 ; Soc. 13 mars 2002, n° 00-40.337 : *Juris-Data* n° 2002-013684 ; *RJS* 2002, n° 641.

³ Pour poser le problème schématiquement : si la salariée ne travaille que lors des périodes d'activité basses, de 21 heures hebdomadaires et si ses périodes d'absences pour maladie couvrent intégralement les périodes de hautes activités, de 44 heures hebdomadaires, et si ces dernières ne sont décomptées qu'à hauteur de 35 heures seulement (et non de 44 heures), alors nécessairement la salariée va se retrouver avec une moyenne de travail hebdomadaire sur l'année inférieure à 35 heures par semaine. Ainsi, elle se retrouve débitrice d'heures.

première approche de la discrimination indirecte esquissée par la C.J.U.E., c'est-à-dire que le constat de l'effet discriminatoire résulte de l'analyse de l'application conjuguée des régimes juridiques de la modulation du temps de travail et de la maladie. Le constat de la discrimination indirecte ne résulte pas d'une étude statistique.

315. Le Conseil d'État ne reconnaît la discrimination indirecte que dans le cadre d'application des Traités instituant les Communautés européennes¹. Le Conseil ne semble s'être fondé qu'une seule fois sur la discrimination indirecte pour censurer un acte administratif. Il s'agit de la jurisprudence *Spaggiari* du 18 octobre 2002², espèce dans laquelle avait été exclue la candidature d'une ressortissante communautaire, au motif qu'elle n'avait jamais exercé de fonctions comme enseignantes dans une université française. Si un tel motif pouvait apparaître comme constitutif d'une discrimination directe, le Conseil ne semble pas considérer le critère retenu comme discriminatoire en soi, car il ajoute que « *la connaissance du système universitaire français est l'un des critères auxquels la commission peut légalement recourir pour apprécier une candidature* ». Il semblerait que les juges du Palais-Royal tiennent le critère retenu comme légitime *a priori*, c'est-à-dire pour reprendre les termes communautaires, comme apparemment neutres. Ce n'est que dans un second temps que le Conseil d'État établit que le recours à ce critère constitue une discrimination. Le recours à la discrimination indirecte dans la décision de la juridiction administrative semble corroboré par la citation de la jurisprudence *Sotgiu*³. Le Conseil d'État semble bien respecter sa mission de juge communautaire de droit commun. Pour autant, il ne semble pas vouloir étendre les concepts et notions communautaires au-delà de leurs champs : le dialogue reste donc enfermé dans le cadre strict des intersections de compétence entre juges communautaires et juge

¹ C.E.30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, n° 180299/180 328 au Lebon ; C.E. 10 avril 2002, *Syndicat national des professeurs d'arts martiaux*, n° 221314, Cf. aussi CJCE 23 février 1994. *Ingetraut Scholz contre Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*. Affaire C-419/92.

² Toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite, Serge Slama, *AJFP* 2003 p. 12 ; « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », Serge Slama, *AJFP* 2003 p. 4

³ Le Conseil d'État affirme « *Considérant que les stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* » ; à comparer avec : CJCE 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost*, affaire 152-73, point 11, la CJCE a dit : « (...) les règles d'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutit en fait au même résultat (...) ».

national. Néanmoins, la jurisprudence *Spaggiari* pourrait, sous couvert d'ouverture au dialogue, receler en vérité une certaine fermeture de la part de la juridiction française. En effet, les étapes de raisonnement suivi par le Conseil, sur le modèle communautaire, n'aboutissent en principe qu'au constat d'une suspicion de discrimination indirecte, ce qui devrait mener à la seconde étape, au cours de laquelle l'autorité compétente est tenue de se justifier. Le Conseil semble au contraire ne pas considérer l'effet discriminatoire comme constitutif d'une suspicion de discrimination, mais d'une discrimination en elle-même. La haute juridiction administrative condamne alors l'auteur pour discrimination, sans discuter la raisonnable et la proportionnalité du recours au motif apparemment neutre¹. Autrement dit, la juridiction nationale s'arrête à la première étape, alors que le mécanisme communautaire en compte deux².

316. En conclusion, il apparaît que la CEDH a su s'approprier la « technologie » communautaire propre à la discrimination indirecte. En revanche, les juridictions nationales, tant administratives que judiciaires, semblent oublier que la comparaison vise à établir une présomption de discrimination indirecte, première étape, avant celle de la justification de l'auteur. Les juridictions internes semblent tenir de la comparaison est une première étape dans la qualification de discrimination. Elle ne permet que l'établissement de la suspicion de discrimination. Ajoutons que les juridictions internes n'ont toujours pas fait directement application de la seconde approche de la discrimination indirecte, fondée sur une étude statistique.

¹ Voir Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

² Cette différence entre les jurisprudences administrative et communautaire pourrait s'expliquer par la réticence du juge administratif à transposer le mécanisme probatoire défini dans les directives communautaires dans le contentieux administratif. En effet, dans une jurisprudence C.E. Ass.30 octobre 2009 (req. n°298348), la juridiction administrative écarte l'application du régime probatoire de la directive communautaire en ces termes : « Cet article [L'article 10 de la directive du 27 novembre 2000] pose une obligation conditionnelle, dès lors que son cinquième paragraphe prévoit que ces dispositions relatives à l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux Etats membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction. Or tel est l'office du juge administratif en droit public français. Par conséquent, les dispositions de l'article sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ». Or, précisément, les deux étapes de la discrimination indirecte ressemblent aux deux étapes probatoires de la non-discrimination. Le juge administratif préserve ainsi son pouvoir inquisitoire et n'abandonne pas totalement le débat aux parties.

CONCLUSION DE CHAPITRE

317. Le dialogue-partage se concrétise dans les renvois préjudiciels des juges nationaux à la C.J.U.E., ce qui a permis à celle-ci de déterminer les rôles respectifs de chacun des juges. Il apparaît que ce dialogue a permis la diffusion des acquis de la jurisprudence communautaire. La diffusion de cet acquis a dépassé le cadre de cette procédure, car la discrimination indirecte a été reprise par la C.E.D.H. Un autre objet du dialogue-transfert a été l'abandon par toutes les juridictions de la recherche de l'intention discriminatoire de l'auteur de la décision contestée.

Le dialogue-transfert s'est également concrétisé dans la reprise de la démarche du juge de l'Union européenne par la chambre sociale. Cette dernière s'inscrit aujourd'hui dans une démarche d'égalité matérielle, caractéristique du dispositif antidiscriminatoire communautaire. Le transfert se réalise alors des dispositifs antidiscriminatoires vers le principe d'égalité de traitement, tel que défini par le juge judiciaire. Le transfert peut donc s'étendre à des dispositifs qui ne sont pas des objets juridiques communs aux juridictions : la Cour de cassation applique une démarche concrète dans un domaine qui échappe au droit communautaire.

En revanche, en matière de discrimination indirecte, si des marques du dialogue entre juges européens et nationaux se font jour depuis quelques années, le transfert de « technologie juridique » n'est pas, à ce jour, pleinement assuré. Les juges nationaux n'ont pas entièrement repris la méthode de la discrimination indirecte, qui est cantonnée dans un rôle marginal dans les contentieux nationaux. Il semblerait que les juges nationaux compensent ce manque par le régime probatoire applicable en cas de discrimination : la chambre sociale fait une telle utilisation de la répartition de la charge de la preuve, que l'établissement de la discrimination directe en est grandement facilité¹. Le juge administratif, quant à lui, entend préserver son pouvoir inquisitoire dans les débats et écarte expressément le régime probatoire communautaire².

¹ Sur le régime probatoire, voir Chapitre droit social

² C.E. Ass. 30 octobre 2009, req. n°298348, précité.

CHAPITRE 2 : LA MÉTHODE DE COMPARAISON

318. L'analyse de la méthode de comparaison employée par les juges nécessite quelques indications liminaires sur la place de la comparaison au sein du travail juridictionnel et sur celle de la méthodologie comparative dans notre champ d'études.

319. En premier lieu, la comparaison est employée, non seulement lorsque les juridictions suprêmes étudiées identifient elles-mêmes une inégalité ou une discrimination, mais également lorsqu'elles contrôlent le processus d'une telle identification par une autre juridiction. La comparaison est donc tout à la fois un objet de contrôle des juridictions supérieures sur les juridictions inférieures, à l'image de la Cour de cassation sur les juges du fond, et un élément de l'exigence d'égalité qui nécessite d'être définie. Ce dernier aspect est susceptible de constituer une jurisprudence. En outre, le travail de comparaison peut faire l'objet d'une répartition des compétences entre les juridictions, essentiellement entre les juridictions nationales et la C.J.U.E.¹ : cette dernière se reconnaît dans certains cas la compétence de déterminer ce qui doit être tenu pour équivalent ou différent ; dans d'autres cas, elle fixe une méthodologie de comparaison à suivre, en particulier s'agissant de la discrimination indirecte². Ainsi, l'analyse du travail comparatif intéresse aussi bien l'office des juridictions étudiées que leur construction jurisprudentielle à l'adresse, notamment, des autres juridictions.

320. En second lieu, malgré l'importance du rôle de la comparaison dans l'exigence d'égalité³, les juridictions étudiées énoncent leurs recommandations méthodologiques avec parcimonie⁴. Dans la majorité des arrêts étudiés, la similarité ou la différence entre les

¹ Voir introduction sur le dialogue des juges.

² Voir infra.

³ Cf. Chapitre précédent.

⁴ Par exemple, dans l'arrêt *Jämställdhetsombudsmannen* (arrêt du 30 mars 2000, C-236/98, Rec. p. I-2189), point 34 : la Cour sans constater si les situations sont de valeur égale passe à la suite du raisonnement. Cette démarche a été critiquée par D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007. p. 153, en ces termes : « Comment la Cour peut-elle valablement s'exprimer sur le point de savoir si la différence de rémunération entre les deux groupes est objectivement injustifiable si elle n'est pas en mesure d'appuyer son raisonnement sur le constat, préalable, que ces deux groupes effectuent bien un travail de valeur égale ? »

situations analysées est le plus souvent affirmée sans explication¹. Si les juridictions ne définissent que rarement une méthodologie complète, qui les exposerait à la critique de la rigidité, des directives méthodologiques sont néanmoins affirmées dans quelques arrêts et décisions. Celles-ci ne permettent pas d'établir, avec certitude, comment les juridictions étudiées accomplissent leur propre comparaison, mais elles offrent autant d'indications sur la méthodologie à laquelle elles soumettent leur propre pouvoir d'appréciation et constituent ainsi de précieuses indications pour les juridictions du fond ou les juridictions internes. En somme, les juridictions définissent un cadre méthodologique dans lequel peut se déployer le débat judiciaire.

321. Enfin, la référence à la méthodologie comparative employée dans les sciences sociales peut être utile pour identifier celle mise en œuvre par les juridictions.

Dans son ouvrage « *La Comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes* »², l'auteure identifie quatre étapes principales du travail de comparaison³ : une réflexion sur les finalités d'une approche comparative, le choix des unités de comparaison, la construction du cadre comparatif et, enfin, l'analyse des données élaborées. Cette démarche peut donc servir de point de départ à l'analyse de la méthodologie employée par les juridictions étudiées.

Toutefois, les deux démarches ne doivent pas être confondues. En effet, le travail de comparaison du juge au sein de l'exigence d'égalité ne vise pas, contrairement au rôle qui lui est assigné dans les sciences sociales, un travail heuristique. La proximité entre les deux démarches s'arrête à leur objet : déterminer ce qui doit être tenu pour identique ou similaire et ce qui doit être tenu pour différent. Elle ne s'étend pas à leur objectif : le juge ne se donne pas pour but de tirer une explication ou une « loi » scientifique des ressemblances ou

¹ En particulier le Conseil d'État dans une large majorité des arrêts affirme simplement si les deux situations sont différentes ou similaires, sans autres formes d'explication. Ainsi, dans un arrêt récent à propos du contrat doctoral, le Conseil reconnaît au pouvoir réglementaire le pouvoir de distinguer entre les doctorants atteints de maladie et ceux victimes d'accidents de travail (les seuils de durée de congés diffèrent pour donner droit à prolongation du contrat), car leur situation est différente, sans que la haute juridiction s'en explique plus avant cf. C.E. 5 mai 2010, n° 329170, Demoiselle Alzais et autres.

² C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2004.

³ Voir en particulier C. Vigour, seconde partie, p. 95 et suivantes, *Op.cit.*

dissemblances constatées, mais de leur appliquer une règle juridique. Ainsi, convient-il de s'inspirer de la classification des étapes du travail comparatif en sciences sociales.

322. La méthodologie employée pour l'application des règles d'égalité et de non-discrimination vise, dans un premier temps, à identifier la distinction opérée par le pouvoir contrôlé. Dans un second temps, la distinction de l'auteur de la décision contestée est confrontée à la différence de situation ou à une comparaison fondée sur un critère discriminatoire. Cette seconde étape permet d'établir ou non l'inégalité ou la discrimination. Elle diffère néanmoins, selon qu'il s'agisse de rechercher une inégalité ou une discrimination. En matière d'exigence d'égalité, la juridiction doit établir si des situations tenues pour différentes auraient dû être considérées comme équivalentes et n'auraient, par voie de conséquence, pas dû faire l'objet d'une distinction¹. En matière de non-discrimination, la juridiction doit révéler que l'acte ou le traitement analysé équivaut en fait à discriminer. Ainsi, quoique la finalité de la démarche soit sensiblement différente - établir l'inégalité ou révéler la discrimination - la question de la similarité ou non des situations est centrale. Les juges doivent donc trancher la question de la comparabilité des situations².

¹ En application de la bilatéralisation, la C.E.D.H. précise « *« Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »*, cf. Thlimmenos, §44, précitée. Toutefois, la question de l'équipollence est également centrale dans cette perspective.

² La comparabilité des situations n'est pas toujours mise en évidence dans les arrêts. À titre d'illustration, dans la jurisprudence communautaire la C.J.U.E. n'en traite jamais en matière de liberté de circulation, contra *C.J.C.E.* 6 mars 2003. *Kaba II*. aff. C-466/00, Rec., p. I-2219. De même la C.E.D.H. assez peu souvent amenée à se prononcer sur comparabilité/ souvent sommaire dans affirmation comparabilité (C.E.D.H. 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, Rec. 1998-I, requête n°20458/92 cf. §36 ; C.E.D.H. 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, Rec.s 1999-I, requête n° 29515/95 cf. §30 ; C.E.D.H. 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, requête n°34462/97, Rec.2002-IV cf. §47, *C.E.D.H. 11 janvier 2001 arrêt PM c. Italie* cf. §27) ou absence de comparabilité (Arrêt *Lithgow et a. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1986 cf.§179 ; C.E.D.H. 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, série A, n°23, requête n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72 cf. §56 ; C.E.D.H. 23 novembre 1983, *Van Der Musselle c. Belgique*, série A70, requête n° 8919/80 cf. §46 ; C.E.D.H. 8 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, Série A. 193 cf. §49 ; C.E.D.H. 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, Rec.1996-IV cf. §74). Comparabilité contestée dans C.E.D.H. 18 décembre 1986, *Johnston et autres*, série A n° 112 *Johnston* opinion dissidente de De Meyer (§ 7 de son opinion : « *Je crois aussi qu'il y a discrimination quant à l'exercice des droits dont il s'agit. Alors qu'il interdit absolument tout divorce en Irlande même, l'État défendeur reconnaît les divorces obtenus dans d'autres pays par ceux qui y étaient domiciliés à l'époque de la procédure en divorce. Ainsi les Irlandais qui s'installent à l'étranger et y restent assez longtemps pour qu'on puisse admettre qu'ils ont eu l'intention d'y demeurer en permanence échappent à l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent d'obtenir le divorce en Irlande. Cet état de choses contredit fâcheusement la validité absolue du principe de l'indissolubilité du mariage en ce qu'ainsi ce principe ne paraît digne d'être*

323. Les juges sont alors tenus de procéder à une analyse de l'acte juridique ou du traitement opéré, expression de l'exercice d'un pouvoir. L'objet du contrôle des juges est alors la confrontation de la distinction inhérente à la prérogative exercée à l'exigence d'équipollence¹.

Les juridictions étudiées affirment que le contrôle de l'exigence d'égalité est un contrôle du pouvoir. Cette finalité détermine dans une très large mesure la méthode de comparaison. Cet objet conditionne le choix des unités de comparaison, par exemple les salariés d'un même employeur ou encore les candidats à un même concours de la fonction publique. Il conditionne également le cadre comparatif à savoir le champ de compétence du pouvoir. Une évolution sensible s'est faite jour dans ce contrôle, à l'instigation du droit

observé qu'en Irlande même et non pas ailleurs. La distinction ainsi faite entre les Irlandais selon qu'ils sont domiciliés en Irlande même ou ailleurs me paraît manquer de justification objective et raisonnable »); aussi voir C.E.D.H. 27 juin 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, Rec. 2000-VII, requête n°27417/95 cf. Opinion dissidente de Bratza, Fichbach et autres §2 : « En ce qui concerne la justification de l'ingérence dans le droit à la liberté de religion, nous sommes d'avis que le problème essentiel dans cette affaire réside dans la discrimination dont la requérante prétend avoir fait l'objet. A cet égard nous estimons que le raisonnement de la majorité, tel qu'il figure au paragraphe 87, est insuffisant. A notre avis, pour conclure à la non-violation de l'article 9 de la Convention lu en combinaison avec l'article 14, la majorité ne pouvait se borner à affirmer que l'ingérence avait un « effet limité » et que la différence de traitement avait « une faible portée ». En effet, en matière de liberté de religion, il n'appartient pas à la Cour européenne des Droits de l'Homme de substituer son appréciation de l'étendue ou de la gravité d'une ingérence à celle des personnes ou groupes concernés, car l'article 9 de la Convention vise essentiellement à protéger les convictions les plus intimes des individus. Pour notre part, nous estimons indispensable d'examiner si, en délivrant l'agrément en question à l'ACIP et en le refusant en 1987 à la requérante, les autorités étatiques ont assuré à la requérante, sans distinction, conformément à l'article 14 de la Convention, la jouissance du droit à la liberté de religion qui lui est reconnu par l'article 9. En l'espèce, nous estimons qu'il y a eu violation de cet article combiné avec l'article 9 de la Convention et ce pour les raisons suivantes. Rappelons tout d'abord qu'au sens de l'article 14, la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes ou des groupes se trouvant dans des situations analogues. Selon la jurisprudence des organes de la Convention, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché ». La Cour l'a encore réaffirmé récemment dans son arrêt Thlimmenos c. Grèce ([GC], n° 34369/97, C.E.D.H. 2000-IV). Il aurait donc fallu examiner d'abord si la requérante se trouvait dans une situation analogue à celle de l'ACIP. A cet égard, nous observons qu'il n'est pas contesté que le statut juridique de l'association requérante est celui d'une association culturelle, au sens de la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, tout comme l'ACIP. En outre, il convient de noter que l'article 10 du décret du 1^{er} octobre 1980 ne définit aucunement ce qu'il faut entendre par « organisme religieux » et qu'il ne prévoit aucun critère, tel que la représentativité dans la religion considérée, pour permettre d'en juger. Il n'a pas été contesté non plus que l'association requérante dispose de lieux de pratique régulière du culte ainsi que d'établissements d'enseignement pour rabbins ni qu'elle exerce, en pratique, un contrôle religieux sur plusieurs boucheries et points de vente de viande casher « glatt » ».

¹ Sur ce terme voir la définition cf. *infra*, section 1.

communautaire¹. Les juridictions tendent à se détacher de l'intention du détenteur du pouvoir contrôlé pour adopter une démarche plus objective, qui repose sur l'identification et la détermination de cette équipollence. Cette dernière occupe donc une place privilégiée dans l'analyse de la méthodologie comparative². Elle suppose bien souvent d'apprécier la qualité des objets de comparaison, comme la valeur d'un diplôme, des travaux, d'un emploi ...

Ainsi, le travail de comparaison des juges suppose, d'une part, la détermination de l'équipollence, autrement dit ce qui doit être tenu pour identique ou tout du moins similaire. L'application de la comparaison à l'exigence d'égalité emporte un travail spécifique des juges (section 1). D'autre part, la nature du contrôle des juges occupe une place importante dans la mise en œuvre de la comparaison. En effet, les juridictions se montrent particulièrement soucieuses, tout du moins dans la mise en œuvre du principe d'égalité, de respecter la liberté de choix inhérent à l'exercice du pouvoir. Cette liberté dépend étroitement de l'intensité du contrôle opéré à travers la comparaison par les juges (section 2).

SECTION 1 : LA COMPARAISON APPLIQUÉE À L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ

324. Il est souvent affirmé que la comparaison suppose la recherche d'une équivalence entre deux termes sur un même plan³. Nous retiendrons plus volontiers le terme d'équipollence que celui d'équivalence. Ce dernier peut être défini comme le « *fait d'être de même valeur quantitative* »⁴. Autrement dit, l'équivalence suppose une approche essentiellement quantitative. L'équipollence, qui se définit comme « *ce qui a une valeur égale* »⁵, supporte les comparaisons quantitatives comme qualitatives. Ainsi, dans le langage mathématique, deux vecteurs sont équipollents si et seulement s'ils sont égaux dans la longueur (comparaison quantitative), mais également s'ils ont une même direction et un

¹ Voir infra, section 2.

² Voir en particulier, §1, II.

³ C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*. Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2004, p.125.

⁴ cf. Le trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

⁵ cf. Le trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

même sens (comparaison qualitative). Or, comme nous le verrons, la comparaison juridique effectuée par les juges n'est pas uniquement quantitative¹.

325. La comparaison intervient par deux fois dans l'application du principe d'égalité ou d'égalité de traitement. Celui qui se prétend victime d'une inégalité doit d'abord établir qu'il subit une défaveur² par rapport à un autre, le comparateur. Ensuite, il doit établir qu'il se trouve dans une situation équipollente à celle du comparateur, à l'égard de qui, il prétend devoir être traité de manière identique.

Ces deux étapes procèdent d'un travail de comparaison mais les jurisprudences ne s'arrêtent véritablement que sur la seconde. En effet, la défaveur, c'est-à-dire le fait de ne pas bénéficier d'un avantage ou d'en bénéficier dans une moindre mesure, est le point de départ de l'action. Si celle-ci n'est pas établie, la demande fondée sur l'égalité n'a pas lieu d'être. Les juridictions étudiées ont en commun de reconnaître la défaveur de manière compréhensive. Le spectre couvert par le vocable employé montre d'ailleurs la volonté d'ouvrir assez largement l'action sur ce fondement. La défaveur semble ainsi abandonnée à l'appréciation du demandeur³. Cette notion apparaît plus large que celle de préjudice⁴, au point que la C.J.U.E. admet, en matière de non-discrimination, des actions sans victime identifiée, voire simplement identifiable⁵. En conséquence, cette étape du contrôle s'en trouve limitée au simple constat que l'un bénéficie d'une faveur dont l'autre ne jouit pas. Subséquemment, la comparaison se réduit, elle, à l'appréciation d'une différence dans le

¹ Voir en particulier, §1, II.

² Le vocabulaire de la défaveur est multiple. Les juridictions emploient indifféremment les termes d'avantage, préférence, privilège, « au profit de », et leurs antonymes, cf. R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit public, tome 232 et E. Dubout, *L'article 13 du traité C.E. – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, collection Droit de l'Union européenne, vol. 2, 2006.

³ Ainsi dans les jurisprudences relatives à la discrimination fondée sur l'âge et la retraite, le demandeur contestait qu'il lui soit fait obligation de prendre sa retraite dès lors qu'il a atteint l'âge légal de la retraite, cf. C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05, *Rec.*2007 page I-8531. Or, il aurait pu être discuté le fait de considérer la mise à la retraite comme une défaveur, comparativement à la continuation du travail.

⁴ Sur la notion de préjudice voir, notamment, cf. A. Pinna, *La mesure du préjudice corporel*, L.G.D.J., Paris, 2007.

⁵ Voir la jurisprudence C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, Aff. C-54/07 ; *J.C.P.S.* 2008.p.1520, note J. Cavallini.

bénéfice de l'avantage. Cette première étape, quoique nécessaire, n'est pas suffisante. En effet, il ne suffit pas au demandeur d'alléguer l'existence d'une différence, par exemple en se contentant d'invoquer, au soutien d'une discrimination sexuelle, une différence de rémunération entre salariés travaillant dans deux usines d'une même société, quel que puisse être leur sexe¹. Il incombe encore au demandeur d'établir que cette différence contrevient au principe d'égalité ou d'égalité de traitement, ce qui implique nécessairement un travail de comparaison². La seconde étape est en ce sens déterminante et l'œuvre jurisprudentielle se concentre sur l'équipollence des situations, celle-ci nécessite d'établir si la situation entre celui qui se prétend victime de l'inégalité est équipollente à celle du comparateur qui bénéficie de la faveur. Cette seconde comparaison est au cœur des débats³. Elle permet d'établir si les deux situations comparées devaient être ou non traitées de manière identique.

326. Les développements précédents valent également pour les règles de non-discrimination. En effet, lorsque les juges recourent à la comparaison, en la matière, ils n'analysent pas tant la défaveur –si bien, d'ailleurs, qu'être discriminé constitue en soi un préjudice⁴ – que la distinction opérée, soit pour déterminer l'existence du recours à un critère prohibé, soit pour la confronter au résultat d'une distinction opérée sur le fondement d'un critère prohibé. Particulièrement, en matière de discrimination indirecte, c'est ce travail de comparaison entre le résultat de la distinction litigieuse et celui que produirait la distinction discriminatoire alléguée qui permet d'établir si la distinction opérée s'analyse, au vu de la proximité de ces résultats, comme discriminatoire.

¹ Voir Soc. 9 juin 1982, n° 81-40.347, Bull. civ. V, n° 381. Il s'agissait en l'espèce de salariés qui invoquaient la discrimination sexuelle, mais ne faisait qu'alléguer de la différence de rémunération entre salariés travaillant dans deux usines d'une même société, quel que fût leur sexe...

² Par exemple, doit être cassée pour manque de base légale la décision qui se détermine « (...) sans se livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions, des responsabilités de la demanderesse avec celles des autres membres du comité de direction, et sans rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées étaient de valeur égale (...) », cf. Soc. 11 juillet 2007, n°06-41.742.

³ V. Martenet souligne que « si le juge de l'égalité estime d'emblée que les personnes ou les groupes de personnes faisant l'objet de la comparaison se trouvent en réalité dans des situations qui ne sont pas comparables ou que les activités ou les choses mises en parallèle ne sont pas comparables, il est censé conclure à l'inapplicabilité de l'inégalité dans le cas d'espèce », cf. *Géométries de l'égalité*, Bruylant, 2003, p. 12.

⁴ CJCE 2 août 1993, aff. C-271-91, *Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, D. 1993. IR. 204.

327. La seconde comparaison est donc celle qui concentre les efforts méthodologiques et l'œuvre jurisprudentielle comme juridictionnelle. Elle concentre l'essentiel des débats entre les parties au procès, débats d'autant plus nourris que la répartition de la charge de la preuve a été aménagée¹. D'une manière générale, l'analyse d'une comparaison suppose d'en discuter à la fois la méthode et le cadre (unités et périmètres de comparaison). Or, la comparaison ici étudiée est soumise à différentes méthodes, qu'il convient donc, dans un premier temps, de recenser et d'expliquer (§1) avant, de s'attacher dans un second temps à en identifier les cadres (§2).

PARAGRAPHE 1 : LES MÉTHODES DE L'ÉQUIPOLLENCE

328. Les choix, les évolutions et les diversifications des méthodes de détermination d'une équipollence, déterminent les contours des débats juridictionnels sur le travail de comparaison. Ils ont été largement influencés par les modifications du régime probatoire dans l'application des règles étudiées. L'intérêt porté au régime probatoire se justifie également au regard du dialogue des juges.

À la suite de la jurisprudence de la C.J.U.E.², le législateur communautaire est venu imposer un aménagement de la charge de la preuve, en particulier en matière de non-discrimination sexuelle³. Une telle réforme vise à aider les victimes de discrimination à surmonter l'obstacle, jusqu'alors trop souvent insurmontable, de la preuve de la discrimination. Ce réaménagement prend notamment acte que le pouvoir doit s'expliquer⁴, ce qui implique de ne pas laisser l'entier fardeau de la preuve uniquement à la charge de la victime – dimension reconnue depuis longtemps en droit du travail français et, précisément,

¹. cf. Soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.359. Voir X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *S.S.L.* 2007, n°1312, p.7.

² C.J.C.E. 13 mai 1986, *Bilka - Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84 *Rec.1986 page 1607, point 31*; C.J.C.E. (sixième chambre) 27 juin 1990, *Maria Kowalska contre Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-33/89, *Rec.1990 page I-2591, point 16*; C.J.C.E. (sixième chambre) du 7 février 1991, *Helga Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-184/89, *Rec. 1991 page I-297, point 15*.

³ Directive 97/81/C.E. du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (*JO* 1998, L 14, p. 9).

⁴ Voir sur l'obligation de transparence, cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1.

exprimé dans le régime singulier de la preuve en cette matière¹. Ainsi, le demandeur qui se prétend victime d'une discrimination doit apporter la preuve de faits susceptibles permettant de caractériser une discrimination. Une fois ces faits établis, l'employeur doit se justifier. La comparaison est principalement mobilisée au moment de l'appréciation des allégations de la victime. En outre, il convient de souligner que ce changement introduit par le réaménagement de la charge de la preuve modifie, à son tour, la méthodologie comparative. Un tel changement ouvre en vérité des possibilités nouvelles en la matière. En effet, puisqu'il ne s'agit plus d'apporter la preuve irréfutable de la discrimination mais, plus modestement, des faits qui permettent de suspecter une telle discrimination, il est possible de recourir à des méthodes de comparaisons plus souples. Cette évolution initiée par le droit communautaire a également influencé les autres juridictions étudiées.

329. S'agissant de la C.E.D.H., son contrôle pourrait bien suivre cette orientation depuis qu'elle applique la discrimination indirecte², soumise au même réaménagement de la charge de la preuve.

330. La chambre sociale de la Cour de cassation, quant à elle, s'est d'ores et déjà montrée particulièrement réceptive. Non seulement elle s'est emparée de la nouvelle répartition de la charge de la preuve avant même que la transposition législative nationale n'ait été applicable aux espèces qu'elle a eu à connaître³, mais elle a également, à l'image du législateur, étendu ce régime à l'ensemble des critères antidiscriminatoires, y compris ceux qui ne relèvent pas de la liste communautaire⁴ et, même, au principe d'égalité de traitement⁵, lui aussi absent des dispositions communautaires régissant le réaménagement de la charge de la preuve⁶. Le dialogue des juges montre alors plus qu'un simple transfert de technologies juridiques : il va jusqu'à permettre une généralisation de leur application.

¹ Voir par exemple R. Pautrat, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement », *D.* 1994, chron. p.337.

² Voir *supra*.

³ Voir chapitre droit social

⁴ Voir par exemple en matière de discrimination syndicale, cf. Soc. 28 mars 2000 Bull. civ. V, n° 126, *R.J.S.* 2000, p.350, n° 498 (2^e esp.); *Dr. Soc.* 2000 p. 593, note M. T. Lanquetin.

⁵ Sur le fondement de l'article 1315 du Code civil.

⁶ Le juge judiciaire dépasse alors son office de juge communautaire de droit commun.

331. Enfin, la jurisprudence du Conseil d'État aurait pu sembler être accueillante pour ce nouveau régime probatoire. En effet, dans la jurisprudence *Barel*¹, le Conseil d'État s'est montré plus souple que d'ordinaire quant aux éléments de preuve avancés par la victime. Il faut noter la démarche, importante, prise par le juge administratif dans l'arrêt *Barel* : il s'agissait de cinq personnes à qui l'on avait refusé de pouvoir passer le concours d'entrée à l'E.N.A. en raison de leurs opinions politiques. Au cours de la procédure contentieuse le gouvernement s'était bien gardé de faire connaître au juge le critère de ses décisions et avait refusé de lui transmettre les dossiers constitués au sujet de ces candidatures. Le Conseil d'État a estimé que le critère considéré par les candidats devait être regardé comme établi. En effet, différents indices (notamment des fuites dans la presse), permettaient de conclure que le critère fondant ces refus tenait aux convictions politiques de ces étudiants et leur appartenance vraie ou supposée au parti communiste. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Letourneur dans ses conclusions « *rapproché des présomptions très fortes fournies par les requérants, le silence du ministre ne peut s'interpréter que comme un aveu formel de l'exactitude de l'affirmation des intéressés selon laquelle le critère de leur exclusion est un critère politique* »², la juridiction administrative reconnaît la discrimination³ en raison des opinions politiques de l'impétrant, faute pour l'administration d'avoir répondu aux éléments avancés par la victime⁴. Si la jurisprudence *Barel* fait autorité, les circonstances particulières de l'espèce, qui ont permis de rendre plus que vraisemblable la discrimination fondée sur les opinions politiques, limitent d'autant sa portée.

¹ A propos de cette jurisprudence voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1.

² Voir les louanges de C. Eisenmann rendu au commissaire du gouvernement dans le commentaire de l'arrêt C.E. ass., 28 mai 1954, *Barel*, cf. *R.P.D.A.* 1954 p.149, note Eisenmann. On voit une prémisse de l'aménagement de la charge de la preuve que le droit communautaire a introduite en droit interne, en droit privé.

³ Plus précisément à la rupture d'égalité devant les emplois publics.

⁴ Il n'est toutefois pas certain qu'un tel réaménagement soit encore reçu par les juges administratifs. Ainsi, de manière assez étonnante après la jurisprudence *Barel*, une Cour administrative d'appel de Versailles a décidé dans un arrêt du 29 décembre 2009 que des « *faits suffisamment circonstanciés de discrimination fondés sur le sexe avancé par une requérante et non sérieusement contestés par le défendeur conduisent la cour à ordonner un supplément d'instruction afin de demander à l'administration de produire tous éléments permettant d'établir que les faits allégués sont exempts d'une telle discrimination* », refusant de prononcer la condamnation pour discrimination à partir du constat de la défaillance de l'administration à se justifier ; cf. C.A.A. Versailles, 29 décembre 2009, *A.J.D.A.*2010, p.742.

Toutefois, le Conseil, dans une affaire relative à une discrimination syndicale¹, a expressément écarté le régime probatoire communautaire² en ces termes :

« (...) l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux États membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction. Or tel est l'office du juge administratif en droit public français. Par conséquent, les dispositions de l'article sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative (...) ».

Néanmoins, la juridiction administrative tempère son rejet et opère une conciliation entre le régime probatoire communautaire et son pouvoir inquisitoire :

« (...) le juge, lors de la contestation d'une décision dont il est soutenu qu'elle serait empreinte de discrimination, doit attendre du requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe. Il incombe alors au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires. En cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile (...) ».

L'enjeu des arrêts du Conseil d'État est alors de savoir quelle utilisation les juges administratifs feront de leur pouvoir inquisitoire, notamment s'il servira à alléger la charge de la preuve qui pèse sur la victime, se conformant ainsi au droit communautaire.

Il convient d'ajouter, avant de conclure sur ce point, que, dans ce régime probatoire, le pouvoir contrôlé conserve l'entière possibilité de contester le caractère suspect ainsi démontré par la victime, comme la méthode employée³. Ainsi, la méthodologie comparative est un

¹ C.E. Ass. 30 octobre 2009, req. n°298348, précité

² Stricto sensu, le régime communautaire ne s'applique qu'aux critères définis comme discriminatoires par les textes du droit de l'Union européenne. Or, la discrimination syndicale ne figure pas parmi ces critères. Toutefois, le législateur français lors de la transposition du droit communautaire a étendu le régime probatoire à l'ensemble des critères de la liste (législative) nationale, y compris ceux qui n'appartiennent pas à la liste communautaire.

³ Sur ce débat, voir X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », S.S.L. 2007, p 1312.

élément essentiel du débat juridictionnel entre les parties au procès. Le demandeur doit apporter des éléments probants qui permettent de suspecter la discrimination ou l'inégalité et s'appuyer sur une méthodologie suffisamment rigoureuse à cet égard. Le défendeur peut contester les éléments apportés comme la méthodologie employée en vue de proposer une comparaison alternative. Enfin, le juge doit apprécier la pertinence de chaque comparaison proposée, c'est-à-dire déterminer certaines exigences méthodologiques minimales, afin d'en retenir les résultats ou les rejeter.

332. S'agissant d'une classification des méthodes de comparaison, nous nous inspirons de celle de John Stuart Mill, qui, encore aujourd'hui, fait autorité¹. Il a identifié cinq types de méthodes comparatives : la méthode de concordance, la méthode de différence, la méthode unie de concordance et de différence ou méthode « indirecte de différence », la méthode des résidus et, enfin, la méthode des variations concomitantes. Ces méthodes sont essentiellement inductives, induction définie comme l'opération par laquelle l'esprit part des faits particuliers pour s'élever à une loi générale. Il existe d'autres démarches², notamment la méthode « hypothético-déductive », qui n'est pas irréductiblement opposée à la première, et qui consiste à formuler une hypothèse afin d'en déduire des conséquences observables permettant d'en déterminer la validité.

Du point de vue méthodologique, la comparaison au sein de l'égalité qui vise pour l'essentiel à établir l'équipollence des situations, s'appuie essentiellement sur la *méthode de concordance*.

Celle-ci consiste, selon John Stuart Mill, à comparer les différents cas dans lesquels un même phénomène se présente. Ce type de comparaison a été affiné par la suite³ jusqu'aux cas « très similaires ». Il s'agit alors de comparer des systèmes assez proches mais qui divergent quant au facteur examiné. En l'occurrence, le juge, après avoir constaté la défaveur, doit déterminer si, entre les deux situations qui lui sont soumises, toutes choses sont égales par ailleurs. À titre d'illustration, un salarié qui se plaint d'être moins bien payé qu'un autre doit

¹ Voir J.S. Mill, *A system of logic*, Harper & Row Publishers, New York, 1843; version française: *système de logique*, P. Mardaga, coll. Philosophie et langage, Paris, 1988.

² Pour une critique de l'inductivisme, voir K.R Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, Paris, 1973.

³ A. Przeworski et H. Teune, *The logic of comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970.

établir la différence de rémunération¹ avec un autre salarié, dont la situation est par ailleurs identique, voire simplement similaire². Cette condition suppose d'identifier, parmi les éléments factuels, ce qui est commun aux deux situations. Tous les éléments de fait ne sont pas pertinents à cet égard : le juge doit déterminer quels éléments doivent être retenus pour déterminer l'équipollence. Ainsi, la C.J.U.E., en matière de discrimination sexuelle, reconnaît ce pouvoir aux juges nationaux qui peuvent exclure de la comparaison le fait que les femmes soient à temps partiel et les hommes à temps complet : « *Il appartient à la juridiction nationale, seule compétente pour apprécier les faits, de déterminer si, compte tenu d'éléments factuels relatifs à la nature des travaux effectués et aux conditions dans lesquelles ils sont effectués, un travail de même valeur que celui accompli par M^{me} Nikoloudi existe au sein de l'OTE, et ceci, sans nécessairement tenir compte de l'horaire selon lequel le travail est accompli* »³. De même, la chambre sociale indique : « *Les prestations fournies au sein de la FACO en matière de droit administratif respectivement par le professeur chargé du cours magistral et la chargée de travaux dirigés n'étaient pas comparables* »⁴. La méthode de concordance repose sur le fait que les facteurs similaires retenus dans la comparaison ne permettent pas d'expliquer la différence, la défaveur⁵, qui apparaît, par voie de conséquence, comme arbitraire. La question est alors de savoir comment le juge établit non pas l'identité, mais l'équipollence entre les deux situations pour affirmer qu'elles sont similaires au point qu'elles doivent être traitées de manière identique. La réponse varie selon la place accordée par le juge à la catégorisation juridique. En effet, le juge peut appréhender les situations soit au travers des catégorisations abstraites du droit, soit, au contraire, se fonder sur les éléments de fait. La première position est dite formaliste (I). Par ailleurs, en matière de règles de non-discrimination, les juges cherchent à découvrir si une discrimination est à l'œuvre dans l'acte

¹ Ce qui n'est pas toujours évident, car les données salariales sont confidentielles. Les représentants des salariés ne peuvent avoir accès à ces informations nominatives. Par contre, l'inspecteur du travail peut consulter ces informations, en vertu de son accès aux documents, cf. L.8113-4 et suivants et D.8113-2 et suivants du Code du travail.

² L'ensemble des juridictions n'exige pas une parfaite identité entre les situations, ce qui viderait l'égalité de sa substance, cf. A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *R.D.T.* 2006 p. 16. L'équipollence suppose donc une certaine relativité mieux exprimée par le terme de similarité.

³ C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Aff. C-196/02, *Rec. 2005 page I-1789*.

⁴ Soc. 16 octobre 2001, n° 00-40.775.

⁵ Voir C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*, op.cit, p. 160.

ou le traitement qui est soumis à leur contrôle. La révélation du phénomène discriminatoire ne se réduit pas à la méthode de concordance. Les juges ont alors recours à des méthodes alternatives (II).

I. LA MÉTHODE DE CONCORDANCE : L’AFFIRMATION DE L’ÉQUIPOLLENCE

333. La détermination de l'équipollence peut être établie soit par référence aux catégories juridiques, soit par appréhension des situations concrètes. L'une des illustrations les plus patentes de la première démarche est celle de la carrière dans la fonction publique (A). La seconde démarche, plus concrète, est dite matérielle. Nous retiendrons à ce titre l'exemple du travail de valeur égal, qui constitue par ailleurs un espace de dialogue entre la C.J.U.E. et la chambre sociale de la Cour de cassation (B).

A. LA MÉTHODE FORMALISTE : L’EXEMPLE DE LA CARRIÈRE DANS LA FONCTION PUBLIQUE

334. En droit public, la différence peut être le fruit d'une norme supérieure, notamment la loi pour l'autorité administrative, d'une différence de situation ou d'une nécessité d'intérêt général¹. En matière de déroulement de carrière dans la fonction publique, l'égalité n'est applicable² qu'aux agents appartenant à un même corps³. Certains arrêts vont même jusqu'à qualifier ce principe de principe général du droit⁴, étant précisé que cette règle dégagée par la jurisprudence est induite de la rédaction même des lois en la matière⁵ qui disposent dans les mêmes termes que les corps et cadres d'emplois « *groupent les fonctionnaires soumis au même statut particulier et ayant vocation aux mêmes grades* ». Ce principe s'applique à différentes conditions statutaires du déroulement de la carrière : classement hiérarchique et

¹ C.E. Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Lebon p. 274 et C.const. 79-107 D.C. - 12 juillet 1979 - Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.* du 13 juillet 1979.

² « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », Alexis Zarca, *A.J.F.P.* 2005 p. 10.

³ C.E. 6 juin 1956, Sieur Meyer et autres, Lebon p. 225 ; C.E. Ass. 28 janvier 2002, M. Chaumet, *A.J.F.P.* 2002-6, p. 47.

⁴ cf. C.E. 3 avril 1957, Sieur Milliard et autres, Lebon p. 232 ; C.E. 14 janvier 1991, Mouchoux, n° 86891.

⁵ Loi du 11 janvier 1984, art. 29, al. 2 ; loi du 26 janvier 1984, art. 4, al. 3, et 48, al. 2 ; loi du 9 janvier 1986, art. 4, al. 3

échelonnement indiciaire¹, règles de détachement², d'affectation³ ou encore d'avancement⁴. L'équipollence entre agents publics de la fonction publique ne peut donc être recherchée qu'au sein d'un même corps. En ce sens, le Conseil d'État affirme « *qu'aucune disposition législative et réglementaire ni aucun principe général du droit n'exigent que des avantages équivalents soient accordés aux fonctionnaires appartenant à des corps ou cadres différents d'une même administration* »⁵, solution étendue aux corps « *procédant d'un recrutement commun* »⁶, aux « *corps ayant une même origine* » (au sens qu'ils résulteraient de la scission d'un seul corps)⁷, ou à des corps qui « *relèvent de la même catégorie hiérarchique* »⁸. En somme, l'administration est libre d'appliquer un traitement identique ou différent à des fonctionnaires de corps différents.

Le Conseil d'État consacre alors une méthode formaliste. Ce qualificatif entend mettre l'accent sur la volonté du juge administratif de se soumettre aux cadres définis par le législateur. Une telle méthode se fonde sur le formalisme, qui peut être défini comme le respect des formes, de la règle, dans les idées et dans les actes⁹. La comparaison est alors circonscrite par les catégories juridiques elles-mêmes. Ainsi, la catégorie juridique de corps de la fonction publique est le seul cadre de comparaison en matière de déroulement de carrière dans la fonction publique. La démarche est formaliste, car elle réside exclusivement sur la notion de corps et sur l'appartenance des agents au même corps. La haute juridiction administrative refuse toute comparaison entre agents de corps différents, ce qu'elle établit de manière très générale :

¹ C.E. 12 juillet 1995, Synd. nat. Puéricultrices, *Rec.* p. 884 ; C.E. 13 janvier 1999, Mme Garban et autres, n° 187629, *Lebon tables* p. 607.

² C.E. 22 février 1978, Syndicat national des personnels administratifs des services extérieurs du ministère de l'Agriculture, n° 97934.

³ C.E. 10 novembre 1978, Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction, *Lebon* p. 440.

⁴ C.E. 8 février 1999, Syndicat PTT-75 de la confédération nationale du travail, n° 180058 ; C.E. 1er février 1999, Montfeuillard, n° 177838.

⁵ C.E. 17 janvier 1964, Sieur Bigay, *Lebon tables* p. 917 ; A.J.D.A. 1964, p. 387, note V. S. ; C.E. 24 mars 1999, Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales, *Lebon tables* p. 839.

⁶ C.E. 17 janvier 1964, Sieur Bigay, *ibid*

⁷ C.E. 22 février 1978, Syndicat national des personnels administratifs des services extérieurs du ministère de l'Agriculture, *préc.*

⁸ C.E. 10 novembre 1978, Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction, *préc.*

⁹ Voir la définition donnée par le trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

« ... si le principe de l'égalité de traitement s'applique aux agents appartenant à un même corps, il n'impose pas que des corps de fonctionnaires, même présentant entre eux des analogies, soient soumis à des règles uniformes... »¹.

La solution retenue est la même lorsque des agents de corps différents ont été, les uns et les autres, intégrés dans un même corps nouvellement constitué : l'ancienne appartenance à des corps différents interdit d'invoquer le principe d'égalité pour contester la différenciation des conditions de classement indiciaire dans le nouveau corps². Il en va encore de même lors de l'intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale d'agents « appartenant à des corps, cadres d'emplois et emplois différents »³.

Ainsi, le Conseil d'État fait seulement référence à l'appartenance à une catégorie juridique, en l'occurrence un corps, et non à la comparaison des situations d'emplois et de travail des agents⁴. En effet, il arrive que des fonctionnaires de corps différents soient amenés à travailler ensemble et effectuent des tâches similaires, voire identiques. Même dans de telles circonstances, le Conseil d'État fait une stricte application du principe dégagé : « *considérant que le principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires ne s'applique qu'entre des agents appartenant à un même corps ; que le respect de ce principe n'oblige donc pas le*

¹ C.E. 25 mars 1977, Association générale des attachés d'administration centrale, Lebon tables p. 865. Dans le même sens : C.E. 20 juillet 1971, Section de la préfecture de police de l'association générale des administrateurs civils, Lebon p. 542 ; C.E. 30 mars 1973, Association générale des administrateurs de la préfecture de Paris, Lebon p. 267. De même lorsque des agents de corps différents ont été, les uns et les autres, intégrés dans un même corps nouvellement constitué, l'ancienne appartenance à des corps différents interdit d'invoquer le principe d'égalité pour contester la différenciation des conditions de classement indiciaire dans le nouveau corps, cf. C.E. 17 janvier 1973, *Sieur Gues*, Lebon p. 40 ; C.E. 3 octobre 1986, *Mercillon*, n° 62941 ; C.E. 3 décembre 1993, *Syndicat national des ingénieurs du génie sanitaire*, n° 115995. Il en va de même lors de l'intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale d'agents « appartenant à des corps, cadres d'emplois et emplois différents » : C.E. ass. 27 octobre 1995, *Michon et autres*, Lebon p. 370 ; C.E. 11 juillet 2001, *M. Rosenstiehl*, n° 194354. C.E. 16 mai 1962, *Dame Boyer*, Lebon p. 329 ; *A.J.D.A.* 1962, p. 631, obs. V. S. Voir plus récemment, C.E. 21 mai 2008, *Req. n°293567*. Voir enfin *L. Cluzel-Métayer*, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *R.F.D.A.* 2010 p. 309.

² cf. C.E. 16 mai 1962, *Sieur Lasserre*, *A.J.D.A.* 1962, p. 632, obs. V. S. ; C.E. 17 janvier 1973, *Sieur Gues*, Lebon p. 40 ; C.E. 3 octobre 1986, *Mercillon*, n° 62941 ; C.E. 3 décembre 1993, *Syndicat national des ingénieurs du génie sanitaire*, n° 115995.

³ : C.E. ass. 27 octobre 1995, *Michon et autres*, Lebon p. 370 ; C.E. 11 juillet 2001, *M. Rosenstiehl*, N° 194354. C.E. 16 mai 1962, *Dame Boyer*, Lebon p. 329 ; *A.J.D.A.* 1962, p. 631, obs. V. S.

⁴ Pour une critique de cette jurisprudence, voir « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *Alexis Zarca*, *Op.cit.*

gouvernement à réserver aux fonctionnaires appartenant à plusieurs corps, dont la suppression a été décidée, un égal accès au nouveau corps de fonctionnaires »¹.

La comparaison est donc guidée par la notion juridique de corps et non la comparaison des tâches et travaux respectifs des agents. Dès lors, le contrôle sur le fondement du principe d'égalité se confond quasiment avec le contrôle de légalité, car il suppose non seulement de vérifier la compétence de l'autorité administrative, qui en l'occurrence doit mettre en œuvre la loi - le statut de la fonction publique²-, mais également le contrôle de qualification. La méthode de comparaison est alors réductible au travail de définition des catégories juridiques et à leur application aux faits, en l'occurrence constater que les agents appartiennent à des corps différents. Cette méthode consiste pour l'essentiel à une opération de qualification juridique³. L'approche est formaliste, dans la mesure où le principe d'égalité ne permet pas de transcender la division en corps. Elle demeure respectueuse de la catégorisation définie par le législateur.

Néanmoins, la jurisprudence administrative n'a pas étendu la « logique de corps » à l'ensemble du droit de la fonction publique. La comparaison entre agents n'est pas systématiquement enfermée dans ce cadre de comparaison et le Conseil d'État admet la comparaison au-delà des corps en certaines matières. À titre d'illustration, en matière indemnitaire, les conditions ne sont pas fixées par le statut de la fonction publique, si bien que, par leur objet même, ces indemnités peuvent être attribuées de manière égale à des agents de corps différents⁴.

335. Une démarche similaire à celle du juge administratif se retrouve dans la jurisprudence de la chambre sociale. En effet, lorsque les juges du fond doivent assurer le respect de la loi,

¹ Voir par exemple C.E. 11 octobre 1967, Sieur Darpoux, *A.J.D.A.* 1967, p. 303, obs. V. S.

² Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

³ S. Frossard, « Discriminations au travail : aperçus de droit comparé franco-québécois », in F. Guiomard et S. Robin-Olivier, *Diversité et discrimination raciales - une perspective transatlantique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2009.

⁴ Voir par exemple, faisant une telle application du principe d'égalité, C.E. 30 mars 1990, Aubert, n° 100088 (indemnité de logement des agents de l'État exerçant dans les TOM, légalement différenciée selon divers critères tirés notamment du montant du traitement perçu et du coût du loyer) ; C.E. 29 juillet 1994, Mme Rizzi, Lebon tables p. 761 (indemnité de résidence des personnels de l'État, légalement différenciée selon que ceux-ci sont affectés en métropole ou à l'étranger) ; C.E. 30 juillet 2003, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, n° 242095 (prime d'installation pour une première affectation, légalement différenciée selon que celle-ci a lieu en métropole ou dans un DOM).

le contrôle de l'exigence d'égalité se confond avec le contrôle de légalité. Ainsi, les distinctions opérées par l'employeur en application de la loi sont de ce seul fait justifiées. Le détenteur du pouvoir patronal n'a pas à apporter d'autres justifications que celui du respect de la loi. Par exemple, la chambre sociale admet la différence de traitement entre les salariés qui bénéficient du maintien des avantages individuels acquis suite à la mise en cause d'une convention collective et ceux qui ne jouissent pas d'un tel maintien, mais qui accomplissent des tâches identiques aux premiers pour le compte du même employeur. Cette différence de traitement découle directement du régime légal de la mise en cause. En revanche, l'employeur, comme les interlocuteurs sociaux devront justifier les distinctions opérées dans les normes unilatérales ou les accords collectifs, même lorsque celles-ci ne font que reprendre une différence opérée par ailleurs par le législateur¹. Ainsi, la distinction entre cadre et non-cadres utilisée fréquemment par le législateur en matière de temps de travail, ne justifie pas en soi que les signataires d'un accord collectif puissent réserver un avantage en matière de congés aux seuls cadres et excluent les non-cadres².

Cette méthode formaliste s'explique essentiellement par l'habilitation³ donnée à l'administration qui a alors pour fonction de mettre en œuvre la loi. Elle doit en conséquence respecter les prescriptions et les catégories législatives. En revanche, lorsque la loi est silencieuse, comme en matière indemnitaire dans la fonction publique, l'action de l'administration n'est plus conditionnée par la catégorisation édictée par le législateur. La méthode formaliste vise essentiellement le respect de la norme supérieure. Une telle approche ne se retrouve que plus rarement dans les jurisprudences européennes, car les normes dont elles ont à assurer le respect sont des normes supérieures dont la primauté est affirmée⁴.

336. La méthode matérielle est le terrain privilégié d'un dialogue entre les juridictions. Celui-ci est particulièrement mis en évidence à propos de l'équipollence du travail.

¹ Sur ce distinguo voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, conclusion.

² Soc. 1er juillet 2009 précité.

³ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.

⁴ Sur la primauté du droit de l'Union européenne, cf. notamment C.J.C.E. 15 juillet 1964, Costa/ENEL, affaire 6/64 ; C.J.C.E. 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, *Rec.* p. 1125 ; C.J.C.E. 9 mars 1978, Simmental, 106/77, *Rec.* p. 629.

B. LA MÉTHODE MATÉRIELLE¹ : L'EXEMPLE DU TRAVAIL DE VALEUR ÉGAL

337. Le travail de valeur égale est un espace privilégié du dialogue entre les juridictions, singulièrement entre la C.J.U.E. et la chambre sociale de la Cour de cassation². En effet, le travail de valeur égale est le facteur prépondérant de la révélation de la discrimination sexuelle, mise en œuvre par les deux juridictions. C'est également l'un des composants du principe « à travail égal, salaire égal », découvert par la chambre sociale. L'énoncé de cette règle est éloquent : les juridictions ne recherchent plus un travail en tout point identique, mais un travail de valeur égale. Cette comparaison ne suppose pas de vérifier une parfaite identité entre les deux situations de la victime et du comparateur, mais d'apprécier si les travaux de l'un et de l'autre sont qualitativement équipollents.

338. L'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation permet de mettre en exergue l'influence du dialogue des juges en la matière. En effet, dans un premier temps³, une opposition existait entre la chambre criminelle et la chambre sociale de la Cour de cassation, la première se montrant plus audacieuse dans l'élaboration d'une méthodologie comparative qui permettait d'établir l'existence d'une discrimination⁴. Ainsi, la

¹ Cette expression est directement inspirée du vocabulaire communautaire. En particulier la C.J.C.E. dans son arrêt C.J.C.E. 17 juillet 1963, République italienne contre Commission de la Communauté Économique Européenne, Aff. 13/63, Rec. 1963 P. 337 PRECISE : « *le traitement différent de situations non similaires ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination, une apparence de discrimination formelle pouvant correspondre en fait à une absence de discrimination matérielle. La discrimination matérielle peut consister non seulement dans le fait de traiter de manière différente des situations similaires, mais aussi dans le fait de traiter de manière identique des situations non similaires* » (c'est nous qui soulignons). Le terme « matériel » renvoi alors à la situation concrète.

² Nous nous intéresserons essentiellement aux jurisprudences de la C.J.U.E. et de la chambre sociale. En effet, le Conseil constitutionnel ne connaît pas de décision relative au travail de valeur égale, tout comme la C.E.D.H. Le Conseil d'État a eu à appliquer dans une série d'arrêts l'article L.140-2 du Code du travail (ancienne codification) relatif à la discrimination sexuelle, qui fait référence au travail égal. En particulier, la jurisprudence relative au décret n° 46-1433 du 14 juin 1946 modifié notamment par le décret n° 60-1143 du 25 octobre 1960 applicable aux personnels des exploitations minières et assimilées dont les avantages relatifs au logement et au chauffages distingue selon le statut matrimonial des travailleurs : « *Considérant que le principe "à travail égal, salaire égal", ne fait pas obstacle à l'instauration au profit de salariés d'un avantage déterminé par un critère indépendant du travail fourni, notamment par la situation de famille ; que, par suite, l'attribution par le décret dont la légalité est contestée d'avantages aux "chefs de famille" ne méconnaît pas le principe susénoncé* », cf. C.E. 29 novembre 1999, n° 197737, C.E. 5 octobre 1998, n° 194815, C.E. 8 juillet 1998, n° 191812, Rec., n°191813, n°191814, n°191815, n°191816 ; sur la censure du premier arrêté, en tant que constituant une discrimination sexuelle, cf. C.E. 14 octobre 1987, n° 62948 et C.E. 11 juillet 1982, n°16610 et n°18745.

³ Avant les années 1990.

⁴ Le principe d'égalité de traitement ne sera découvert qu'à compter de 1996 avec l'arrêt Ponsolle, cf. supra.

chambre criminelle, dans un arrêt *Marcoux* du 22 juin 1977¹, estimait déjà qu'est discriminatoire le versement d'une prime d'assiduité aux seuls hommes de l'entreprise (tricoteurs), au prétexte que leurs travaux avaient plus de retentissement sur la marche de l'entreprise que celui des femmes (plieuses et repasseuses). La Cour de cassation approuvait dans cette affaire les juges du fond d'avoir constaté que le travail des hommes n'était pas plus indispensable que celui des femmes et d'avoir en conséquence condamné l'employeur. La chambre criminelle incitait donc à porter une appréciation sur les faits qui relèvent plus de l'évaluation que de la simple constatation. La chambre sociale, au contraire, adoptait alors une méthode formaliste limitée au respect de la législation sur le salaire de base et des minima conventionnels.

À titre d'illustration, dans un arrêt du 7 octobre 1982², la Cour de cassation approuvait un arrêt de cour d'appel en ces termes : *« l'article 9 de la convention collective applicable garantissait un salaire minimum pour chacune des catégories d'emploi et constate que les demanderesses n'avaient pas bénéficié de l'intégralité des augmentations des salaires minima fixés par les avenants à la convention, bien que ceux-ci eussent été normalement appliqués aux hommes occupant des emplois de même catégorie et y effectuant le même travail »*³.

Il apparaît clairement dans cette décision que la chambre sociale se contente, par le biais de la non-discrimination sexuelle, de faire respecter les classifications conventionnelles. La jurisprudence de cette chambre portait alors la marque d'une méthode formaliste, essentiellement fondée sur le respect de la convention collective et des catégories forgées par

¹ M.-T. Lanquetin, C. Pettiti et C. Sutter, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Bruylant, 1994.

² Soc. 7 octobre 1982, SA Galeries Lafayette c/ Mme Rouquette, req. n° 80-40.068, Bull. civ. V, n° 537

³ C'est nous qui soulignons. Dans un autre arrêt du Soc. 18 mars 1981, req. n° 79-41547, Bull. civ. V, n° 229 : *« mais attendu qu'appréciant la valeur et la portée des éléments de la cause, particulièrement ceux résultant du rapport d'expertise, l'arrêt confirmatif attaqué a constaté, d'une part, ce qui n'était pas contesté, que dame y... avait toujours touché un salaire supérieur au salaire minimum garanti de la catégorie des op1, à laquelle elle appartenait, et d'autre part, que si d'autres op1, employés comme manœuvres ou appelés à manipuler régulièrement des poids lourds, recevaient un salaire supérieur à celui qui lui était différence n'était pas fondée sur son sexe, mais tenait au fait que leur travail était beaucoup plus pénible et n'avait rien de commun avec celui de dame y..., monteuse en accessoires, qui travaillait assise ; que la cour d'appel en a déduit que la demande de dame Marty x... sur la violation de l'article 1140-2 du Code du travail, relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'était pas fondée ; d'où il suit qu'en toutes ses branches le moyen est dénué de fondement »*. La démarche en deux temps, montre bien la focalisation des juges de la Cour de cassation sur la classification conventionnelle, qui rend plus difficile la preuve de la discrimination.

les interlocuteurs sociaux. Toutefois, la position de la chambre sociale a ensuite évolué vers un contrôle plus souple et comprenant deux temps. Le premier consiste en la vérification de l'appartenance à la même catégorie. Dans un second temps, les juges vérifient si les tâches accomplies sont identiques. Évidemment, cette seconde étape ouvre très sensiblement la possibilité pour l'employeur, qui cherche à justifier une différence de traitement, de pouvoir apporter des éléments qui permettront d'établir des différences entre les deux situations. Mais, précisément, le caractère restrictif de la jurisprudence de la chambre sociale au regard de la non-discrimination explique le désaveu par la C.J.U.E. Dans cette dernière affaire, la juridiction française avait admis comme non discriminatoire en raison du sexe la distinction fondée sur la pénibilité du travail¹, qui avantage les hommes affectés aux emplois plus physiques.

La C.J.U.E. a apporté une réponse plus nuancée, en admettant qu'une classification professionnelle prenne en considération l'effort ou la fatigue musculaire et le caractère physiquement pénible du travail, mais uniquement « *si compte tenu de la nature des tâches, le travail à accomplir exige effectivement un certain développement de force physique, à condition que par la prise en considération d'autres critères, il parvienne à exclure, dans son ensemble, toute discrimination fondée sur le sexe* »². La chambre sociale admet de manière générale comme non discriminatoire le recours au critère de la pénibilité, là où la juridiction communautaire impose de vérifier concrètement si le recours à un tel critère est pertinent et s'il ne revient pas en fait à discriminer les femmes.

339. Néanmoins, sous l'influence communautaire, la chambre sociale va faire évoluer sa jurisprudence. Cette évolution a d'abord été rendue possible par l'abandon de la doctrine dite de « l'employeur seul juge »³. En effet, les règles de non-discrimination comme le principe d'égalité de traitement supposent un encadrement de la décision de gestion, dont l'autonomie ne serait être absolue.

¹ Soc. 18 mars 1981, n° 79-41.547, Dame Marty, *Ibid.*

² C.J.C.E. 1^{er} juillet 1986, Rummler aff. 237/85, *Rec.* 1986, p. 2101.

³ Sur cette théorie, voir article A. Lyon- Caen, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie. A propos de la modification du contrat de travail » in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004 ; Ph. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. Soc.* 2003, n° 3, p. 276 qui a précisé qu'il faut « *prendre conscience que les relations de travail au sein de l'entreprise sont aussi soumises depuis la loi du 31 décembre 1992, au principe d'égalité devant la loi* ».

La Cour de cassation, à la suite de l'arrêt *Ponsolle* rendu en matière d'application du principe « à travail égal, salaire égal », a semblé initialement admettre largement toute différence de situation avancée par l'employeur pour justifier la différence de traitement, réduisant ainsi considérablement l'efficacité du principe¹. Mais, depuis 2008², elle a renforcé le rôle des juges dans le contrôle du respect du principe d'égalité de traitement. En effet, elle les a autorisés à s'affranchir des catégories légales comme conventionnelles³. La simple évocation d'une différence opérée par la loi, notamment entre fonctionnaires et salariés⁴, ou par la convention collective, en particulier entre cadre et non-cadre⁵, ne saurait, à compter de cette période, suffire à justifier la différence de traitement. Ainsi, le nouveau contrôle des juges judiciaires suppose une méthode de comparaison qui ne saurait être réduite au simple formalisme. Cette nouvelle jurisprudence constitue sans aucun doute un terreau favorable à l'accueil de la jurisprudence communautaire.

340. La C.J.U.E. a conçu la méthode matérielle pour constater l'équipollence du travail dans la comparaison entre les situations de deux travailleurs. Les tâches et les responsabilités assignées aux travailleurs étant rarement en tous points identiques⁶, la C.J.U.E. invite donc les juges nationaux à rechercher si celles-ci correspondent à un travail de même valeur⁷. Dans cette perspective, le constat de l'équipollence ne peut se réduire à l'appartenance à une même catégorie professionnelle, telle que définie par la convention collective. Cette dernière n'est

¹ I.Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008 p. 648.

² Voir chapitre droit du travail.

³ Antérieurement, la question avait déjà été soulevée : cf. T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », *J.C.P.E.* 2006, p.1909.

⁴ M. Poirier, « Egalité de traitement et différence de statut » (I et II), *D.O.* 2009, p. 425 et 491.

⁵ Soc. 1^{er} juillet 2009, précité.

⁶ Voir néanmoins Soc. 19 févr. 1992, n° 88-45.217, dont l'espèce concernait un couple de gardien, dont ni la lettre d'embauche des intéressés, ni le règlement des gardiens d'immeubles applicable ne comportaient la spécification des tâches de chaque conjoint. Les juges du fond ont pu en déduire « *que les époux accomplissaient, en la même qualité, le même travail* ».

⁷ C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.2005 page I-1789*, point 28. Pour ce qui est de l'égalité des rémunérations et au regard du libellé même de l'article 119 du traité ainsi que de la jurisprudence, il convient de constater que le travail pouvant servir de comparaison ne devrait pas être nécessairement le même que celui accompli par la personne qui invoque ledit principe d'égalité à son profit (voir, notamment, arrêts C.J.C.E. 30 mars 2000, JämO, C-236/98, *Rec. p. I-2189*, point 49, et C.J.C.E. 17 septembre 2002, Lawrence e.a., C-320/00, *Rec. p. I-7325*, point 4). Le fait qu'une comparaison soit établie dans le cadre de la directive 76/207 ne changerait en rien cette conclusion.

qu'un indice dans l'analyse des activités concrètement exercées¹ à laquelle le juge national est invité à procéder, démarche que la C.J.U.E. a synthétisée dans l'arrêt *Brunhofer*² :

« Il importe dans ces conditions de vérifier si, compte tenu d'un faisceau d'éléments factuels, tels que la nature des activités effectivement confiées à chacun des travailleurs en cause au principal, les conditions de formation exigées pour leur exercice³ et les conditions de travail dans lesquelles ces activités sont en réalité effectuées, ces derniers exercent en fait un même travail ou un travail comparable »⁴.

341. Ainsi, l'équipollence est déterminée par la méthode du faisceau d'indices, dont l'appréciation est laissée aux juges nationaux⁵. Cette appréciation, qui s'attache à la nature des prestations effectivement accomplies, porte sur des éléments qualitatifs⁶, par exemple le niveau de diplôme. La comparaison est alors essentiellement fonctionnelle⁷. La chambre sociale n'a toutefois jamais clairement imposé l'utilisation de la méthode du faisceau d'indices, se contentant en vérité, avec des conséquences similaires, de renvoyer au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Néanmoins, s'agissant des principaux indices, elle semble avoir fait siens les acquis de la jurisprudence communautaire. Ainsi, impose-t-elle aux juges du fond de rechercher les fonctions réellement exercées⁸. Certaines décisions se

¹ Dans l'arrêt *Brunhofer*, la Cour précise en son point 47 : « En effet, en tant qu'indices, les indications générales figurant dans la convention collective doivent, en tout état de cause, être corroborées par des facteurs précis et concrets déduits des activités effectivement exercées par les travailleurs concernés » : C.J.C.E. *Brunhofer*, du 26 juin 2001, C-381/99.

² *Ibid.*

³ Voir par exemple le refus de comparer les psychologues et psychothérapeutes avec les docteurs diplômés, cf. C.J.C.E. *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, du 11 mai 1999, C-. 309/97, point 17 à 20 ; pour une critique de cet arrêt J. Jacquemain, « Égalité entre travailleurs féminins et masculins », *Journal des tribunaux – Droit européen*, 2000, p. 201 ; au contraire, D. Martin dans sa thèse approuve cette jurisprudence, cf. *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, op. cit.*, p. 153.

⁴ Point 48.

⁵ C.J.C.E. 30 mars 2003, aff. C-236/98, *Jämo*, *Rec.* 2003, p. I-2189, point 48.

⁶ C.J.C.E. 27 mars 1980, *Macarthy*, aff. 129/79.

⁷ O. Kaufmann, « Le droit social comparé », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org/>; M.-T. Lanquetin, « La comparaison entre des fonctions différentes, une démarche préalable à la reconnaissance de la « valeur égale du travail » », *D.O.* 2009. p.135.

⁸ Soc. 2 juin 2004, n° 01-44.449 ; Soc. 23 juin 2004, n° 01-46.818. Des emplois peuvent à l'origine être différents, mais les évolutions techniques peuvent les rendre équipollents ; Soc. 19 décembre 2000, n° 98-43.331 : « (...) l'apport des nouvelles techniques ayant pour effet de rendre les différents postes de travail sur machine d'une *technicité équivalente* » (c'est nous qui soulignons). La C.J.U.E. impose de ne pas s'arrêter à la dénomination différente des emplois pour comparer les fonctions réellement exercées. Ainsi, la C.J.U.E. a été

sont arrêtées sur la condition de formation exigée, notamment celle du diplôme¹, appréciant non l'identité même des formations, mais l'équipollence de leur niveau². La chambre sociale semble aujourd'hui résolument engagée dans la méthode matérielle. Celle-ci est appliquée aussi bien en matière de non-discrimination sexuelle³ qu'à propos du principe d'égalité de traitement⁴. Ainsi, il peut être démontré sur cette base que le dialogue des juges ne sert pas uniquement à la coordination des jurisprudences dans les espaces juridiques communs aux deux juridictions, mais il permet également aux deux juridictions une diffusion au-delà de ces

amenée à comparer les fonctions d'orthophonistes avec celles des pharmaciens dans le Service national de santé au Royaume-Uni (C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health, Aff. C-127/92, *Rec. 1993 page I-5535*) ; les fonctions de sages-femmes comparées à celles d'ingénieur clinique (C.J.C.E. 30 mars 2000 Jämställhetsombudsmannen contre Örebro läns landsting, Aff. C-236/98, *Rec. 2000 page I-2189*) ; les peintres sur machine comparés aux peintres effectuant leur travail à la main (C.J.C.E. 31 mai 1995, aff. 400/93, Royal Copenhagen, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1275).

¹ Voir en particulier Soc. 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-42.107 : « *Attendu qu'au regard de ce principe, la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée ;* », à comparer avec Soc. 17 mars 2010, n° 08-43.088 : « *Attendu qu'ayant constaté que Mme X... avait obtenu un [diplôme] ayant nécessité deux années d'études et que le salarié auquel elle se comparait était titulaire d'un diplôme [...] d'études supérieures obtenu après cinq années de formation, la cour d'appel a pu en déduire que ces diplômes utiles à l'exercice des fonctions occupées, sanctionnant des formations professionnelles de niveaux et durées inégales, constituaient une raison objective et pertinente justifiant la différence de rémunération (...)* »

² Comme le fait observer l'avocat général, M. G. Cosmas, dans ses conclusions, à propos de la formation professionnelle (point 32), « *la formation professionnelle ne constitue pas seulement l'un des facteurs susceptibles de justifier objectivement une différence dans les rémunérations attribuées à des travailleurs effectuant un même travail. Elle figure également au nombre des critères permettant de vérifier si les travailleurs effectuent ou non un même travail* » (C.J.C.E. 11 mai 1999, aff. C-309/97, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-2865).

³ Si des doutes pouvaient persister à la suite de l'arrêt du 26 juin 2008, dans lequel la Cour de cassation, faisant fi de la jurisprudence de la C.J.U.E., décide « *Attendu que pour faire droit à la demande, l'arrêt confirmatif retient que les autres salariés masculins exerçant une fonction de directeur spécialisé (directeur industrie, directeur études-projet, directeur commerce), au même niveau hiérarchique avec la même qualité de membre du comité de direction et la même classification, bénéficiaient de rémunérations sensiblement supérieures à l'intéressée et disposaient en outre d'un véhicule de fonction qu'elle n'avait pas, que la salariée présente ainsi des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination à son préjudice et que la société ne précise pas en quoi ses fonctions n'étaient pas comparables à celles des autres directeurs ; Attendu cependant que si l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes ;* » (cf. Soc. 26 juin 2008, *Bull. V*, n° 141). La chambre sociale semble aujourd'hui adopter une démarche plus matérielle. Cf. Soc. 16 décembre 2008, n° de pourvoi: 06-45262, *Bull. V*, n° 249, dans lequel elle approuve les juges du fond d'avoir condamné l'employeur suite à son refus réitéré (dont notamment suite à un congé maternité) de promouvoir une salariée, pour systématiquement lui préférer des candidats masculins, alors qu'elle avait exercée, en remplacement, les responsabilités du poste à pourvoir. L'équipollence de la candidature de la salariée avec celle des candidats masculins est établie par le constat qu'elle a exercé réellement les fonctions attenantes à ce poste. Cet arrêt devrait inviter les employeurs à être plus vigilant lorsqu'ils décident de remplacement temporaire, car ce faisant les salariés pourront mobiliser la méthode matérielle de comparaison...

⁴ Voir Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport de la Cour de cassation, La Documentation française, 2008.

domaines, en l'occurrence, ici, à propos du principe d'égalité de traitement, dont le champ d'application est plus étendu que le droit social communautaire.

La méthode matérielle suppose donc le recours à la technique du faisceau d'indices, parmi lesquels les catégorisations juridiques préétablies ne constituent que des indices parmi d'autres. Si elle ne remet pas en cause les catégories juridiques ; elle conduit assurément à les rendre plus poreuses. Il est désormais nécessaire que leur mobilisation soit pertinente dans la détermination de l'équipollence entre les situations comparées et l'objet de la mesure contrôlée¹.

342. Au-delà des hésitations entre ces deux démarches, formaliste et matérielle, les juges ont admis d'autres méthodes, en matière de non-discrimination. Celles-ci, alternatives à la méthode de concordance, confèrent une certaine liberté au demandeur dans l'administration de la preuve dans le dessein de lui faciliter la révélation du critère discriminatoire.

II. LES RÈGLES DE NON-DISCRIMINATION ET LA PLURALITÉ DES MÉTHODES

343. La mutation des règles particulières de non-discrimination en une véritable politique générale antidiscriminatoire a favorisé le dialogue entre sciences humaines et sciences juridiques². En effet, les juristes ont pu s'inspirer de certaines méthodes de comparaison utilisées par les premières, ouvrant la voie à la mobilisation de méthodes alternatives à celle de la méthode de concordance. Pour autant, les méthodes forgées au sein des sciences sociales, qui s'inscrivent dans une démarche assurément heuristique, offrent aux juristes autant d'instruments leur permettant de contrôler la rationalité de la décision contestée. Ces méthodes ne sont donc plus mises au service d'une connaissance du monde social mais à celui du contrôle de la légitimité du contrôle d'un pouvoir. En matière de non-discrimination, il ne s'agit pas tant d'établir que les situations sont équipollentes que de déterminer si le détenteur du pouvoir contrôlé a eu recours, même de manière accessoire, à un critère prohibé. Alors qu'en matière de principe d'égalité ou d'égalité de traitement, la méthode de comparaison

¹ Voir section 2, *infra*.

² Cf. S. Latraverse, « Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques », Colloque DRESS – MIRE et HALDE, BNF mercredi 2 décembre 2009, cf. http://www.halde.fr/IMG/pdf/Colloque_DRESS_MiRe_HALDE.pdf

consiste pour l'essentiel à déterminer si deux situations peuvent être tenues pour différentes ou si elles auraient dû être considérées comme équipollentes, la comparaison en matière de non-discrimination est attachée aux raisons de la mesure, étant entendu que la distinction reposant sur un critère prohibé ne peut, par nature, reposer sur l'équipollence. Au moins deux autres méthodes ont été mobilisées par les jurisprudences : la méthode dite « des résidus » et la méthode dite « de triangulation et de pondération médiane ».

344. La méthode « des résidus » conduit à ne retenir qu'une cause, une fois que toutes les autres ont été exclues. Transposée en matière de non-discrimination, elle consiste donc à établir que la défaveur constatée trouve son unique cause dans l'emploi d'un critère prohibé sur la base de l'exclusion de toutes les autres causes possibles. Le recours, dans la jurisprudence, de cette méthode est cependant parfois mal aisé à distinguer de celui de la méthode de concordance. Par exemple, dans le cas de la discrimination entre les hommes et les femmes en matière de rémunération, les juges cherchent à déterminer si la personne qui se prétend discriminée est dans une situation équipollente à celle qui bénéficie de la faveur. A cet égard, la démarche du juge apparaît de prime abord identique à celle employée dans la mise en œuvre du principe d'égalité ou d'égalité de traitement. En vérité, il est possible d'opérer différemment. En effet, la comparaison permet de déterminer si les situations auraient dû être tenues comme équipollentes, si bien que la défaveur ne peut s'expliquer que par le recours à un critère discriminatoire, tous les autres critères de distinction envisageables étant exclues par le constat de l'équipollence. En quelque sorte, méthode de concordance et méthode des résidus se confondent : l'équipollence des situations (méthode de concordance) induit que la seule variable explicative de la défaveur est le recours à un critère discriminatoire (méthode des résidus). Mais cette superposition n'apparaît pas dans tous les domaines de la non-discrimination.

En effet, la méthode des résidus apparaît plus clairement dans la mise en œuvre de la discrimination indirecte. Dans la première étape de celle-ci, qui consiste à rapporter des faits susceptibles d'établir une discrimination, les juges européens¹ acceptent, sur la base d'analyses statistiques, de confronter les résultats de la distinction opérée entre le groupe

¹ Voir la méthode dite de « l'impact disproportionnée », cf. chapitre précédent.

bénéficiant de la faveur et celui de la défaveur avec le résultat d'une comparaison, sur la même population, directement fondée sur un critère discriminatoire¹. Ces mêmes juges procèdent aussi parfois selon une variante de cette méthode en recherchant entre les deux groupes identifiés si l'un d'eux compte majoritairement plus de membres porteurs d'un caractère protégé par les règles de non-discrimination, auxquels le pouvoir devrait, suivant ces règles, être indifférent. Chacune des deux variantes de la méthode appliquée en matière de discrimination indirecte repose sur la constitution préalable de groupes à comparer. Ces groupes sont, précisément, constitués en vue de procéder à une distinction opérée sur la base d'une seule variable, celle du critère discriminatoire, toute chose étant égales par ailleurs – autrement dit : toute autre variable de différenciation ayant été exclue.

La méthode des résidus apparaît donc plus clairement puisque, contrairement aux situations précédentes, le recours à un critère discriminatoire n'est pas *ipso facto* déduit de l'équipollence des situations. En matière de discrimination indirecte, au contraire, l'établissement du recours au critère discriminatoire nécessite, après la constitution des groupes (comparable au recours à l'équipollence), une seconde analyse statistique, distincte, mobilisant le critère discriminatoire discuté. C'est uniquement au terme de cette seconde analyse que sera révélé le recours, ou non, au critère discriminatoire. La déduction, à partir de l'exclusion des autres causes du recours au critère discriminatoire, apparaît donc, par cette fragmentation de l'analyse, de manière plus manifeste.

Cette méthode, pour séduisante qu'elle puisse être, pâtit néanmoins de ce qu'elle suppose une maîtrise de tous les paramètres de la recherche, ce dont le juge ne jouit que rarement – si ce n'est jamais. D'autant plus que le juge de l'Union européenne charge le juge national de veiller au biais statistique². A l'issue de la démarche précédemment exposée tendant, pour le salarié, à rapporter les éléments susceptibles d'établir une discrimination, le débat sur la discrimination alléguée reste largement ouvert. C'est notamment pour cette raison

¹ Ainsi la C.J.C.E. à propos d'un avantage accordé aux travailleurs à temps complet, rapporte la distinction travailleur à temps complet/ travailleur à temps partiel avec distinction homme/femme dans chacune des catégories, cf. C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Affaire 96/80, *Rec.* 1981 page 91.

² C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.* 2005 page I-1789 : « à moins que cette exclusion ne s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ».

que, dans une seconde étape, le pouvoir contrôlé peut établir que le résultat obtenu, s'il apparaît comme discriminatoire, résulte en vérité d'une ou plusieurs autres variable(s), qui, elle(s), ne sont pas discriminatoires. Cette seconde étape permet au pouvoir contrôlé d'avancer une explication alternative au résultat constaté. En outre, elle permet de ne pas faire reposer l'entier poids des mesures de rétablissement liées à la politique antidiscriminatoire¹ sur le seul pouvoir contrôlé.

345. Une troisième méthode a été mobilisée par la chambre sociale pour la qualification de la discrimination syndicale. En la matière, la C.G.T. s'est montrée particulièrement novatrice et a réussi à susciter une jurisprudence² validant le recours conjoint aux méthodes dites de *triangulation* et de *pondération médiane*³. La chambre sociale semble d'ailleurs adopter une démarche plus souple que la méthode proposée par l'organisation syndicale, notamment quant à la constitution des panels de comparaisons⁴. La mobilisation de la triangulation et de la pondération médiane vise pour l'essentiel à démontrer une discrimination syndicale continue, non liée à une décision ponctuelle, mais tout au long de la carrière⁵. Elle s'inscrit donc dans le temps et se rattache, plus largement, à la méthode des variations concomitantes qui consiste à

¹ Cf. O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, op. cit. En effet, le constat que certains emplois soient majoritairement occupés par des femmes plus que des hommes, ou encore d'une nette ségrégation sur le fondement des origines ou de la couleur de peau n'est pas nécessairement le résultat de la sélection de l'employeur lui-même, mais peut résulter d'une sélection plus en amont, notamment dans le cursus des études, tant élémentaires que secondaires, ou universitaires. C'est ainsi qu'aux États-Unis d'Amérique, l'égalité des chances a poussé les pouvoirs publics à prendre des mesures d'« affirmative action » dans l'éducation dans son ensemble, cf. G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, op. cit. et D. Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op. cit.

² Sur les stratégies syndicales et la création de jurisprudence, grâce à des arrêts « pilotes », voir A. Supiot, *Les juridictions du travail*, tome 9 du *Traité de droit du travail* publié sous la direction de G.H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1987.

³ Voir en ce sens la méthode dite « François Clerc », cf. F. CLERC publié par la Semaine sociale Lamy du 15 novembre 2004 sous le titre « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT » et du même auteur « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique », *S.S.L.*2006.

⁴ En effet, la Cour accepte la comparaison avec un seul comparateur, alors que la méthode F. Clerc, plus rigoureuse, pose l'exigence d'un panel plus large (de l'ordre de sept comparateurs), ce qui induit qu'elle ne peut être mise en œuvre que dans une entreprise de taille au moins moyenne. Par exemple dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009 (n° 08-40.345), l'absence de progression de coefficient du salarié pendant vingt-trois ans n'est pas retenue comme constituant une discrimination en raison du niveau élevé de son coefficient d'embauche, de la nature des fonctions exercées et de la taille réduite de l'entreprise limitant les possibilités d'évolution de carrière

⁵ Voir notamment, Crim., 9 novembre 2004, Bull. crim. 2004, V, n° 279, pourvoi n° 04-81.397 ; Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.053. Dans le cadre de cet office le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier si ces éléments établissent, ou plutôt laissent supposer une disparité de traitement. (ex. : Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 05-44.797 ; Soc., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.362 ; Soc., 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45.318).

comparer les évolutions de plusieurs variables en vue d'établir un parallélisme entre elles. Si ce parallélisme est établi dans un nombre de cas suffisamment variés, cette méthode permet d'en déduire l'existence d'une relation causale entre les variables étudiées¹. Ainsi, en matière de discrimination syndicale, les juges vont comparer la carrière du représentant syndical avec un panel de salariés comparants. Ce panel est constitué en fonction de trois critères : la date d'entrée, le diplôme et le statut à l'embauche. Ensuite, les évolutions de leurs carrières et rémunérations respectives sont comparées. Dès lors qu'une différence est constatée entre l'évolution professionnelle du représentant syndical² à compter de la prise de ses mandats, et celle des comparants, ce constat suffit à démontrer la discrimination. Outre la différence d'évolution, c'est essentiellement la concomitance³ du point de départ de la stagnation et du mandat de représentant du personnel qui permet de démontrer le traitement discriminatoire. Le recours à cette méthode a l'avantage de rechercher l'équipollence uniquement au moment de l'embauche, c'est-à-dire le point de départ de la comparaison et non tout au long de la carrière. L'objet de la démonstration est en effet d'interroger les promotions dont ont bénéficié les non-syndiqués et dont ont été exclus les représentants : dans ce cadre, comparer les deux situations au vu des niveaux de responsabilité actuels (par exemple) n'aurait aucun sens. L'explication est recherchée dans la comparaison des variations dans le temps, plus particulièrement dans les moments de ruptures et de décrochages. Cette méthode permet des comparaisons sur des temps longs⁴, mais également un calcul de la sanction, avec un rattrapage qui pourra être indexé sur la moyenne ou la médiane des situations du panel des comparants, la « reconstitution de carrière ».

346. La variation des méthodes de comparaison utilisées s'explique par le rôle différent attribué à la comparaison dans l'application des règles de non-discrimination d'une part et du principe d'égalité ou d'égalité de traitement d'autre part. Comme expliqué précédemment, en matière de principe d'égalité, la comparaison sur laquelle l'attention des juges se focalise,

¹ C'est la méthode employée par E. Durkheim dans *Le suicide. Étude de sociologie*, PUF, Paris 1981.

² Voir notamment Soc. 15 février 2006 (n° 04-41.667) ; 26 avril 2006 (n° 04-46.100).

³ Soc. 26 avril 2006 (n° 04-46.100), « la stagnation de la carrière de M. T. pendant vingt années à compter de l'exercice de ses fonctions syndicales » ; Soc. 4 mars 2008 (n° 06-45.258) : le salarié avait « à compter de l'exercice de ses premiers mandats, stagné au même coefficient durant trente ans ».

⁴ La chambre sociale a contourné l'obstacle de la prescription qui aurait pu interdire de prendre en compte l'ensemble de la carrière, cf. Soc. 15 mars 2005, *Bull.* V n°86, D. 2005, Pan., p.2499, obs. B. Lardy-Pélissier.

après avoir constaté une défaveur, est celle utilisée pour établir la proximité de deux situations qui divergent uniquement quant à la défaveur litigieuse. Autrement dit, le juge doit déterminer si, entre les deux situations qui lui sont soumises, « toutes choses sont égales par ailleurs »¹, ce qui appelle le recours à la méthode de concordance, précisément définie comme permettant l'analyse comparée des systèmes les plus similaires. En revanche, en matière de non-discrimination, la comparaison utilisée après avoir constaté la défaveur vise à révéler que la distinction constatée ne peut s'expliquer que par le recours à un critère prohibé. Cette explication peut être apportée par des méthodes différentes : établir que la défaveur analysée trouve son unique cause dans le recours à un critère prohibé sur la base de l'exclusion de toutes les autres causes possibles (méthode des résidus) ou sur la base d'une différence entre l'évolution professionnelle de la victime, à compter de la connaissance par le détenteur du pouvoir de l'existence du trait discriminant (comme par exemple le mandat syndical pour la non-discrimination syndicale), et celle d'un panel de comparants différant seulement quant au critère prohibé - méthode de triangulation et de pondération médiane ou de variations concomitantes. Après avoir déterminé la méthode de comparaison, il convient d'étudier les différents éléments qui composent les cadres de cette comparaison.

PARAGRAPHE 2 : LES CADRES DE LA COMPARAISON

347. L'action fondée sur l'exigence d'égalité repose sur l'inégalité alléguée par le demandeur : elle suppose d'abord l'existence d'une défaveur, dont on a vu que la reconnaissance bénéficiait d'une ouverture très large dans les différentes jurisprudences² ; ensuite, l'appréciation de l'équipollence des situations qui, contrairement à l'étape précédente, ne dépend pas de l'appréciation subjective de celui qui se prétend victime d'une inégalité. En effet, est prise en considération la situation individuelle du comparateur, car « l'égalité suppose l'autre »³ ; elle porte sur des personnes à comparer⁴. Néanmoins, la comparaison

¹ Cf. la préface de G.Vedel in P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Thèse, L.G.D.J., 1969.

² Cf. *supra*.

³ A. Lyon-caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *op cit*.

⁴ G. Auzero, « L'application du principe d'égalité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006, pp. 823-824.

repose sur le contrôle objectif d'un acte de pouvoir¹. Ce faisant, les jurisprudences exigent des distinctions objectives, qui interdisent le recours à la subjectivité dans la méthode de comparaison, tant à l'égard du détenteur du pouvoir que de la victime. Et, parce que le contrôle vise l'exercice d'un pouvoir, soit qu'il érige un acte, soit qu'il traite différemment des personnes placées sous son autorité, la comparaison suppose de déterminer un comparateur pertinent qui ne pourra être qu'un comparateur soumis au même pouvoir. L'exigence d'égalité interroge donc, en réalité, non seulement l'exercice du pouvoir à l'égard de celui qui se prétend victime, mais encore à l'égard de tous ceux soumis à son autorité, c'est-à-dire le pouvoir pris dans l'ensemble de son champ d'exercice². L'exigence d'égalité doit, *in fine*, s'analyser comme un contrôle, à l'occasion d'une décision particulière, de l'exercice du pouvoir, pris dans son ensemble, à l'aune de l'interdiction des actes et traitements arbitraires. De plus, par le recours à la méthode de concordance, les juges doivent comparer différents éléments, qu'il s'agisse des conditions de concours, de diplôme, de rémunération, de conditions de travail, etc. qui sont autant d'objets de l'exercice de ce pouvoir. La centralité observée du contrôle du pouvoir dans la mise en œuvre de l'exigence d'égalité se retrouve tant dans la sélection des unités de comparaison (I) que dans le périmètre de comparaison (II).

I. LA DÉTERMINATION DES UNITÉS DE COMPARAISON : L'EXEMPLE DU DROIT DU TRAVAIL

348. L'étude de la méthodologie comparative peut se passer d'un inventaire « à la Prévert » répertoriant des unités de comparaison, compte tenu de l'infinie variété des objets qui peuvent être comparés au nom de l'égalité. Nous nous contenterons donc de rappeler à titre liminaire

¹ Le droit communautaire a fait évoluer cette exigence. En effet, la directive 2000 s'applique non seulement en droit du travail, mais également en droit civil, cf. Civ. 3, 17 décembre 1997, Bull. 1997 III N° 225 p. 151. Les règles de non-discrimination peuvent donc atteindre de simples prérogatives, telle celle du propriétaire dans la sélection de son locataire. De même, il convient de préciser que le respect des règles de non-discrimination lors de l'embauche s'applique avant même que l'employeur soit détenteur d'un pouvoir, car les candidats, n'ayant pas encore la qualité de salarié, ne lui sont pas subordonnés.

² Ceci est évident dans le cas du contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. Ceci apparaît également, à propos du pouvoir législatif, lorsque les jurisprudences européennes invitent à une réforme législative. En ce qui concerne le Conseil d'État, la considération de l'entier pouvoir ressort de la référence à l'intérêt du service, référence usitée en matière de fonction publique. À propos de la jurisprudence de la chambre sociale cf. l'unité économique et sociale, cf. *infra*.

qu'en vérité, ces unités sont les avantages et droits revendiqués par le demandeur, dont l'égalité n'est qu'un accessoire¹. Ceci fait, les développements suivants porteront exclusivement sur la méthode suivie par les différentes juridictions dans la sélection de ces unités, c'est-à-dire la méthode de la délimitation ou définition des unités de comparaison en droit du travail, qui constitue le cœur de notre étude.

Ainsi, comparer le montant total de la rémunération versée au salarié n'est pas la même chose que de comparer le montant d'une prime² : qu'est-ce qui déterminera le choix d'une unité plutôt qu'une autre ? Il convient d'observer successivement les principales unités de comparaison en droit du travail, l'emploi occupé et la rémunération, pour tenter de déterminer la manière dont celles-ci sont définies et ainsi permettre la comparaison. La matière de droit du travail fournit les exemples où le juge est le plus directement amené à accomplir lui-même la comparaison, car les unités de comparaisons ne sont pas nécessairement préétablies par le législateur. En revanche, en matière de fonction publique, la méthode formaliste, généralement employée par le Conseil d'État, pousse le juge administratif à ne tenir pour unité de comparaison pertinente que les catégories légales. Ainsi, l'appréciation de l'équipollence est essentiellement postulée par la loi, comme l'appartenance à un corps dans la fonction publique³, alors qu'en matière de droit du travail, les jurisprudences des juges communautaires⁴ ou de la chambre sociale de la Cour de cassation⁵ visent les fonctions réellement exercées⁶.

¹ Cf. chapitre précédent.

² En ce sens, voir arrêt C.J.C.E. 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber contre Guardian Royal Exchange Assurance Group, précité, point 34 : « *S'agissant de la méthode à retenir pour vérifier le respect du principe de l'égalité des rémunérations, il y a lieu de constater que, si les juridictions nationales étaient obligées de se livrer à une évaluation et à une comparaison de l'ensemble des avantages de nature variée consentis, selon les cas, aux travailleurs masculins ou féminins, le contrôle juridictionnel serait difficile à effectuer, et l'effet utile de l'article 119 s'en trouverait d'autant amoindri. Il s'ensuit qu'une véritable transparence, permettant un contrôle efficace, n'est assurée que si le principe de l'égalité des rémunérations s'applique à chacun des éléments de la rémunération respectivement accordée aux travailleurs masculins ou féminins* ».

³ Cf. supra, §1 I.

⁴ C.J.C.E. aff. 196/02, Nikoloudi point 29 ; voir, dans le même sens, arrêts du 31 mai 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, Rec. p. I-1275, point 43, et JämO, précité, points 20 et 49.

⁵ Par exemple l'Assemblée plénière impose la comparaison entre salarié et fonctionnaire de la poste en considération de leurs fonctions et du poste du travail occupé, cf. A.P. 27 février 2009, Bull. A.P. 2009, n°2.

⁶ Cf. supra, §1 II.

349. En droit du travail, il s'agit donc de comparer des salariés qui exercent ou ont exercé les mêmes fonctions. L'équipollence établie, eu égard aux fonctions exercées, semble reposer sur une méthode analytique¹.

La majorité des espèces soumises aux différentes juridictions concernent un contentieux relatif à la rémunération. Dans les jurisprudences européennes, il faut distinguer alors la notion de rémunération, lorsque celle-ci détermine selon l'application du droit de l'Union européenne de celle employée au cours de la comparaison, pour les besoins de l'exigence d'égalité. Dans le premier cas, la C.J.U.E.² comme la C.E.D.H.³ ont l'une et l'autre une appréciation large de la notion de rémunération. En revanche, lorsqu'il s'agit de comparer, la méthode est analytique, c'est-à-dire que la comparaison se fait avant tout par avantage.

Ce choix ne peut qu'être approuvé en ce qu'il permet de dépasser l'identité du montant global de la rémunération pour étendre le contrôle à la recherche d'une différence de calcul de ses différentes composantes. Ainsi, le juge communautaire⁴, comme les juges internes⁵, imposent une comparaison de chacun des éléments qui constituent la rémunération. Préférer une analyse fine des situations en comparaison permet de ne retenir que les éléments

¹ Nous empruntons ici le vocabulaire, usité en droit du travail, relatif à l'ordre public social et au principe de faveur, qui suppose de déterminer la norme la plus favorable, cf. A. Chevillard, La notion de disposition plus favorable : Dr. soc. 1993, p. 363. Ce vocabulaire est également usité en droit social international, dans la comparaison des différentes normes nationales, cf. P. Rodière, Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle, négociation indépendante, subordonnée, "articulée" ? : Dr. soc. 1982, p. 711.

² Voir par exemple C.J.C.E. (cinquième chambre) 7 novembre 1996, Bruna-Alessandra Züchner contre Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen, Aff. C-77/95, Rec. 1996 page I-5689

³ Voir par exemple C.E.D.H. 12 avril 2006, Stec et autres c. Royaume-Uni, req. n° 65731/01 ; 65900/01.

⁴ Selon l'arrêt Barber (C.J.C.E. 17 mai 1990, aff. C-262/88, Rec. C.J.C.E., p. I-1889, point 35), le principe de l'égalité des rémunérations doit être assuré pour chaque élément de la rémunération et non pas seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs : « ... Il y a donc lieu de répondre à la troisième et à la cinquième question posées par la juridiction nationale que l'article 119 du traité s'oppose à ce qu'un homme licencié pour cause économique ne puisse prétendre qu'à une pension avec paiement différé à l'âge normal de la retraite, alors qu'une femme se trouvant dans les mêmes conditions a droit à une pension de retraite immédiate, du fait de l'application d'une condition d'âge variable selon le sexe, qui est alignée sur la différence prévue par le régime légal national pour l'octroi des pensions de retraite. Le principe de l'égalité des rémunérations doit être assuré pour chaque élément de la rémunération et non pas seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs ».

⁵ En matière de fonction publique, le C.E. admet les recours spécifiquement relatifs à une prime, voir en dernier lieu à propos des indemnités fixées par les collectivités locales, cf. C.E. 7 juin 2010, req. n°312506 La chambre sociale admet une question qui porte uniquement sur les tickets-restaurants, cf. Soc. 29 novembre 2006, Bull. 2006 V N° 366 p. 351.

communs aux deux situations, à l'exclusion de certains éléments qui les distinguent. Ainsi, la C.J.U.E. a-t-elle écarté, aux fins de la comparaison certaines primes qui n'étaient versées qu'à quelques travailleurs. L'individualisation d'un avantage de la rémunération est admise que si la cause de celui-ci est légitime et tend à compenser une différence de situation. Par exemple, le juge communautaire a admis la mise à l'écart de certaines primes versées à l'un des groupes de travailleurs en raison d'un système de roulement et de travail de nuit, qui ne sont pas attribuées à l'autre groupe de travailleurs¹.

350. Par ailleurs, la comparaison opérée par les différentes juridictions n'impose pas l'unité de temps, la simultanéité. La chambre sociale de la Cour de cassation², comme la C.J.U.E.³, autorise la comparaison des situations des salariés qui se sont succédés sur un même poste. En revanche, une telle comparaison diachronique ne peut être instrumentalisée pour faire échec à une réforme législative. En effet, le Conseil d'État a toujours jugé qu'il n'existait pas de droit au maintien d'une réglementation⁴ ; de même, le Conseil constitutionnel admet-il la faculté pour le législateur de prévoir des dispositifs dérogatoire⁵, à titre expérimental, ou encore des régimes transitoires⁶, l'un et l'autre étant provisoires ce qui justifie la mise en place,

¹ C.J.C.E. 30 mars 2000 Jämställhdetsombudsmannen contre Örebro läns landsting, Aff. C-236/98, Rec. 2000 page I-2189 (point 55 à 63) : « (...) Par ses quatrième et cinquième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la réduction du temps de travail accordée au travail effectué selon un système de roulement de trois équipes par rapport à la durée normale de travail de jour ou la contre-valeur d'une telle réduction doivent être prises en considération dans le calcul du salaire servant de base aux fins de la comparaison des rémunérations au sens de l'article 119 du traité et de la directive 75/117. (...) Toutefois, des différences éventuelles dans les horaires de travail des deux groupes pris en considération pour la comparaison des rémunérations sont susceptibles de constituer des raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe, de nature à justifier une différence de rémunération (...) Dès lors, il y a lieu de répondre aux quatrième et cinquième questions que la réduction du temps de travail accordée au travail effectué selon un système de roulement de trois équipes par rapport à la durée normale de travail de jour ou la contre-valeur d'une telle réduction ne doivent pas être prises en considération dans le calcul du salaire servant de base aux fins de la comparaison des rémunérations au sens de l'article 119 du traité et de la directive 75/117 (...) ». Cette jurisprudence limite l'intérêt de recourir aux comparaisons en terme de taux horaire « réel » (calculé sur le rapport entre l'ensemble des rémunérations versées aux salariés et des heures effectuées) entre deux groupes de travailleurs, comme le proposait le Jämställhdetsombudsmannen en l'espèce.

² Soc. 21 juin 2005, Bull. 2005 V N° 206 p. 181.

³ C.J.C.E. 1^{er} juillet 1986, Gisela Rummler contre Dato-Druck GmbH, aff. 237/85.

⁴ Cf. G. Péliissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, L.G.D.J., 1996.

⁵ Voir par exemple la loi dite « Aubry 1 », cf. loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

⁶ La loi du 20 août 2008 relative à la représentativité des organisations syndicales représente un cas topique d'une telle transition.

temporairement, d'un régime. Il convient donc, avant toute comparaison entre deux situations successives, de s'assurer que l'on se situe à droit constant.

351. Il semblerait qu'en matière de travail, les jurisprudences sont essentiellement guidées par l'équipollence fonctionnelle : soit que les salariés comparés exercent ou ont exercé les mêmes fonctions, soit que l'avantage en cause, de par la finalité¹ qui lui est assignée², n'autorise que certaines distinctions et pas d'autres³. L'adoption de la méthode fonctionnelle s'explique par le contrôle du pouvoir et les finalités poursuivies au travers de la distinction mise à jour. Cette approche fonctionnelle permet au juge de respecter la liberté dont jouit le pouvoir, tout en le contraignant à une certaine cohérence : les raisons du bénéfice d'un avantage doivent être les mêmes pour tous. Ces raisons ne peuvent tenir à la personne des travailleurs, mais doivent être attachées à l'objet de l'avantage⁴.

352. En conclusion, la méthodologie qui semble se dégager des différentes jurisprudences consiste en une appréciation analytique des unités comparées. Ces unités doivent néanmoins appartenir au même périmètre de comparaison, définie en référence à l'unité du pouvoir à laquelle chacune est assujettie.

II. LE PÉRIMÈTRE DE COMPARAISON : L'UNITÉ DE POUVOIR

353. L'exigence d'égalité suppose d'identifier un pouvoir qui sera comptable du respect de ce principe. Monsieur Soucramanien qualifie alors ce pouvoir de débiteur du principe d'égalité⁵. Il est alors nécessaire d'identifier une unité de pouvoir. Le sens et la finalité de cette notion sont ainsi exposés par la C.J.U.E. qui est certainement la juridiction qui les énonce de manière la plus satisfaisante :

¹ La méthode téléologique est une méthode fonctionnelle, qui vise à donner la signification qui permettra de remplir sa fonction, cf. M. Tropper *La philosophie du droit, Que sais-je ?*, 2003, p.104.

² Voir infra, section 2.

³ Par exemple, à propos de la différence entre cadre et non cadre dans un dispositif conventionnel, cf. Soc. 1^{er} juillet 2009.

⁴ Cf. section 2, infra.

⁵ Cf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, précitée, p. 268 et suivantes. Toutefois, être débiteur de l'obligation qui résulte du respect du principe d'égalité n'impose pas de mettre en place des discriminations « positives » ou des politiques préférentielles, sur ces deux notions, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

« Toutefois, lorsque, comme en l'espèce au principal, les différences observées dans les conditions de rémunération de travailleurs effectuant un même travail ou un travail de même valeur ne peuvent pas être attribuées à une source unique, il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement. Une telle situation ne relève pas de l'article 141, paragraphe 1, CE. Le travail ainsi que la rémunération de ces travailleurs ne peuvent pas alors être comparés sur le fondement de cette disposition »¹.

Cette recherche d'une unité de pouvoir est relativement aisée pour le Conseil constitutionnel, qui ne connaît que des lois et des actes du Parlement². De même, la C.E.D.H. ne connaît de recours que contre les Hautes parties contractantes, les États signataires ; c'est notamment grâce à la théorie des obligations positives qu'elle donne une certaine horizontalité à l'application de la Convention³, horizontalité qui ne s'oppose donc pas à ce qu'elle se trouve dans une situation équivalente à celle du Conseil Constitutionnel au regard de l'identification d'une unité de pouvoir. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation se trouve, en revanche, dans une situation différente qui a nécessité un véritable travail d'identification de l'unité de pouvoir, périmètre de comparaison, et mérite à ce titre plusieurs observations.

354. En droit du travail, l'exigence d'une unité de pouvoir impose de limiter strictement le périmètre de comparaison aux salariés du même employeur⁴. La jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement et à l'unité économique et sociale (U.E.S.) est particulièrement topique. En effet, la Cour de cassation décide :

« qu'au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale, que si ces conditions sont fixées par la

¹ cf. C.J.C.E. 17 septembre 2002. - A. G. Lawrence et autres contre Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitie Secure Services Ltd, Affaire C-320/00, *Rec.* 2002 page I-07325 point 18.

² Nous n'étudions pas ici le contentieux électoral dont cette juridiction a à connaître.

³ Clairement assumée par la chambre sociale et le Conseil d'Etat ; voir notamment, Soc. 21 octobre 1999, Bull. 1999 V N° 395 p. 290 et C.E. 8 avril 2009, req. N° 301599.

⁴ Soc. 6 juillet 2005, n° 03-43.074, Bull. civ. V, n° 235, Dr. soc. 2006, p. 98, note C. Radé. Sur l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 octobre 2003, voir Dr. soc. 2004, p. 309, obs. M.-T. Lanquetin. Confirmation par Soc. 20 décembre 2006, n° 04-43.966.

loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement »¹.

Le concept d'U.E.S. produit des effets unificateurs, au-delà de la personnalité juridique des entités qu'elle rassemble, sur la mise en place des institutions représentatives du personnel ainsi que sur l'appréciation de certains éléments du critère économique de licenciement (cause originelle et périmètre de reclassement). La jurisprudence rendue sur ce point en matière d'égalité souligne encore une fois que la comparaison est guidée par le pouvoir juridiquement attribué à l'employeur et non par l'appartenance du salarié à une communauté, qui peut être bien plus large que celle des salariés du même employeur². Toutefois, il est regrettable que le juge social ne mobilise pas en la matière l'appréhension audacieuse et pragmatique de la réalité du pouvoir qui a déjà présidé non seulement à l'émergence et à la sophistication du concept d'U.E.S.³, et ne prenne en compte le pouvoir réel exercé par un employeur (qui peut d'ailleurs être la même personne [le chef d'entreprise], mais au travers de sociétés différentes) sur l'ensemble de la communauté de travail. Une telle approche ne s'écarterait pas du critère de l'unité de pouvoir, elle en modifierait simplement l'appréciation. Elle aurait l'avantage de déjouer les stratégies patronales tendant à tirer avantage de la multiplication des personnes morales employeuses, diluant ainsi l'exigence d'égalité.

355. La comparaison ne peut se faire qu'entre les salariés liés contractuellement au même employeur⁴, pour autant qu'ils soient placés dans une situation identique¹. Il convient de

¹ Soc. 1^{er} juin 2005 (n° 04-42.143, Bull. civ. V, n° 185, Dr. soc. 2005, p. 1049, note C. Radé.

² Voir articles P. Lokiec, « La Cour de cassation précise le périmètre d'application du principe « à travail égal, salaire égal » », J.C.P. G. 2005, II 10092 et J.F. Cesaro, « Le principe d'égalité dans l'unité économique et sociale », J.C.P. S. 2005, 1052.

³ Mais encore en d'autres domaines, comme pour la consultation du comité d'entreprise, voir notamment l'arrêt Crim. 2 mars 1978, Bull. crim. 1978, n°83 et J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, op. cit., n°136, p.513.

⁴ La C.J.U.E. refuse de comparer la situation des salariés en cas de succession d'employeurs, cf. C.J.C.E. 13 janvier 2004. - Debra Allonby contre Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment, Aff. C-256/01 : « Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'article 141, paragraphe 1, C.E. doit être interprété en ce sens qu'une femme, dont le contrat de travail avec une entreprise n'a pas été reconduit et qui est aussitôt mise à la disposition de son précédent employeur par l'intermédiaire d'une autre entreprise pour fournir les mêmes prestations, n'est pas en droit de se prévaloir, à l'égard de l'entreprise intermédiaire, du principe de l'égalité des rémunérations en prenant pour comparaison la rémunération perçue pour un même travail ou un travail de même valeur par un homme employé par le précédent employeur de cette femme. »

préciser que le juge considère, par principe, que l'entreprise constitue le périmètre de comparaison². Cette exigence a semblé, dans un premier temps, connaître une exception notable avec la négociation d'établissement. La chambre sociale avait jugé qu'elle permet d'octroyer des avantages différents à des salariés d'établissements différents, appartenant pourtant à une même entreprise³.

Néanmoins, la jurisprudence semble dorénavant encadrer strictement cette distinction en exigeant que la différenciation par établissement soit elle-même justifiée par le particularisme, objectivement constaté, des établissements de l'entreprise⁴. Par ailleurs, la possibilité de différencier les avantages par établissement est également encadrée lorsqu'elle ne résulte pas de la négociation de différents accords d'établissements, mais de distinctions opérées au sein d'un unique accord d'entreprise : l'employeur ne peut distinguer, entre salariés de différents établissements dans un même accord d'entreprise, que si cette différenciation vise à compenser un préjudice subi par certains d'entre eux ou se trouve justifiée par l'existence d'activités nettement distinctes⁵.

356. Enfin, l'unité de pouvoir ne doit pas être confondue avec l'unité de source normative. Quoique l'unité de pouvoir et de source se confondent souvent en pratique, par exemple lorsque l'employeur prend un engagement unilatéral applicable à l'ensemble de ses salariés. Néanmoins, si l'existence d'une unité de pouvoir, l'employeur, implique l'assujettissement de l'ensemble des salariés de l'entreprise, ceux-ci sont également soumis à d'autres normes, plus larges, qu'ils partagent alors avec d'autres salariés, relevant d'autres unités de pouvoir

¹ Soc. 15 décembre 1998, *Bull. civ.* 1998, V, n° 551 p. 412, selon lequel : les juges du fond ont « relevé que M. X... accomplissait, avec un coefficient identique, une même qualification et une ancienneté comparable, le même travail que les autres salariés de l'atelier, mais percevait une rémunération moindre que celle allouée à ces derniers, et que l'employeur ne donnait aucune explication à cette différence de traitement ».

² Soc. 8 décembre 2009, n°08-44004, face à la première branche du pourvoi qui contestait le prémière de comparaison, la Cour répond : « Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui a constaté que M. X... avait connu une évolution de carrière moins favorable que celle d'autres salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable et retenu que l'employeur ne justifiait pas cette différence de traitement par des raisons objectives étrangères à toute discrimination, a ainsi caractérisé une discrimination liée au mandat représentatif de l'intéressé » (souligné par nous).

³ Soc. 27 octobre 1999, cf. G. Couturier, « Négociation d'établissement et discrimination entre les salariés », *Dr. Soc.* 2000, p.185.

⁴ Voir chapitre droit du travail, section 2, §2, I.

⁵ À propos EDF et usine d'expérimentation, cf. Soc. 7 avril 2004, voir T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? ... », précité.

(accords d'U.E.S., accords de groupe, accords de branche, législation, etc.). Or, dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation considère, par exemple, que les salariés ne peuvent invoquer le fait d'être soumis à une même convention collective pour réclamer des avantages non conventionnels dont bénéficient des salariés d'un autre employeur¹ : l'appartenance à une même unité de source n'autorise pas les juges à étendre le périmètre de comparaison au-delà de l'unité de pouvoir. En revanche, selon la jurisprudence communautaire Enderby², la différenciation des sources entre des salariés relevant d'un même employeur, par la négociation et la conclusion d'accords séparés, peut être écartée par les juges en vue de rétablir un périmètre de comparaison conforme à celui de l'unité de pouvoir. Dans cette affaire, la demanderesse avait comparé la situation des orthophonistes, catégorie à laquelle elle appartenait, à celle des « pharmaciens principaux ». Or, chacune de ces deux catégories relevait d'un accord collectif différent, quoique négociés et conclus entre le même employeur et le même syndicat. La Cour affirme alors :

« La circonstance que la détermination des rémunérations afférentes à deux fonctions de valeur égale, dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, résulte de négociations collectives qui ont été menées séparément pour chacun des deux groupes professionnels concernés et qui n'ont pas eu d'effet discriminatoire à l'intérieur de chacun de ces deux groupes ne fait pas obstacle, dès lors que ces négociations ont abouti à des résultats qui font apparaître une différence de traitement entre deux groupes qui relèvent du même employeur et du même syndicat, à la constatation d'une discrimination apparente, laquelle impose à l'employeur la charge de prouver qu'il n'y a pas violation de l'article 119 du traité ».

Ainsi, la C.J.U.E. ouvre la possibilité de comparer des situations de travailleurs qui relèvent de deux conventions collectives différentes, à condition de relever du même employeur et du même syndicat. On soulignera toutefois que la C.J.U.E. ne s'est pas contentée d'écarter la différenciation des sources pour rétablir l'unité de pouvoir, entendue

¹ Soc. 24 septembre 2008 N° de pourvoi: 06-45579 Bulletin 2008, V, n° 175 : « Mais attendu que la règle "à travail égal salaire égal" est sans application lorsque des salariés appartiennent à des entreprises différentes, peu important que ces salariés soient soumis à la même convention collective ».

² C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health, Aff. C-127/92, Rec. 1993 P. I-553

comme l'existence d'un employeur unique. L'unité de pouvoir est, dans cette hypothèse, entendue comme l'identité des interlocuteurs sociaux dans les deux négociations séparées, la Cour relevant également que les professions auxquelles appartenaient les salariés à comparer relevaient « du même syndicat ».

357. En conclusion, l'étude des différentes jurisprudences permet de mettre en lumière leur commune volonté d'appliquer l'égalité à une unité de pouvoir identifiée, que ce soit le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, les interlocuteurs sociaux ou l'employeur.

Quant au choix de l'unité de pouvoir pertinente, il est remarquable que, dans certains contentieux, le défendeur ne représente pas l'unité de pouvoir considérée comme périmètre de comparaison et, par suite, que l'exigence d'égalité soit donc imputée à un tiers à cette unité de pouvoir. En effet, la C.E.D.H. peut connaître d'un contentieux dans lequel c'est un particulier qui est à l'origine de l'inégalité considérée, alors que c'est l'État partie à la Convention qui est attiré devant elle¹. Ou encore lorsque l'inégalité tire sa source d'une convention collective, c'est l'employeur qui l'applique qui est poursuivi, alors même que ce dernier peut ne pas être partie à la convention². L'exigence d'unité de pouvoir ne suppose donc pas que ce soit celle-ci qui soit attirée devant les tribunaux.

358. Si l'égalité suppose le contrôle d'un pouvoir, elle ne s'applique pas à toute l'étendue de ce dernier. Force est de constater que, à l'égard des États dans le contentieux européen, des employeurs privés dans celui de la chambre sociale ou des employeurs publics dans celui du Conseil d'État, il existe certains domaines d'exercice du pouvoir dans lesquels subsistent des marges de discrétionnalité. Ainsi, en matière d'emplois publics, les nominations édictées par le pouvoir exécutif pour certains postes³ ne sont soumises qu'à un contrôle restreint, qui

¹ Voir par exemple l'arrêt C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, précité.

² En effet, les conventions collectives en droit français peuvent s'appliquer aux employeurs non signataires ou n'appartenant pas au groupement patronal signataire. Les mécanismes de l'extension et de l'élargissement permettent de les soumettre aux exigences des conventions collectives, cf. L.2261-15 et suivants du Code du travail

³ Néanmoins, le 14 janvier 2004 a été nommé par le ministre de l'intérieur de l'époque, Nicolas Sarkozy, un préfet « issue de l'immigration ». Un tel choix, dont les critères se fondent sur l'origine, pourrait bien être constitutif d'une discrimination. D'autant plus que le ministre de l'intérieur avait annoncé au préalable la nomination d'un préfet « musulman », ce qui apparaît comme une discrimination fondée sur la religion et qui pourrait être contraire au principe de laïcité. Néanmoins, suite à la nomination prise en conseil des ministres, le président de la République a pris soin d'inscrire cette nomination dans une politique de « discrimination

évince par nature l'application du principe d'égalité. Quant aux juridictions européennes, elles laissent, de manière générale, des marges d'appréciation, variables selon les domaines, aux États membres¹. Enfin, l'employeur privé peut prononcer des sanctions différentes pour des salariés qui ont concouru à la même faute, évinçant ainsi le principe d'égalité de traitement.

Néanmoins, même dans ces hypothèses où subsistent une large marge d'appréciation et une certaine discrétionnalité qui permettent d'échapper aux exigences du principe d'égalité, une limite demeure : celle des règles de non-discrimination. Cette remarque vaut pour la jurisprudence européenne dans les domaines où les États membres jouissent des marges de manœuvre précitées. Elle vaut également pour le pouvoir d'individualisation des sanctions : l'employeur ne peut décider de sanctionner uniquement les salariés mandatés syndicaux et épargner les autres, car un tel agissement est constitutif d'une discrimination syndicale². Enfin, le système est comparable en droit public. Dans le contentieux disciplinaire, la légalité interne de la sanction suppose un contrôle normal sur l'exactitude matérielle des faits³, mais réduit au contrôle de l'erreur manifeste sur l'adéquation entre la faute et la sanction⁴. Ainsi, dès lors que les faits fautifs sont établis, le contrôle sur le choix de la sanction d'un agent est, à l'instar d'un salarié, nécessairement restreint. Plus précisément, l'administration détient en matière disciplinaire un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la sanction, seulement limité par le détournement de pouvoir et la sanction déguisée⁵. Or, cette limite peut être notamment atteinte lorsque la mesure est prise uniquement en considération de l'appartenance syndicale du fonctionnaire⁶. Ainsi, le contrôle opéré par le Conseil d'État sur le choix de la sanction disciplinaire produit des effets similaires à ceux du contrôle opéré par la chambre

positive » et de l'égalité des chances. Faute de contentieux, les juges n'ont pas eu à se prononcer sur cette nomination dans la haute fonction publique. Sur ce dernier argument, voir « Sarkozy, le préfet musulman et le philosophe », Jean-Michel Bezat, *Le monde en date* du 17.12.03.

¹ Ainsi, par exemple, en matière de police pour la C.J.C.E. 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 22/84, *Rec.* 1986, p. 1651 et C.E.D.H. 27 octobre 1975, *Cour plénière, Syndicat national de la police belge*, série A n°19.

² *Crim.* 7 février 1989, *Dr. Soc.* 1989, p.504, note J.Savatier.

³ C.E. 16 juin 1965, *Rec.* P.355

⁴ C.E. 9 juin 1978 *Sieur Lebon*, *Rec.* p.245 ; A.J.D.A. 1978 p. 573, concl. Genevois ; D. 1978, IR, p.361 obs. Delvolvé, D. 1979 p.227, note J.-M. Auby

⁵ C.E. 13 mars 1968, *Commune de Malaussène, Lebon* p. 180 ; C.E. 31 octobre 1973, *Dame Gille, Rec.* p. 605 ; C.E. 25 avril 1980, *Bayle*, req. n° 11163 ; C.E. 24 janvier 1986, *Commune de Bournand, Rec.* p. 56 ; C.E. 13 novembre 1991, *Commune d'Orvault*, req. n° 84937.

⁶ Injonction de réintégrer sur son poste un agent écarté en raison de son action syndicale, Jean-Louis Rey, *AJFP* 2004 p. 316.

sociale dans la même hypothèse : le contrôle restreint ne permet pas d'appliquer l'exigence d'égalité, mais autorise à rechercher l'existence d'une discrimination. En somme, dans ces domaines de discrétionnalité, la comparaison ne peut être mobilisée que dans le but de révéler une discrimination.

En conclusion, l'exercice d'un pouvoir ne fait pas l'objet d'un contrôle homogène, qui varie selon qu'il appartient aux champs d'application différents des règles de non-discrimination et du principe d'égalité ou du principe d'égalité de traitement. Ainsi, le principe d'égalité ou d'égalité de traitement n'est pas applicable à l'ensemble du domaine d'exercice du pouvoir, contrairement aux règles de non-discrimination¹. Du point de vue du dialogue des juges, la question de la coordination des sphères de discrétionnalité reconnues dans les différentes jurisprudences demeure marginale. Certes toutes les juridictions semblent reconnaître les règles de non-discrimination comme une limite à l'exercice du pouvoir, y compris dans le domaine disciplinaire.

359. L'exigence d'égalité est toute entière tournée vers le contrôle du pouvoir, plus précisément de sa rationalité, en vue d'interdire les décisions arbitraires². Du point de vue méthodologique, seules les juridictions de droit public semblent résolument attachées à une méthode formaliste. Les autres juridictions se tournent au contraire de plus en plus nettement vers une approche matérielle, en particulier lorsqu'il s'agit de comparer des emplois. Par contre, en ce qui concerne l'identification de l'unité de pouvoir contrôlée et le périmètre de la comparaison, les lignes directrices semblent être communes à l'ensemble des jurisprudences.

La promotion de la méthode matérielle par les jurisprudences judiciaires et européennes s'inscrit dans un certain activisme judiciaire, car ce faisant les juges imposent au vu de l'objet de l'avantage en cause ce qui peut être tenue pour équipollent ou non. L'intensité

¹ Toutefois, les règles de non-discrimination en droit pénal font l'objet d'un domaine d'application plus restreint que celles inscrites dans le Code du travail, cf. 225-2 du Code pénal : « 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale ». Cf. A. Fitte-Duval, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *A.J.F.P.* 2003, p. 6.

² D. Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr.Soc.* 1987, p. 785.

du contrôle des juges au sein de la comparaison est alors déterminante de la liberté de distinguer du détenteur du pouvoir.

SECTION 2 : LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA COMPARAISON

360. La recherche de l'équipollence suppose de mettre en relation des éléments qui sont similaires par une certaine propriété¹. Cette recherche n'est possible qu'à condition de définir le point de vue adopté – la propriété en mathématique, la focale selon Sen². Pour reprendre la métaphore de Sen, le travail comparatif est déterminé par la focalisation³, c'est-à-dire l'éloignement ou la proximité de l'observateur avec l'objet étudié, et la distance focale⁴ qui, en fonction de la « lentille utilisée », donnera une image, résultat de la convergence⁵ ou de la divergence⁶. Celui qui compare doit établir des équipollences, définies comme « *une base pour coder valablement les caractéristiques des systèmes spécifiques en une langue commune, un langage de généralité* »⁷. L'opération de mise en équipollence suppose donc d'être conscient de la distance entre celui qui compare et son objet d'étude, mais également des instruments utilisés – notamment les concepts – qui déterminent la vision du monde qu'ils offrent. Celui qui réalise l'opération de comparaison doit être conscient que « *comparer c'est toujours juger* »⁸. Or, les ressorts méthodologiques employés par les différentes juridictions font ressortir que toutes visent à contrôler l'exercice d'un pouvoir. Ainsi, dans les jurisprudences relatives à l'égalité, existe une tension entre le jugement⁹ inhérent à toute

¹ C'est la relation d'équivalence définie en mathématique, cf. N.Bourbaki, *Théorie des ensembles*, Hermann, Paris, 1954.

² Voir *infra*.

³ Nous reprenons volontiers l'expression utilisée pour l'étude des récits : la focalisation est le point de vue adopté par le narrateur qui se trouve à plus ou moins de distance de son personnage et des événements. Celle-ci peut être « zéro » — le narrateur est « omniscient » — externe ou interne ; voir J.-M. Adam et F. Revaz, *L'analyse des récits*, Paris, Seuil, 1996.

⁴ En optique, la distance focale est la mesure de sa puissance de convergence (focus) ou divergence (diffusion) de la lumière. Un système avec une longueur de focale plus courte a plus de puissance optique qu'un autre avec une longue focale.

⁵ Propriété d'un système optique à faire converger les rayons lumineux. Un système convergent a une puissance positive.

⁶ Système optique faisant diverger les rayons lumineux. Un système divergent a une puissance négative.

⁷ À Pzerworski et H. Teune, *Op.cit.* p. 111

⁸ J. Pouillon, « L'œuvre de Claude Lévi-Strauss », *Race et histoire*, Denoël, Gallimard, Folio essais, Paris, 1987, p. 51.

⁹ Au sens subjectif du terme et non juridique.

opération de comparaison et le nécessaire respect des prérogatives du pouvoir contrôlé. En particulier, dans le travail de comparaison, le juge ne reprend pas seulement les catégories juridiques existantes dans les classifications juridiques et peut aussi se fonder sur des catégorisations spécifiques à une espèce¹. Il établit les équipollences, c'est-à-dire ce que le pouvoir contrôlé doit considérer ensemble. Le juge s'expose alors à la critique du subjectivisme et à l'accusation du « *gouvernement des juges* »². En effet, le contrôle du respect de l'exigence d'égalité ne doit pas servir de prétexte au juge pour prendre les décisions en lieu et place du pouvoir. Le rôle du juge est plus modeste. Il s'agit de contrôler si la distinction à l'œuvre est conforme soit aux règles de non-discrimination, soit au principe d'égalité ou d'égalité de traitement. Ainsi, la focale à l'œuvre dans le respect de l'égalité suppose de s'intéresser au pouvoir que le juge se reconnaît (§1).

Il n'existe pas deux choses en tout point identiques, donc « *l'on ne peut dire que deux choses sont égales sans indiquer le point de vue depuis lequel elles sont égales. Le point de vue doit être, naturellement, identique* »³. Face à l'infinité de critères qui permettent d'établir une similarité ou une différence entre les situations comparées, les juges ont été amenés à déterminer la mesure de la « focale ». Cette dernière leur permet de sélectionner le ou les critères pertinents que le pouvoir était en droit de mobiliser. Les différentes jurisprudences convergent vers une méthode qui se veut la plus objective possible, plus respectueuse des prérogatives des pouvoirs contrôlés. Au sein de l'exigence d'égalité, la « focale » se mesure à l'aune de l'objet de l'acte ou du traitement. Les juges se fondent alors non pas seulement sur les raisons éventuellement affichées par le pouvoir contrôlé, mais sur les raisons logiques de la mesure (§2).

¹ En particulier dans la méthode « matérielle », cf. supra.

² Voir A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, R. Laffont, 1986. Voir aussi M. Troper *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., 1994.

³ cf. E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, 1913, Vol. 2, 1^{re} partie, p. 113, cité par G. Péliissier, *Le principe d'égalité*, *Op. Cit.* p. 42.

PARAGRAPHE 1 : L'OFFICE DU JUGE DANS LA COMPARAISON

361. La comparaison suppose plusieurs opérations d'interprétation¹. En effet, le juge est amené à interpréter non seulement le droit ou l'avantage revendiqué par le demandeur², les catégories juridiques applicables en l'espèce, les unités de comparaison³, la méthode adéquate, l'habilitation dont jouit le pouvoir contrôlé⁴... Chacun de ces éléments suppose un acte de volonté de la part du juge, quand bien même l'un de ces éléments ne serait pas expressément traité dans la décision. Dès lors, la comparaison opérée implique une réflexion sur les finalités poursuivies par l'observateur, en l'occurrence le juge.

362. Les juges, au travers la comparaison, peuvent faire œuvre d'activisme ou d'autolimitation⁵. Ces concepts ont été employés en premier lieu aux États-Unis d'Amérique à propos de la Cour suprême⁶. Si les définitions de ces concepts oscillent en fonction des contextes et des auteurs⁷, une acception permet d'appréhender la conception qu'ont les juges

¹ Sur le travail d'interprétation du juge, voir M. Troper « *Interprétation* », Dictionnaire Rials (dir.). En matière de droit comparé, P. Legrand insiste sur l'importance de l'interprétation dans le travail du comparatiste, tant dans la collecte des données que dans la présentation des analyses : « *le discours comparatiste est un discours interprétatif en ce qu'il donne à connaître non pas les choses en elles-mêmes (il n'y a pas de droit en soi ou de droit tel qu'en lui-même), mais bien la connaissance que le comparatiste en a acquise* » (P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 1996, p. 28).

² Cf. *supra*.

³ Cf. section 1, §2.

⁴ Ce qui revient alors à un contrôle de légalité, cf. chapitre 1.

⁵ Sur ces notions, voir la thèse de B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2010.2007.

⁶ Ces expressions ont été employées pour la première fois par A. M. Schlesinger, « The Supreme Court : 1947 », *Fortune*, January, 1947.

⁷ Le *Black's Law Dictionary*, St Paul, West Group, 7th ed., B. A. Garner (dir.), donne trois acceptions du « *judicial restraint* » (l'autolimitation judiciaire) : « 1. Une contrainte que s'impose une cour en modérant ordre, injonction, ou jugement. 2. Le principe de vertu duquel si une cour peut résoudre un cas en parvenant à une solution particulière, elle doit le faire, sans parvenir à des résultats inutiles. 3. Une doctrine de la restriction dans la prise de décision juridictionnelle selon laquelle les juges évitent de satisfaire leurs croyances personnelles sur le bien public et essaient plutôt d'interpréter simplement le droit tel qu'il est légiféré et conformément au précédent ». Keenan Kmiec, « The origin and current meanings of « *judicial activism* » », *California Law Review*, p.1441, a identifié cinq acceptions du « *judicial activism* » (l'activisme judiciaire) : 1. Expression utilisée pour signifier que la Cour suprême va au-delà de sa compétence en remettant en cause des textes ou des actions émanant d'autres branches du pouvoir alors pourtant que la constitutionnalité de leur travail est défendable. 2. L'expression peut renvoyer aux cas où la Cour suprême a méconnu la règle du précédent. 3. L'activisme désigne la substitution du juge au législateur en édictant du droit nouveau. 4. L'activisme a été utilisé par certains auteurs et juges pour mettre en évidence le non-respect par la Cour suprême des méthodes classiques d'interprétation. 5. En dernier lieu, l'activisme s'apprécie au regard des objectifs visés par une décision juridictionnelle. Dans ce cas, une décision révélera un excès de la Cour suprême lorsque « (a) le juge a un motif critère caché pour prendre sa décision ; et (b) sa décision s'éloigne d'une certaine « *ligne* » de

de leur propre office. En effet, la comparaison pose la question de l'interprétation non seulement de l'énoncé des actes, mais également de faits. Il ne s'agit pas seulement d'éclairer le sens d'un texte obscur, lacunaire ou antinomique. Le juge en tant qu'interprète authentique, non au sens classique¹, mais au sens Kelsenien², a « *nécessairement un rôle créateur comme tout interprète* »³. Ainsi, le juge tient compte dans son interprétation le principe de la séparation des pouvoirs, qui lui interdit de gouverner à la place des autres pouvoirs. Ses prérogatives peuvent également trouver une limite dans le principe de démocratie, car il n'est pas l'émanation directe ou indirecte du peuple⁴. D'autres principes peuvent venir borner le contrôle du juge, comme le principe de subsidiarité pour les juridictions européennes⁵. L'activisme et l'autolimitation peuvent alors se comprendre dans la relation qu'entretient le juge avec le pouvoir contrôlé à l'occasion du procès. Il existe alors une interdépendance des forces juridiques : l'acte de pouvoir est au centre de la fonction de juger, mais c'est le juge, en tant qu'interprète authentique, qui a le dernier mot et définit ce qui doit être tenu pour équipollent ou non. Le juge détermine l'étendue de son contrôle et les obligations qu'il peut imposer au pouvoir contrôlé. L'activisme s'entend alors de la réduction de la liberté

conduite » ; les traductions sont celles de B. Delzangles dans sa thèse, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. op. cit.

¹ Qui serait celle de l'auteur de l'acte, mais comme l'écrit S. Rials : il faut admettre que la « *fonction de juger a sa logique et ses exigences interdisent de la réduire à cette légidiction mécanique à laquelle on a cru un temps pouvoir la cantonner* », cf. S. Rials, « L'office du juge », *Droits*, n°9, 1989, p.4.

² Kelsen voit comme interprète authentique, en plus de l'auteur de l'acte lui-même, tout autorité habilitée à interpréter un texte juridique et même des autorités qui ne sont pas formellement habilités lorsque l'ordre juridique et même des autorités qui ne sont pas formellement habilités lorsque l'ordre juridique fait produire des effets à leur interprétation. En ce sens, l'interprétation authentique est donc : « *l'interprétation du droit par des organes d'applications du droit* » qui se distingue « *de l'interprétation du droit donnée par des personnes privées, et en particulier par la science juridique, par les juristes* », cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 1960, rééd. 1999 p. 336. Pour Michel Troper l'interprétation authentique se distingue de l'interprétation scientifique en ce que la première se voit attribuer des effets par l'ordre juridique, cf. « *Interprétation* », M. Troper, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, P.U.F., éd., 2003, p. 844.

³ J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 67.

⁴ Néanmoins, en France, les décisions de Justice sont prises « *Au nom du peuple français* »...

⁵ À propos de ce principe appliqué à la C.E.D.H., voir la thèse de B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit. p. op. cit. 306 et suivantes.

d'appréciation du pouvoir contrôlé ; l'autolimitation conduit au contraire le juge à limiter son office et reconnaître une plus grande liberté au pouvoir contrôlé¹.

363. Tendanciellement, les différentes jurisprudences convergent aujourd'hui vers un certain activisme en matière d'antidiscrimination (I), alors que l'autolimitation demeure en matière de mise en œuvre du principe d'égalité (II).

I. L'ACTIVISME JURIDICTIONNEL DANS LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

364. En matière de non-discrimination, l'activisme juridictionnel apparaît au travers de la primauté conférée à ces règles par les juridictions (A.). Les implications d'une telle politique jurisprudentielle peuvent entraîner des réformes importantes, comme le montre l'exemple des pensions (B.).

A. LA PRIMAUTÉ DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

365. L'activisme des juges s'exprime au travers de la primauté affirmée de la lutte contre les discriminations. Cette primauté affirmée par les juges emporte au moins deux conséquences. Tout d'abord, les juges refusent une certaine immunité du pouvoir contrôlé, qui serait inhérente à l'exercice du pouvoir. L'habilitation d'un pouvoir ne l'autorise en aucun cas discriminer les éventuels bénéficiaires d'un avantage. Ensuite, l'activisme des juges s'exprime par une totale maîtrise de la comparaison.

366. Les règles de non-discrimination, qui interdisent le recours à un critère déterminé², apparaissent comme une limite claire du pouvoir : le recours aux critères prohibés est en soit arbitraire³ et donc condamnable. L'office du juge consiste alors à rechercher si un tel critère a été mobilisé dans la décision qui a présidé à la mesure soumise à son contrôle. Ainsi, lorsque le juge estime que les faits rapportés sont susceptibles de démontrer l'existence d'une

¹ Cette approche est directement inspirée de la thèse de B. Delzangles, *Ibid.* Néanmoins, nous ne reprenons pas les concepts d'activisme ou d'autolimitation pour mesurer les excès jurisprudentiels.

² D'autres imposent le respect d'une procédure dans le recours au critère discriminatoire, cf. Titre 2, Chapitre 1.

³ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.

discrimination, le détenteur du pouvoir contrôlé doit démontrer que la distinction opérée est justifiée, c'est-à-dire notamment non discriminatoire. Face à cette exigence d'explication, le pouvoir ne peut se contenter d'affirmer qu'il a agi ainsi, car cela relève de son pouvoir. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation exclut dans de pareils cas que l'employeur se borne à invoquer son pouvoir discrétionnaire¹. Le juge communautaire, quant à lui, cherche à assurer l'efficacité du dispositif, ce qui l'a notamment engagé à définir une nouvelle répartition de la charge de la preuve². L'activisme du juge communautaire l'a également amené à préciser, par exemple, qu'il ne suffit pas d'invoquer la circonstance que les rémunérations respectives de deux professions ont été déterminées par des processus de négociation collective distincts. Cet argument avancé par l'employeur vise à rendre incomparables les situations de salariés soumis à des conventions collectives différentes. Le juge communautaire estime néanmoins que cette circonstance ne permet pas de s'affranchir des règles de non-discrimination³. Cette position vise à lutter contre toute tentative patronale de « contournement » qui consisterait à scinder les communautés de travailleurs en des ensembles plus restreints, limitant ainsi la comparaison. La C.E.D.H., quant à elle affirme pour les critères appartenant au « noyau dur » que la marge d'appréciation des Hautes parties contractantes est moindre⁴.

367. Par ailleurs, en matière de non-discrimination les juges maîtrisent totalement la comparaison. L'ensemble de l'opération de comparaison est menée par le juge et n'est pas déterminée par ce qui est voulue par le détenteur du pouvoir contrôlé. En effet, la comparaison est commandée par la révélation du recours à un critère discriminatoire⁵ et non par les finalités poursuivies par le détenteur du pouvoir contrôlé. C'est précisément parce que les règles de non-discrimination fixent, du moins pour certaines d'entre elles, une liste de critères de distinction interdits, que les juges n'ont plus nécessairement à interroger le critère de distinction mobilisé par le pouvoir contrôlé en lui-même mais peuvent rechercher si le recours à un tel critère dans telles circonstances ne revient pas à des résultats ou des effets

¹ Soc., 28 septembre 2004, Bull. 2004, V, n° 227, pourvoi n° 03-42.624.

² Voir Chapitre 1.

³ C.J.C.E. 27 oct. 1993, Enderby, Aff. C-127/92, *Rec.Rec.* C.J.C.E. 1993 p. I. 5535.

⁴ Voir Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

⁵ Voir Chapitre 1, section 1, *supra*.

discriminatoires. La discrimination indirecte, qui consiste dans un premier temps à rechercher si la mesure équivaut à une mesure discriminatoire, permet de mesurer les effets de celle-ci sans se soucier de la volonté de l'auteur de l'acte. En effet, si le détenteur du pouvoir contrôlé peut intervenir à ce niveau du débat, c'est essentiellement pour contester la méthodologie employée ou en discuter les résultats, mais en aucun cas pour faire respecter sa décision au nom du pouvoir dont il est investi. Ce n'est que dans un second temps, celui de la justification, que le pouvoir contrôlé pourra avancer l'absence d'intention discriminatoire et justifier du critère de distinction retenu.

La discrimination indirecte, technologie juridique qui s'est propagée à toutes les jurisprudences étudiées¹, est certainement l'expression la plus ostentatoire de l'activisme juridique. En effet, les juges maîtrisent totalement la comparaison car celle-ci n'est pas dictée par les finalités poursuivies par le pouvoir, mais par les exigences de la lutte contre les discriminations. Ce sont les juges qui déterminent si les éléments rapportés suffisent à établir la présomption de discrimination et ce sont également eux qui détermineront si la justification apportée est raisonnable et proportionnée². Le rôle prépondérant du juge réduit d'autant celui du pouvoir contrôlé. La discrimination indirecte limite d'autant plus le pouvoir, que des mesures, qui apparaissent conformes au principe d'égalité ou d'égalité de traitement, qui ne sont pas expressément et directement fondées sur un critère discriminatoire, peuvent néanmoins être remises en cause par le jeu de la discrimination indirecte³.

368. Les règles de non-discrimination constituent une limite aux pouvoirs exercés. Quel que soit l'objectif poursuivi⁴, ces règles ne peuvent pas être violées. Ceci explique que les censures en la matière sont sévères et remarquées. Par exemple, la décision du Conseil

¹ Cf. supra, chapitre 1.

² Voir Partie 2, titre 2, chapitre 1.

³ Voir par exemple à propos du critère de l'ancienneté, cf. C.J.C.E., gde ch., 3 oct. 2006, aff. C-17/05, *Cadman c/ Health & Safety Executive*, *Op.Cit.* La prise en compte de l'ancienneté d'une salariée dans la fixation de sa rémunération est susceptible de constituer une discrimination indirecte puisque les femmes ont généralement une ancienneté professionnelle moindre que celle des hommes. Le lien logique entre l'ancienneté professionnelle et l'efficacité au travail est de nature à justifier la prise en compte de l'ancienneté malgré ses effets discriminants. Cependant, cette présomption n'est pas absolue ; l'ancienneté peut, dans certains secteurs d'activité, ne pas être le gage d'une meilleure productivité en raison des caractéristiques objectives des tâches assurées.

⁴ Sauf éventuellement en cas de discrimination « positive », cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

constitutionnel relative à la censure d'un dispositif favorable aux femmes¹ a obligé le pouvoir constituant à intervenir afin de modifier la Constitution et accueillir la parité hommes/femmes². De même, ces règles posent de sérieuses limites aux questions formulées par un jury lors d'un concours administratif³.

369. Au sein du dialogue entre les juges, l'activisme des juges européens pourrait apparaître comme autoritaire. Ainsi, dans l'arrêt Pla⁴, la C.E.D.H. impose que le testament, dans le silence du texte, soit interprété de telle manière qu'il n'exclut pas les enfants naturels, car une telle exclusion constitue une discrimination au sens de la Convention. Cette jurisprudence, outre qu'elle impose une ouverture qui n'avait certainement pas été voulue par l'auteur de l'acte⁵, fixe également une obligation aux juges internes : d'interpréter les actes juridiques dans un sens toujours non discriminatoire, qui sera ainsi conforme à la Convention.

Enfin, cet activisme peut orienter la sanction. Les juges peuvent alors prononcer non seulement la nullité de l'acte ou du traitement discriminatoire, mais peuvent également, dans certains cas, décider d'étendre la situation plus favorable à celui qui a été discriminé⁶. Il s'agit, dans ce dernier cas, d'une « *égalité par le haut* »⁷ qui prescrit une mesure au pouvoir contrôlé.

370. Si les règles de non-discrimination ont fait l'objet d'un certain activisme, il n'en existe pas moins certaines expressions d'autolimitation. En effet, ces règles, qui sont affranchies des finalités et objectifs du pouvoir contrôlé, sont déterminées par l'objectif de leur auteur. Ainsi,

¹ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 dite « loi Rouby » portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

² Voir *infra*, à propos de la discrimination « positive ».

³ Arrêt C.E. 10 avril 2009, Monsieur Abdeljalel El Haddioui, n° 311888.

⁴ Arrêt C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, requête n° 69498/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VIII cf : J. Rochfeld, « C.E.D.H. et interprétation des contrats en droit privé », *Revue des contrats*, 2005, n°3, p.645.

⁵ En ce sens, cette jurisprudence heurte la théorie de l'autonomie de la volonté. Notons toutefois, que le projet de réforme du Code civil dit projet « Catala », tout comme le projet de la chancellerie, vise à instaurer une disposition qui interdit les discriminations et limite ainsi les prérogatives des cocontractants.

⁶ Voir en particulier la reconstruction de carrière du syndicaliste discriminé, cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, section 1, §2.

⁷ O. de Schutter, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in *Union européenne et nationalités – le principe de non-discrimination et ses limites*, sous la direction de E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.11.

l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, la race, l'ethnie... résultent d'une certaine conception ontologique de la personne humaine, qui vise notamment à tirer les leçons de la Seconde Guerre mondiale¹. De même l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité en droit communautaire vise à assurer la libre circulation, fondement du marché unique². Toutefois, le juge communautaire n'a pas étendu son office jusqu'au contrôle des « discriminations à rebours », ce qui a été critiqué³, renvoyant ce contrôle au juge interne. L'autolimitation, alors, ne se fait pas tant vis-à-vis du pouvoir contrôlé, mais avec le juge interne, à qui il reviendra, en ultime mesure, de décider d'une jurisprudence active ou autolimitée⁴.

371. Si ce sont les juges européens qui ont, les premiers, fait montre d'une jurisprudence active, celle-ci serait restée lettre morte si cet activisme ne s'était pas diffusé auprès des juges internes. Les pensions en matière de sécurité sociale permettent d'illustrer une telle diffusion mais également les difficultés qui peuvent l'accompagner.

B. LA DIFFUSION DES EXIGENCES DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS SEXUELLES : L'EXEMPLE DES PENSIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE

372. La lutte contre les discriminations sexuelles a appelé différentes réformes ces dernières années, notamment en matière de pensions de Sécurité sociale. Ces réformes nécessaires pour respecter l'égalité entre les hommes et les femmes démontrent que les règles de non-discrimination peuvent avoir des répercussions macro-sociales. Les régimes juridiques applicables aux pensions⁵, qu'ils soient légaux ou professionnels, prévoyaient beaucoup d'avantages spécifiques aux femmes. Ceux-ci consistaient, soit en des bonifications de

¹ En ce sens, voir la condamnation de Monsieur Le Pen sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour avoir qualifié de « point de détail » de l'histoire de cette guerre l'utilisation des chambres à gaz, cf. Civ. 2ème, 18 décembre 1995, n° pourvoi 91-14785, Bull. II, 1995, n°314.

² S. Robin Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etudes à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix en Provence, 1999.

³ Voir la thèse d'A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

⁴ Sur cette question en droit interne français, voir Titre 2, Chapitre 1.

⁵ Nous discuterons essentiellement des pensions de retraite et veuvage, pour lesquels le contentieux de la non-discrimination en raison du genre est le plus développé.

trimestres par enfant élevé, soit en des facilités d'accès à certaines prestations... L'interprétation de ces différentes dispositions ont été l'objet d'un activisme juridictionnel qui a entraîné l'élimination des avantages en faveur des femmes et par conséquent a suscité la réforme du système. Ce domaine révèle un dialogue intensif.

373. Néanmoins, le dialogue n'a pas été, en la matière, multipolaire. En effet, l'article 157 du Traité de l'Union européenne¹ vise « *le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins* ». Or, la C.J.U.E. refuse d'inclure dans la notion de rémunération les régimes légaux de Sécurité sociale². Par contre, les régimes de sécurité sociale des fonctionnaires tombent sous l'empire de l'article 157 du Traité et de la législation communautaire prise sur ce fondement car les prestations versées le sont directement par l'État, ancien employeur des bénéficiaires. La compétence communautaire ainsi définie, combinée à la répartition de compétence entre le droit privé et le droit public en droit interne, dessinent les espaces de dialogue entre les juridictions : la Cour de cassation et la C.E.D.H. sont compétentes pour les régimes légaux (2.) ; le Conseil d'État et la C.J.U.E. connaissent des pensions des fonctionnaires (1.).

1) LES PENSIONS DE FONCTIONNAIRES ET LE DIALOGUE DU CONSEIL D'ÉTAT AVEC LA C.J.U.E.

374. L'activisme de la C.J.U.E. a conduit à étendre des avantages qui étaient jusque-là exclusivement réservés aux femmes. Si les juridictions allemandes et anglaises se sont montrées les plus promptes à se saisir de l'instrument de la question préjudicielle, le Conseil d'État s'en est saisi plus tardivement. L'ouverture aux changements que commandait le droit communautaire de l'antidiscrimination s'est faite petit à petit en France. En matière de pension veuvage, le Conseil a dans un premier temps fait évoluer sa propre jurisprudence et a étendu l'application de l'avantage prévu à l'article L.57 du Code des pensions civiles et militaires de retraite. Le Conseil d'Etat a étendu le texte qui réserve aux seules femmes le bénéfice de la pension veuvage à tous les ayants cause d'un bénéficiaire, quel que soit leur

¹ Ancien article 141 du Traité C.E., ex-article 119.

² Voir, C.J.C.E. 28 septembre 1994, Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds contre G. A. Beune, Aff. C-7/93 Rec.1994 p. I-4471, point 44.

sexe¹. La condamnation du dispositif repose alors exclusivement sur le droit interne. Quelques mois plus tard, le Conseil saisit la C.J.U.E. par question préjudicielle dans le cadre de deux contentieux qui ont trait à des avantages réservés aux femmes. Dans la première affaire, M. Griesmar, magistrat et père de trois enfants, s'était vu octroyer une pension de retraite, mais s'était vu refuser la bonification d'ancienneté prévue à l'article L. 12 b) réservés aux seules femmes ayant élevé leurs enfants². Dans la seconde affaire, M. Mouflin, professeur des écoles, avait demandé à être admis à faire valoir ses droits à pension de retraite à jouissance immédiate afin de soigner son épouse atteinte d'une maladie incurable, mais face au refus de l'administration, il saisit le Tribunal administratif de Châlon-en-Champagne qui décida de demander l'avis du Conseil d'État afin de savoir si l'article L. 24-I 3° était contraire à l'article 141 du Traité CE³. La C.J.U.E. affirme classiquement⁴ que les deux espèces entrent bien dans le champ du traité et que les deux questions sont bien relatives à la rémunération. Elle affirme enfin que les dispositions françaises incriminées portent atteinte au principe d'égalité de traitement entre les sexes en étant à l'origine d'une discrimination à l'encontre des pères et des maris⁵.

375. Le Conseil d'État reprendra par la suite la solution dégagée par la C.J.U.E.⁶ et étendra la solution à d'autres avantages réservés aux femmes⁷. La jurisprudence administrative n'hésite plus à se fonder directement sur les textes communautaires pour étendre aux hommes les avantages jusqu'alors réservés aux femmes, créant ainsi un important contentieux⁸ ce faisant le Conseil apparaît ouvert au dialogue. Toutefois, ce dialogue n'a pas abouti à une parfaite harmonie, en particulier dans le critère de comparaison. Dans l'arrêt Griesmar⁹, la juridiction européenne n'estime pas que la bonification d'ancienneté pour avoir élevé ses

¹ C.E., 17 mai 1999, Le Briquir, cf. A.J.D.A. 1999, p. 618, concl. D. Chauvaux.

² C.E., 28 juillet 1999, Griesmar, Rec. p. 248.

³ C.E., avis, 4 février 2000, Mouflin, cf. A.J.D.A. 2000, p. 559, concl. G. Goulard.

⁴ Voir C.J.C.E., 28 sept. 1994, C-7/93, Beune, Rec. : Rec. C.J.C.E. 1994, I, p. 4471.

⁵ C.J.C.E., 29 nov. 2001, C-366/99, Griesmar, cf. : A.J.F.P. 1/2002, p. 4. ; voir aussi - C.J.C.E., 13 déc. 2001, n° C-206/00, Mouflin, cf. Dr. adm. 2002, comm. 54, note C. Moniolle.

⁶ C.E., 29 juillet 2002, Griesmar, Rec. 1999, p. 248.

⁷ C.E., 5 juin 2002, Choukroun, AJFP 5/2002, p. 38 et l'étude de A. Fitte-Duval, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », A.J.F.P. 2003 p. 6,

⁸ A titre d'illustration cf. C.E., 29 janv. 2003, n° 245601, Beraudo et n° 246829, M. Lucet, cf. : : Juris-Data n° 2003-065040 et 065002 ; A.J.D.A. 2003, p. 1062, note C. Moniolle. - C.E., 26 févr. 2003, préc. n° 126.

⁹ *Op. cit.*

enfants doit systématiquement être étendue aux hommes. Elle exige que le père démontre qu'il a élevé ses enfants. La jurisprudence européenne suppose donc de rechercher pour chaque espèce si le père a concrètement participé à l'éducation de ses enfants. Or, le Conseil d'État affirme « *qu'il résulte de l'instruction que M. Griesmar a assuré la charge de trois enfants* »¹ et semble donc admettre que la simple prise en charge financière suffit à démontrer qu'il a assumé leur éducation. La difficulté à se saisir de l'approche matérielle par la Haute juridiction administrative a été soulignée par le commissaire du gouvernement Goulard. Selon lui, pour qui « *ce glissement est révélateur (...) de l'incapacité où se trouve le juge administratif français de mettre en œuvre les appréciations subjectives qui inspirent les jurisprudences européennes, ce qui nous conduit souvent, par esprit de système, à aller au-delà de ce qu'exigent la Cour de justice des Communautés européennes ou la Cour européenne des droits de l'homme. Ce faisant, c'est le juge français qui manque parfois de réalisme* »².

Néanmoins, la conjugaison des jurisprudences communautaires et administratives a conduit le législateur à se saisir de la question dans une loi du 24 juillet 2003³ qui abroge les différentes dispositions discriminatoires alors épinglées par les juridictions.

376. Cette expérience, relative aux pensions et aux avantages réservés aux femmes, est instructive du point de vue du dialogue des juges et de la diffusion des exigences d'une politique de lutte contre les discriminations. L'efficacité de la jurisprudence de la C.J.U.E. dépend de la volonté des juges internes de la reprendre. En effet, le Conseil d'État semblait ignorer, en la matière, la jurisprudence communautaire jusqu'en 1999. Dès lors que le juge administratif a voulu remettre en cause les différents dispositifs juridiques qui apparaissaient comme discriminatoire sur le fondement du sexe, il s'est alors non seulement appuyé sur les textes communautaires, mais également sur l'interprétation donnée par la C.J.U.E.

¹ C'est nous qui soulignons.

² Concl. G. Goulard dans C.E., 26 févr. 2003, n° 187401, Llorca, cf. A.J.D.A. 2003, p. 1006.

³ Loi n° 2003-775, adoptée par le Parlement le 24 juillet 2003, a été promulguée le 21 août, *J.O.22 Aout 2003*. A propos de la loi, voir « La réforme des retraites du 21 août 2003 et les fonctionnaires », P. Tifine, *J.C.P. A. 2003*, n° 42, 1912 ; J.-P. Lhernould, « L'égalité des sexes dans les régimes privés de pension », *Dr. Soesoc*. 2004. 1000 ; K. Michelet, *op. cit.*, *R.D.S.S.* 2004 p.. 561 ; X. Prétot, « La conformité à la Constitution de la loi portant réforme des retraites : une décision bien peu convaincante », *Dr. Soc.* 2003. 917., *Dr. soc.* 2003. 917. Réforme jugée conforme à la constitution, cf. C.const. 2003-483 D.C. - 14 août 2003 - Loi portant réforme des retraites, *J.O.* du 22 août 2003, p. 14343.

L'activisme des juges apparaît alors dans le sacrifice éventuel de l'équilibre des budgets sociaux et dans les brèches ouvertes dans les dispositifs qui permettaient de remettre en cause tout refus d'extension des avantages aux hommes. Les juges forcent ainsi les autorités à étendre les avantages aux hommes, éventuellement contre la lettre des textes et la logique financière. Le succès de cet activisme se matérialise par l'intervention du législateur qui a abrogé les textes discriminatoires.

377. Par ailleurs, la jurisprudence communautaire trouve un soutien dans celui de la C.E.D.H. En effet, dans l'arrêt *Stec*¹, était contesté le passage d'une « allocation pour diminution de la rémunération », qui vise à compenser l'incapacité résultant d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail à l'allocation de retraite, dont l'attribution dépend de la date du départ à la retraite, soit 65 ans ou plus pour un homme et 60 ans ou plus pour une femme. Les requérantes invoque une discrimination sexuelle, car l'articulation entre les deux allocations permet aux hommes de bénéficier de « l'allocation pour diminution de la rémunération » plus longtemps. Les juges anglais au cours de la procédure interne ont effectué un renvoi préjudiciel auprès de la C.J.U.E.², qui estime, à titre transitoire et en vue de protéger l'équilibre financier des régimes de protection sociale³, justifiée la différence faite entre les hommes et les femmes⁴. La C.E.D.H. lorsqu'elle est amenée à se prononcer, établit très clairement :

« Concernant ce point, qui, tout en n'étant pas déterminant pour la question soulevée au regard de l'article 14 de la Convention, n'en revêt pas moins une importance capitale, il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE »⁵.

¹ C.E.D.H. 12 avril 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, précité.

² C.J.C.E., 7 juillet 1992, *The Queen contre Secretary of State for Social Security*, ex parte Equal Opportunities Commission, C-9/91, *Rec.* 1992 page I-4297.

³ En conformité avec l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7, qui prévoit « *La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application (...) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations* ».

⁴ Y compris, donc, pour les avantages qui sont liés à la fixation de l'âge légal à la retraite, comme l'« allocation pour diminution de la rémunération » en l'espèce, mais qui ne concerne pas directement le droit à pension vieillesse.

⁵ Point 58.

La Cour européenne, dans le sillage du droit communautaire estime alors qu'il n'y a pas violation de l'article 14. Ainsi, la Cour, à l'image de la jurisprudence « So Lange III »¹, semble présumer la protection des droits fondamentaux par la C.J.U.E. comme conforme au droit de la Convention. C'est alors un signe fort de dialogue entre les juges européens, la C.E.D.H. tenant pour suffisant la protection offerte par le contrôle, dans le cadre du renvoi préjudiciel, par la C.J.U.E. Le dialogue ne constitue plus alors un transfert mais un alignement quasi-systématique.

378. Le dialogue entre la C.E.D.H. et la Cour de cassation, quant à lui, a été plus tardif.

2) LES RÉGIMES LÉGAUX ET LE DIALOGUE DE LA C.E.D.H. AVEC LA COUR DE CASSATION

379. Si la C.J.U.E. n'est pas compétente pour se prononcer sur le régime légal de Sécurité sociale², la C.E.D.H. a étendu sa compétence³. En effet, le droit de la Sécurité sociale, qu'il s'agisse du régime légal ou d'un régime professionnel, tombe sous l'empire de l'article premier du protocole n°1⁴. La Cour européenne prend bien soin de préciser que ce dernier article ne donne pas droit, en tant que tel, à une prestation sociale, mais dès lors qu'une Haute partie contractante crée un tel droit, celui-ci doit s'appliquer de manière non discriminatoire. Ainsi, dans un arrêt Wessels-Bergervoet⁵, à propos d'une pension générale

¹ Voir introduction générale

² Voir supra. Toutefois, en matière de pension, il existe également un dialogue entre la C.J.U.E et la chambre sociale de la Cour de cassation, cf. à propos d'une prime de naissance uniquement versée aux femmes, Soc. 8 octobre 1996, Bull. civ. 1996 V n° 311, *J.C.P.* G. - 1996 47 IV 2330 295 ; *J.C.P.*, E. - 1996 n° 47 panorama n° 1226 p. 417 ; D. 1996 39 IR 243.

³ Voir Partie 1, Titre 2, chapitre 1, section 1, §1, II, B.

⁴ La combinaison de l'article 1er du Protocole n°1 avec l'article 14 a fait l'objet d'une jurisprudence fournie : cf. C.E.D.H. 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, *op. cit.* Voir également : C.E.D.H. 29 avril 1999, Grande chambre, Chassagnou et autres c/ France, Recueil 1999-III, requêtes n°5088/94;28331/95;28443/95 ; C.E.D.H. 11 juillet 2006, Andrejeva c/ Lettonie (n° 55707/00); C.E.D.H. 28 octobre 1987, Inze c/ Autriche, série A n°126; C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, Série A n°31 ; C.E.D.H. 23 octobre 1990, Darby c/ Suède, série A, n°187, requête n° 11581/85 ; C.E.D.H. 29 novembre 1991, Pine Valley Developments Ltd c/ Irlande, A.222, requête n°12742/87, C.E.D.H. 1 février 2000, Mazurek c/ France, *Rec.* 2000-II, requête n° 34406/97, §48 à 55 ; C.E.D.H. 4 juin 2002, ; Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas, requête n°34462/97, *Rec.* 2002-IV; C.E.D.H. 06 novembre 2002, Willis c/ Royaume-Uni, requête 36042/97, *Rec.* 2002-IV, §39; C.E.D.H. 30 septembre 2003, Koua Poirrez c/ France, *Rec.* 2003-X. ; C.E.D.H. 26 novembre 2002, Bucheň c/ République tchèque, n°. 36541/97, C.E.D.H. 27 novembre 2007, Luczak c/Pologne, *Rec.* 2007 requête n°. 77782/01 ; C.E.D.H. 21 mai 2008, Affaire Driha c/ Roumanie, req. n° 29556/02 ; C.E.D.H. 9 octobre 2009, Zeibek c/ Grèce Req. no 46368/06 ; C.E.D.H. 8 mars 2010, Muñoz Diaz c/ Espagne Requête no 49151/072009.

⁵ C.E.D.H. 4 juin 2002, Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas, requête n°34462/97, *Rec.* 2002-IV.

de vieillesse, une bénéficiaire contestait la réduction dont elle était victime en raison qu'elle était mariée à un homme qui, travaillant à l'étranger, n'était pas couvert par le régime AOW¹. Or, une telle règle n'était pas opposable à un homme marié dans la même situation. Cette distinction fondée sur le sexe, qui ne se fondait sur aucune « justification objective et raisonnable »², est jugée discriminatoire par la C.E.D.H.

380. La deuxième chambre civile³, dans un arrêt récent⁴, a mis en œuvre la jurisprudence de la C.E.D.H. de manière intéressante du point de vue du dialogue des juges. En effet, était contesté le rejet de la demande d'un homme qui sollicitait le bénéfice de la majoration de la durée d'assurance prévue par l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale⁵. La cour d'appel s'était directement fondée, à l'image des jurisprudences communautaires et administratives, sur l'article 119 du Traité⁶ et sur l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les juges du fond affirmaient alors que l'avantage visé ne pouvait être réservé aux seules mères et devait être applicable à tous les parents, quel que soit leur sexe. Le critère de l'avantage n'est plus la maternité, mais la parentalité. Le pourvoi fonde essentiellement sa demande sur le fait que les textes communautaires avancés par les juges du fond ne sont pas applicables en l'espèce ou n'empêchent pas la distinction opérée par l'article L.351-4 du Code de la Sécurité sociale entre les parents⁷. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation opère alors une substitution de critère pour se fonder sur l'article 14 de la Convention et l'article 1^{er} du protocole n°1 combinés afin de condamner⁸ la

¹ Point 47

² Point 54.

³ Cette chambre est celle qui est désormais compétente en matière de contentieux relatif à la sécurité sociale.

⁴ Civ. 2^o 19 février 2009, n°07-20.668, « Majoration de la durée d'assurance vieillesse : le juge agit au nom de la parentalité », M. Badel, *R.D.S.S.* 2009, p.338.

⁵ Article qui disposait à l'époque de la demande : « *Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant.* ». Article modifié par la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, qui abroge l'exclusivité du bénéfice aux femmes et permet notamment la mutualisation de l'avantage.

⁶ Actuel article 157 du Traité.

⁷ Dans le même sens Civ. 2e, 15 juin 2004, *R.J.S.* 2004, n° 964 ; *Dr. Soc.* 2004. 1009, note J.-P. Lhernould ; C.E. 29 déc. 2004, *R.J.S.* 2005, p. 331, obs. J.-P. Lhernould ; K. Michelet, « Les incertitudes liées à la question de l'égalité entre les hommes et les femmes », *R.D.S.S.* 2004. p.561.

⁸ Dans le même sens que la délibération de la Halde, Délibération n° 2008-237 du 27 oct. 2008.

distinction ainsi opérée entre les sexes¹. La juridiction judiciaire s'inscrit clairement dans le dialogue car elle se pose comme réceptrice de la jurisprudence de la C.E.D.H.². Elle agit également comme émettrice dans la mesure où elle censure une disposition qui n'a pas encore été soumise au contrôle de la C.E.D.H. Le dialogue des juges permet alors l'extension de la jurisprudence européenne et autorise le juge national à écarter une disposition nationale contraire à la Convention. Le rôle de juge européen de droit commun de la Cour de cassation, lui permet de « réécrire » l'article du Code pour ne plus y lire que l'avantage est réservé aux seules femmes, mais à tous les pères et mères « *ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances* ». Cette jurisprudence a suscité une réaction rapide du législateur français, qui a rectifié la rédaction de l'article pour éviter toute discrimination³ dans la loi pour le financement de la sécurité sociale pour 2010⁴.

381. Il apparaît donc que les règles de non-discriminations de par l'activisme des juges européens, étendu aux juridictions internes, introduisent un espace intensif de dialogue. D'une part, les juges nationaux se saisissent des acquis des jurisprudences européennes, au point de pallier le domaine de compétence restreint du droit communautaire pour avoir recours à la jurisprudence européenne. D'autre part, les juges nationaux n'hésitent plus désormais à faire usage de leur compétence de juge européen et communautaire de droit commun afin de remettre en cause une disposition législative. En revanche en matière des principes d'égalité ou d'égalité de traitement, l'autolimitation initiale des juges semble en recul.

¹ Dans une jurisprudence précédente (Civ. 2e, 21 déc. 2006, *Dr. Soc.* 2007. 319, note J.-Ph. Lhernould, D. Martin), la deuxième chambre civile avait censuré l'exclusion du bénéfice de l'avantage de ce même article à un homme qui avait élevé seul ses enfants, car « ... *l'avantage résultant de l'article L. 351-4 du code de sécurité sociale dans sa rédaction applicable à l'espèce est accordé aussi bien aux femmes qui ont poursuivi leur carrière sans interruption qu'à celles qui l'ont interrompue, qu'il n'existe aucun motifcritère de faire une discrimination entre une femme qui n'a pas interrompu sa carrière pour élever ses enfants et un homme qui apporte la preuve qu'il a élevé seul un enfant* ». Dans l'arrêt de 2009 la deuxième chambre va plus loin et ne réserve pas l'extension de l'avantage aux seuls hommes ayant élevé seuls leurs enfants. Civ. 19 février 2009 n° de pourvoi: 07-20668.

² Dans ses critères, la Cour énonce qu'elle vise la Convention « *telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme* ».

³ <http://www.senat.fr/> ; voir aussi <http://www.assemblee-nationale.fr/> : il est ainsi indiqué : « Reprenant un raisonnement tenu par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation estime qu'une « différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable ». C'est afin de tirer les conséquences de cette décision tout en s'efforçant de préserver les droits des femmes, que l'article 38 du présent projet propose un nouveau dispositif juridiquement sécurisé, que votre rapporteur analyse en détail plus loin ».³

⁴ Loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010.

II. LES PRINCIPES D'ÉGALITÉ : DE L'AUTOLIMITATION À L'ACTIVISME JURIDICTIONNELLE ?

382. La mise en œuvre des principes d'égalité et d'égalité de traitement est un espace de dialogue plus restreint. En effet, le juge communautaire ne mobilise le principe d'égalité que pour mieux fonder sa jurisprudence en matière de mise en œuvre des règles de non-discrimination. La C.E.D.H. hésite à condamner sur le fondement de l'article 14 lorsque le motif de distinction n'appartient pas au « noyau dur »¹. Les Cours européennes et communautaires apparaissent alors fort parcimonieuses dans la mise en œuvre de ces principes à un niveau supranational. Elles sont certainement conscientes des différences de conceptions à l'œuvre dans les différentes jurisprudences nationales² et ne veulent pas entrer en conflit avec ces dernières sur ce terrain. Dès lors, il est possible de considérer que les juges renvoient pour l'essentiel à la conception que se fait le juge national de ces principes³. C'est une première marque d'autolimitation de la part des juges supranationaux. Mais l'autolimitation peut apparaître dans le choix de la méthode elle-même. A cet égard, le Conseil constitutionnel constitue un exemple prégnant d'autolimitation (A). La Cour de cassation, par la nouvelle approche du principe d'égalité de traitement, semble, au contraire dessiner un certain activisme au travers de la méthode matérielle (B).

A. LA MÉTHODE FORMALISTE, L'AUTOLIMITATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

383. Le principe d'égalité a été, en France, le principal agent propagateur de la Révolution⁴. Son caractère de droit fondamental des individus, mais plus encore son caractère matriciel⁵, justifie que les juges lui donnent le plus d'ampleur possible. Néanmoins, il peut représenter une menace pour l'activité du Parlement. En effet, s'il est trop strictement entendu par le

¹ Voir Partie 1, titre 2, chapitre 1

² Pour un exemple, voir O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992.

³ En ce sens, E. Dubout, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁴ Voir en ce sens, les travaux de S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française, (1789-1799)*, Economica-. PUAM, 1995 et de R. Debbasch *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988.

⁵ Voir Chapitre 1, section 1, supra.

Conseil constitutionnel, il peut bloquer presque toute l'activité du Parlement¹. Sans restreindre son contrôle aux seules discriminations que la Constitution interdit², il est nécessaire que le juge constitutionnel fixe lui-même son contrôle juridictionnel afin de ménager le pouvoir législatif. S'abstenir d'une telle précaution risquerait de conduire à une remise en cause de la légitimité de la justice constitutionnelle³. Si le Conseil constitutionnel doit exercer la plénitude de son contrôle⁴, celui-ci est exercé avec réserve. La première expression de celle-ci est d'affirmer qu'il ne dispose pas d'un « *pouvoir d'appréciation général et de décision identique à celui du Parlement* »⁵. Une seconde expression de cette réserve se retrouve dans la reconnaissance du pouvoir au législateur de définir le contenu de l'intérêt général, fondement de son action⁶. Dès lors, ce concept ne peut être utilisé par le juge constitutionnel pour l'opposer au Parlement, « *sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle* »⁷. Cette autolimitation apparaît dans la pratique par le nombre peu élevé de censures sur le fondement du principe d'égalité⁸, alors même que ce fondement est celui qui est le plus souvent invoqué. L'autolimitation prend également corps dans le contrôle exercé. Le Conseil n'exerce un contrôle strict⁹ que dans certaines matières¹⁰ où sont en jeu des droits

¹ En ce sens F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris: Economica, 1997, p.322.

² Autrement dit le sexe, la religion, l'âge et l'opinion. Telle était la proposition de Ch. Leben dans son article « *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi* », *R.D.P.* 1983, p.295.

³ Voir en ce sens les conclusions de l'article « *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi* », Ch. Leben, *R.D.P.* 1983, p.295.

⁴ Au nom du rôle qui lui est imparti à l'article 61 de la Constitution.

⁵ Une telle affirmation est affirmée dès la décision dite « *I.V.G.* », D.C. 75-54, du 15 janvier 1975, voir « *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, L. Favoreu, P. Sirey, 1989, p.805. Voir également C.const. du 20 janvier 1981, Décision n° 80-127 DC concernant la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ; et sur le refus du contrôle de l'opportunité de la loi cf. C.const. du 28 juillet 14989, décision n° 89-261 DC concernant la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ; et C.const. et 99-416 DC - 23 juillet 1999 - Loi portant création d'une couverture maladie universelle ; C.const. 84-179 DC - 12 septembre 1984 - Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public

⁶ C.const. 83-162 DC - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public.

⁷ *Ibid* Même décision.

⁸ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op.cit*⁸ : le taux de succès d'un recours sur ce fondement n'est que de 18%, sur la période de 1973 à 1995, statistiques p.375 et suivantes.

⁹ Qui pourrait correspondre à un contrôle de conformité, cf. Favoreu, L., « "Le principe de constitutionnalité" », *Mélanges Eisenmann*, (1976), Paris : Cujas, p. 235. Le Conseil fait alors usage de techniques contentieuses propres au contrôle strict, tel que les moyens soulevés d'office ou les réserves d'interprétation, cf. Voir en ce sens F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op.cit* , p. 146 et suivantes.

¹⁰ Voir la procédure pénale et le droit électoral, voir par exemple les décisions les plus emblématiques dans chacune de ces matières : C.const. 80-127 DC - 20 janvier 1981 - Loi renforçant la sécurité et protégeant la

fondamentaux ou un critère prohibé à la Constitution. En revanche, dans les autres domaines le contrôle est restreint¹. Celui-ci est principalement mis en œuvre dans les domaines économiques et sociaux. Selon le doyen Favoreu, le contrôle est essentiellement un contrôle « *de cohérence des mesures prises et de la politique suivie par le législateur* »². Le contrôle restreint se rapproche de l'erreur manifeste d'appréciation du législateur³, qui constitue un contrôle « minimum » de la qualification juridique des faits⁴, autrement dit une erreur « ... *qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé* »⁵. La fonction première d'un tel contrôle est de ménager une part importante de pouvoir discrétionnaire au profit du législateur⁶ et constitue une autolimitation du juge constitutionnel. L'autolimitation du juge constitutionnel est renforcée par la réserve d'intérêt général, qui permet de justifier une différence de traitement du législateur si une différence de situation n'a pas été constatée. Cette réserve lui permet de « desserrer l'étau »⁷ du contrôle qui découle du travail comparatif.

liberté des personnes dite « Sécurité et liberté » des 19 et 20 janvier 1981 et C.const. 78-101 DC - 17 janvier 1979 - Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes dite « Conseils de prud'hommes » du 17 janvier 1979.

¹ Ce qui dans les statistiques élaborées par F. Mélin Soucrammanien, de 1973 à 1995 représente 90% des décisions, cf. F. Mélin-Soucrammanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op.cit* p. 385.

² Note L. Favoreu, Commentaire sous la C.const. 90-287 DC du 16 janvier 1991, Santé publique et assurances sociales, R.F.D.C., n° 6, août. 1991, p. 298.

³ Voir « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », L. Habib, *R.D.P.* 1986, p.695.Ce qui montre un rapprochement des contentieux administratif et constitutionnel, cf. L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *R.D.P.* 1982, p.395. Le Conseil fait parfois lui-même référence à l'erreur manifeste d'appréciation, voir en matière de fonction publique C.const. 82-153 DC - 14 janvier 1983 - Loi relative au statut général des fonctionnaires : considérant 7 : « *Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur a estimé que les personnes appartenant aux catégories définies par l'article 20 bis nouveau de l'ordonnance du 4 février 1959 présentaient des qualités de compétence, d'expérience et de désintéressement faisant présumer leur aptitude à se présenter à un concours de recrutement ayant pour objet de vérifier leur capacité et de choisir les meilleures d'entre elles ; que cette appréciation qu'il appartenait au législateur de porter n'est pas entachée d'une erreur manifeste* » et C.const. 84-179 DC - 12 septembre 1984 - Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public : considérant 13 : « *Considérant que le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre agents appartenant à un même corps ; qu'ainsi, le moyen tiré de l'atteinte à l'égalité ne saurait être utilement invoqué contre les dispositions critiquées qui concernent des corps différents ; que ces dispositions ne sauraient non plus être critiquées comme procédant d'une erreur manifeste d'appréciation, invoquée par les députés auteurs d'une des saisines* » (considérant 7).

⁴ En ce sens, R. Odent, *Contentieux administratif*, Tome 2 Fasc. I. à VI., Dalloz-Sirey, 2007, voir notamment fasc. VI, p.1995.

⁵ G. Braibant, Conclusions sur C.E. sect. 13 novembre 1970, Lambert, *A.J.D.A.* 1971, p.35.

⁶ En ce sens, L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars1986) », *R.D.P.* 1986, p.436.

⁷ F. Mélin-Soucrammanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op.cit* p.322.

384. A titre d'illustration, dans le domaine de la fonction publique, le Conseil constitutionnel a repris la méthode formaliste de la jurisprudence du Conseil d'État. Dans deux décisions¹, il cantonne le principe d'égalité aux agents d'un même corps², à l'image de la juridiction administrative. Cette approche formaliste est fort respectueuse des catégories forgées par le pouvoir lui-même. Si en matière de jurisprudence administrative, elle présente l'avantage du contrôle du respect de la loi, son utilisation est plus critiquable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la différence entre les corps de fonctionnaires découle du statut qui leur est applicable, autrement dit de la loi elle-même. Or, il apparaît comme tautologique d'imposer un principe que le législateur se pose à lui-même. L'objet du contrôle du Conseil constitutionnel est le respect de principes constitutionnels supérieurs. En ce sens, rien ne l'obligeait à reprendre le *distinguo* posé par le législateur. La méthode formaliste s'inscrit dans le contrôle restreint et l'autolimitation du juge constitutionnel, qui prend grand soin, alors, de ménager la discrétionnalité du législateur.

385. Une telle démarche dans son office tend à montrer que le juge constitutionnel est plus préoccupé par l'aménagement de son pouvoir vis-à-vis du pouvoir constituant et du pouvoir législatif que du dialogue avec les autres juridictions. En effet, son office n'est pas défini par lui-même ou par analogie aux pouvoirs que se sont reconnus les autres juridictions, qui peuvent être amenées à écarter des lois que le Conseil a pourtant validées, mais en considération des pouvoirs législatif et constituant. La nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité³ ne semble pas avoir modifié substantiellement les choses. Ce contrôle *a posteriori* donne de nouvelles opportunités de censure, comme le montre la

¹ C.const.15 juillet 1976, n° 76-67 DC, Dossier des fonctionnaires, *RecueilRec.* p. 35 ; C.const. 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, Limite d'âge dans la fonction publique, *RecueilRec.* p. 73.

² En particulier dans la décision de 1984, le conseil affirme : « *considérant que le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre agents appartenant à un même corps ; qu'ainsi, il est loisible au législateur de fixer les règles qui lui apparaissent les plus appropriées pour chaque corps, notamment celles qui concernent les limites d'âge ; que les professeurs au collège de France constituent un corps particulier ; que dès lors, en fixant pour eux une limite d'âge particulière la loi n'a pas porté atteinte au principe d'égalité* ». La formulation paraît maladroite. En effet, si le principe d'égalité n'est pas applicable, l'égalité ne serait être affectée... Mais si l'égalité n'est pas applicable, à quelle égalité le Conseil constitutionnel fait-il référence lorsqu'il affirme que la loi déférée ne lui porte pas atteinte ? (cf. A. Zarca, « *L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable* », a.J.F.P. 2005, p.10).

³ Voir introduction.

première décision du Conseil en la matière¹. Celle-ci déclare inconstitutionnelle des articles des lois relatives aux pensions civiles et militaires des fonctionnaires², qui avait pour effet d'exclure les ressortissants algériens et de créer en conséquence une discrimination fondée sur la nationalité. Si la création d'une telle voie de recours pouvait amener à penser que le Conseil adopte un contrôle moins absolu et plus relatif³, se détachant ainsi de la méthode formaliste, le juge constitutionnel demeure pour l'instant attaché à son contrôle traditionnel⁴. La démarche du Conseil demeure abstraite⁵ et soucieuse du respect du pouvoir législatif⁶. Seules des considérations très fortes peuvent amener le Conseil à adopter un raisonnement plus pragmatique, comme le montre la décision relative à la garde à vue⁷.

386. La déférence du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur n'est pas partagée par la chambre sociale à l'endroit du pouvoir patronal.

¹ C.const.Décision n° 2010-1, Q.P.C. QPC du 28 mai 2010, Consorts L., *Journal officiel du 29 mai 2010*, p. 9728. .

² En l'occurrence l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 qui ont pour objet de garantir aux titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, ainsi que l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 qui abroge l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002.

³ En ce sens, L. Favreau, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », A.I.J.C., 1988, IV, p.51.

⁴ Les Q.P.C. relatives qui voient la mise en œuvre du principe d'égalité sont : C.const.Décision n° 2010-1, Q.P.C. du 28 mai 2010, Consorts L., *Journal officiel du 29 mai 2010*, p. 9728. ; C.const. ; Décision n° 2010-3, Q.P.C. du 28 mai 2010, Union des familles en Europe, *Journal officiel du 29 mai 2010*, p. 9730; C.const. ; Décision n° 2010-2, Q.P.C. du 11 juin 2010, Mme Vivianne L., *Journal officiel du 12 juin 2010*, p. 10847; C.const. ; Décision n° 2010-8, Q.P.C. du 18 juin 2010, Époux L., *Journal officiel du 19 juin 2010*, p. 11149; C.const. ; Décision n° 2010-13, Q.P.C. du 09 juillet 2010, M. Orient O. et autre, *Journal officiel du 10 juillet 2010*, p. 12841; C.const. ; Décision n° 2010-11, Q.P.C. du 09 juillet 2010, Mme Virginie M., *Journal officiel du 10 juillet 2010*, p. 12840.

⁵ Le Conseil ne fait jamais référence à la situation particulière du contentieux qui a amené à poser la question prioritaire de constitutionnalité.

⁶ La décision C.const.n° 2010-8 Q.P.C. du 18 juin 2010 est intéressante à cet égard. Le requérant contestait l'engagement de la responsabilité de l'employeur qu'en cas de faute inexcusable. Face à ce recours, le juge constitutionnel souligne en premier lieu le pouvoir du législateur en ce domaine : « *aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi « détermine les principes fondamentaux... du droit du travail... et de la sécurité sociale » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (considérant 8). Ce n'est que dans le considérant suivant qu'est énoncé le principe d'égalité. Cet ordre donné aux considérants semble suggérer qu'en la matière, le législateur jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire. La considération du pouvoir détenu par le législateur apparaît alors comme premier. Le pouvoir du Conseil constitutionnel s'en trouve d'autant plus restreint.

⁷ Voir *infra*

B. LA MÉTHODE MATÉRIELLE, L'ACTIVISME DE LA COUR DE CASSATION

387. La chambre sociale de la Cour de cassation s'intéresse au pouvoir patronal dont elle doit contrôler les actes. Contrairement au Conseil constitutionnel, elle ne contrôle pas le pouvoir législatif¹. Le contrôle du juge ne se pose plus, dès lors, sous l'angle de la démocratie et de la séparation des pouvoirs. La définition de l'intensité du contrôle de l'employeur suppose d'en déterminer les fondements. Certains estiment que le pouvoir de l'employeur découle du contrat, qui en constitue un acte-condition². D'autres le fondent sur l'intérêt de l'entreprise ou la fonction économique de l'activité exercée³. D'autres encore le fondent sur la liberté d'entreprendre, qui a connu une consécration constitutionnelle⁴. En matière de décision de gestion, la chambre sociale de la Cour de cassation a dans un premier temps opté pour la discrétionnalité de l'employeur, qui pouvait alors se fonder sur sa propre subjectivité. C'était la théorie dite « *de l'employeur seul juge* », initiée par la jurisprudence Brinon⁵ en ces termes :

« ... *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail ...* »⁶.

¹ Toutefois, en tant que juge de droit commun des droits communautaires et européens, elle dispose d'instruments juridiques supralégislatifs qui lui permettent d'écarter une disposition législative.

² « acte-condition » au sens d'A. Jeammaud : « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*. Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 299-316.

³ « L'employeur et le juge », H. Thiébault, *Dr.SocD.S.* 1997, p.133.

⁴ En ce sens, voir « Le juge et l'employeur », Ph. Langlois, *Dr.SocD.S.* 2003, p.283. Néanmoins, cette liberté connaît des limites. La décision C.const.n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 - Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations affirme en effet : « Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »

⁵ Soc., 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 499 ; *D.* 1958.21, note G. Levasseur ; *J. C. P.* 1956. II. 9397, note P. Esmein ; *Grands arrêts du droit du travail*, G. Lyon-Caen, Sirey, 1980, n° 79 ; N. Catala, « *L'entreprise* », in *Traité Dalloz de droit du travail*, G.-H. Camerlynck (sous la direction de) t. 4, 1980, n° 11 et suivants et n°164.

⁶ En conséquence, l'employeur ne peut être condamné à indemniser ses salariés à la suite des fautes de gestion ayant entraîné la fermeture de l'usine.

Néanmoins, la jurisprudence a remis en cause une telle théorie¹. Ceci est dû notamment aux habilitations légales en faveur du juge qui, par exemple, doit contrôler la cause du licenciement et au développement des contestations judiciaires qui ont permis aux juges d'affirmer et de mieux définir leurs contrôles². Néanmoins, la remise en cause de « l'employeur seul juge », particulièrement en matière de licenciement économique³, ne signifie pas que l'employeur ait perdu son pouvoir de décision. L'employeur reste juge de l'opportunité de la décision à prendre⁴, le juge ne peut se substituer à lui⁵. En réalité, l'exercice de ce pouvoir de décision se trouve encadré, c'est-à-dire que l'employeur doit pouvoir s'en expliquer à l'occasion d'un contentieux⁶.

L'affirmation du principe d'égalité de traitement à compter de la jurisprudence Ponsolle s'inscrit dans ce mouvement. Il faut « *prendre conscience que les relations de travail au sein de l'entreprise sont aussi soumises depuis la loi du 31 décembre 1992, au principe d'égalité devant la loi* »⁷. La jurisprudence relative à ce principe a conduit à sortir du subjectivisme et à demander à l'employeur de justifier ses choix, ses décisions, lorsqu'ils sont contestés, par des faits objectifs⁸.

¹ La formule « seul juge » se fait de plus en plus rare en jurisprudence, voir en ce sens J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Soc.* 1982, p.1. Le changement s'opère vers la fin des années 1980 et dans les années 1990.

² Sur l'ensemble de ces raisons, voir « Le juge et l'entreprise », Ph. Waquet, *Dr. Soc.* 1996, p.472.

³ Ce n'est pas l'unique domaine, tant s'en faut. Ainsi, la jurisprudence relative aux critères de validité des clauses de non-concurrence suppose, au moins dans son principe, le contrôle de l'opportunité de la décision par laquelle un employeur insère une telle clause dans le contrat de travail d'un salarié, voir en ce sens V. -N. Gavalda, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. Soc.* 1999, p. 582.

⁴ Par exemple, le juge ne peut imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction et ainsi violer le principe fondamental de la liberté d'entreprendre. « Sur le pouvoir de direction et la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise », *Travail et Protection sociale* n° 10, Octobre 2004, comm. 299, Cass. soc., 13 juill. 2004, n° A 02-15.142, F-P+B, Sté Carrefour France et a. c/ Union des syndicats CGT des personnels du Commerce de la distribution et des services du Rhône et a.

⁵ En matière de licenciement économique voir, l'arrêt SAT, cf. Ass. Plén. 8 déc. 2000, *S.S.L.* 8 janv. 2001 et la note M. Henry et F. Saramito, *D.O.* 2001 p. 357; A. Jeammaud et M. Le Friant « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », *Dr. Soc.* 2002 p. 417. Sur la référence à la Charte sociale européenne, M. Bonnechère, « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe », *S.S.L.* 25 oct. 2004 n° 1187 et 2 nov. 2004 n° 1188 ; A. Lyon-Caen, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle » in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses Universitaires de Toulouse, 2001, p.95. Plus récemment, lire F. Géa, « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens » à propos de l'arrêt Soc. 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, à paraître au *Bulletin, R.D.T.* 2009, 584.

⁶ En ce sens, voir notamment « Le juge et l'entreprise », P. Waquet, *op. cit.*

⁷ P. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. Soc.* 2003, n° 3, p. 276

⁸ « Retour sur l'arrêt Ponsolle », P. Waquet, *R.D.T.* 2008, p.2.

Toutefois, la chambre sociale a semblé, dans un premier temps, faire œuvre d'autolimitation dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement. En effet, toute raison avancée par l'employeur qui avait l'apparence de l'objectivité était acceptée par les juges, ce qui vidait de toute substance le principe¹. Les juges de la Cour de cassation craignaient, non pas seulement de s'immiscer par trop dans la décision de gestion et de rogner sur le pouvoir de l'employeur, mais également d'atteindre la liberté contractuelle, dont ils avaient par ailleurs assuré le renouveau². La majorité des premiers arrêts concernait la rémunération, dont, dans la plupart des cas, une partie trouve son fondement dans le contrat de travail. Il existe alors une tension entre le contrat de travail qui permet l'individualisation de la rémunération³ et le principe d'égalité de traitement qui, s'il trouve à s'appliquer, suppose de traiter de manière identique un salarié par rapport à un autre. En somme, ce principe peut faire échec à la négociation individuelle du contrat⁴. La crainte de remise en cause de la liberté contractuelle et de l'équilibre contractuel est surtout prégnante dans les premiers arrêts relatifs au principe d'égalité de traitement et à la négociation collective. En effet, la Cour n'a pas voulu limiter le recours à la négociation d'établissement au nom de l'égalité⁵ et le choix du niveau de négociation par les négociateurs. Elle a fait œuvre également d'autolimitation quant au contenu même des accords, au point qu'en doctrine certains ont été à se demander si la négociation collective ne constituait pas un moyen utile pour l'employeur de s'affranchir des exigences du principe d'égalité de traitement⁶.

¹ En ce sens I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008 p. 648.

² P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *R.J.S.* 1999, p. 383, voir également F. Gaudu, *Les contrats du travail, Contrats individuels- Conventions Collectives et Actes Unilatéraux*, L.G.D.J., 2001.

³ P. Adam, *L'individualisation du droit du travail- Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J., 2005. Voir également, à propos des contestations vigoureuses, à la suite de l'arrêt Ponsolle, cf. Soc. 29 oct. 1996, Ponsolle, *Bull. civ.* V, n° 359 ; *D.* 1998. Somm. 259, obs. M.-T. Lanquetin ; *Dr. Soc.* 1996 p. 1013, note A. Lyon-Caen. Voir aussi A. Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *R.D.T.* 2006 ; A. Jeammaud, *D.* 2007. Pan. 179 ; Soc. 26 juin 2008, *D.* 2008. AJ. 2084 ; *R.D.T.* 2008. 747, obs. Laulom ; *J.S.L.* 2008, n° 241-3 ; ass. soc., 1 juin 2005, *D.* 2005, IR p. 1590, obs. E. Chevrier ; Rapport annuel de la cour de cassation 2008, IIIe partie, *La prohibition des discriminations, traduction d'une pensée ontologique* ; G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2006, p.825.

⁴ En ce sens J.-F. Cesaro « La prise en compte du parcours professionnel peut justifier une différence de rémunération », *J.C.P. S.* 2006, n°1496.

⁵ Voir, G. Couturier « Négociation d'établissement et discriminations « entre salariés/L'arrêt EDF du 27 octobre 1999 », *Dr. Soc.* 2000, p.185.

⁶ Voir en ce sens T. Aubert-Monpeyssen, « On ne peut pas contourner le principe d'égalité de rémunération par accord collectif » Soc. 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.411, publié au Bulletin et Soc. 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.213, inédit, *R.D.T.* 2007 p. 320 ; du même auteur « Principe à « travail égal salaire égal » », *J.C.P.E.*,

La nouvelle orientation de la jurisprudence, depuis 2008¹, s'apparente à une jurisprudence d'activisme juridictionnel. La chambre sociale affirme clairement la nature du contrôle des juges sur la justification de la différence, qui doit être réelle, raisonnable et pertinente². La jurisprudence du 1er juillet 2009³ démontre, plus que d'autres, l'activisme et la rupture avec la jurisprudence précédente. Il s'agissait, en l'espèce, d'une indemnité de congés payés, qui n'était accordée qu'aux cadres selon les termes mêmes de l'accord collectif applicable. La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond en ces termes énergiques :

« Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

Ainsi, une distinction entre cadre et non-cadre, pourtant très courante dans les accords collectifs n'est pas admise de ce seul fait. Si une telle jurisprudence ne remet pas en cause

n°30, 26 juillet 2007, p. 45; Voir également H. Tissandier « Négociation collective et différences de traitement des salariés », Soc. 18 janvier 2006, *R.D.T.* n°1, juin 2006, p. 38. Or, l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2008 autorise l'employeur à organiser les fonctions de telle sorte qu'il s'exonère de l'application du principe d'égalité de rémunération. Cette jurisprudence peut s'expliquer par la rencontre avec une autre jurisprudence de la Cour de cassation : celle relative à l'application du principe « à travail égal, salaire égal ».

¹ « Vu le principe " à travail égal, salaire égal " ; Attendu qu'au regard de ce principe, la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée » Soc. 16 décembre 2008, n° 07-42.107 ; voir aussi « Mais attendu que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; Et attendu que la cour d'appel a exactement décidé que l'employeur qui avait réservé l'octroi de tickets-restaurant au seul personnel non-cadre de son entreprise ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass. soc. 20 février 2008, n° 05-45.601).

² A propos du contrôle de pertinence voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

³ En l'espèce, l'accord litigieux octroyait trente jours de congés payés par an aux cadres, alors qu'il n'en prévoyait que vingt-cinq pour les salariés non cadres. La Cour de Cassation censure la justification de cet avantage faite par la Cour d'Appel de Paris, laquelle s'était fondée sur « l'importance des responsabilités [...] confiées [aux cadres] par l'employeur », et énonce que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (Cass. Soc., 1^{er} juillet 2009, n°07-42675).

tous les avantages qui sont fondés sur une telle distinction et, en l'espèce, l'employeur doit tenter devant la cour d'appel de renvoi de justifier la distinction¹, elle n'accepte pas la simple référence à des catégorisations préétablies. Cette jurisprudence remet en cause certaines habitudes des négociateurs, au point de faire peser un fardeau supplémentaire sur les syndicats catégoriels de cadres, qui devront systématiquement justifier, dans leurs revendications et négociation, de l'octroi d'avantages spécifiques à ceux qu'ils représentent. Cette jurisprudence est un avertissement clair aux interlocuteurs sociaux afin qu'ils respectent, dans les dispositions mêmes de leurs conventions le principe d'égalité de traitement. Celui-ci doit, dès lors, être un souci de chaque point de négociation, à moins qu'il ne représente des stratégies syndicales².

388. La méthode matérielle, qui suppose une approche plus concrète, ou pour reprendre les termes de la Cour de cassation « réelle », permet au juge de s'émanciper des catégorisations préétablies. Désormais, chaque avantage, accordé par l'employeur ou les interlocuteurs sociaux au travers des accords collectifs, est soumis au principe d'égalité de traitement. L'activisme de la Cour de cassation s'exprime par un revirement jurisprudentiel. Avant 2008 la Cour de cassation concentrait son contrôle sur la justification de l'employeur. Désormais, elle invite les juges du fond à contrôler également la distinction en elle-même et donne un essor nouveau à la comparaison. La Cour de cassation, en abandonnant la méthode formaliste, respectueuse des catégorisations juridiques préétablies, réinvestit le terrain de la comparaison.

389. En conclusion, la détermination de la focale suppose une réflexion de l'observateur de la comparaison sur sa propre action. En matière de mise en œuvre de l'exigence d'égalité, cette réflexion préalable est particulièrement riche et lourde d'enjeux. En effet, l'activisme ou l'autolimitation juridictionnels vont déterminer l'encadrement plus ou moins strict du pouvoir contrôlé et ce faisant, de son étendue. Enfin, la nouvelle orientation de la jurisprudence de la

¹ Voir « *Le principe d'égalité de traitement – Difficultés de promotion* », J. Barthélémy, S.S.L.n° n°1439 Supplément du 29 mars 2010 et voir aussi, P.-H. Antonmattéi, « *Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête !* », Dr. Soc. 2009.

² Cette jurisprudence pourrait donner lieu à des stratégies particulières : un syndicat « arrache » un nouvel avantage en faveur d'une catégorie de salarié, puis dans un second temps suscite des actions en Justice pour voir celui-ci étendu à ceux qui en sont initialement exclus.

chambre sociale pourrait bien être l'expression d'un dialogue-transfert¹, le juge judiciaire se rapprochant de l'activisme juridictionnel caractéristiques des jurisprudences européennes en matière de non-discrimination. L'autolimitation d'une juridiction, à l'image du Conseil constitutionnel, semble au contraire une fermeture au dialogue des juges. Celle-ci explique par exemple le refus du juge constitutionnel français de reprendre à son compte la bilatéralité² du principe d'égalité affirmée par les juges supranationaux. En effet, une telle reprise constituerait une limite supplémentaire au travail législatif.

La détermination de la focale n'exige pas seulement une réflexion sur son propre office. En effet, elle suppose également de s'intéresser à la décision elle-même.

PARAGRAPHE 2 : UN CONTRÔLE OBJECTIF : L'OBJET DE LA DÉCISION

390. L'objet du contrôle de l'exigence d'égalité est un acte juridique (loi, règlement, convention collective, usage ou engagement unilatéral) ou un traitement (embauche, versement d'une prime,...). Ceux-ci portent en eux une distinction entre ceux qui bénéficient de l'avantage et ceux qui en sont exclus. C'est précisément cette distinction, à l'œuvre dans la mesure contrôlée, que l'exigence d'égalité met à l'épreuve. La distinction suppose une comparaison par l'auteur de l'acte. Or, entre deux situations, il existe une infinité de critères de comparaison. Comment les juges peuvent établir que ce qui a été pris comme différent aurait dû être pris pour semblable ?³ Ce faisant, qu'ils soient engagés dans un activisme ou une autolimitation juridictionnels, ils doivent veiller à ne pas décider en lieu et place du pouvoir contrôlé. Cette exigence impose de prendre en considération les finalités poursuivies par l'auteur de la distinction. Toutefois, une telle démarche empreinte de subjectivisme, pose de redoutables problèmes d'interprétation, comme l'illustre l'exemple du législateur (I). C'est pour cette raison que l'ensemble des juridictions étudiées convergent toutes vers une méthode

¹ Voir introduction générale.

² Cf. *infra*.

³ Cette question concerne aussi bien le principe d'égalité ou d'égalité de traitement, que les règles de non-discrimination. En effet, ces dernières lorsqu'elles posent une prohibition, supposent que l'on ne peut pas distinguer selon un critère discriminatoire et que l'auteur de la mesure aurait dû alors tenir les deux situations pour identique.

plus objective, en ce sens qu'elle se détache de l'intention première de l'auteur de l'acte, pour s'intéresser à l'objet de la décision elle-même (II).

I. LES LIMITES DU CRITÈRE DE LA FINALITÉ POURSUIVIE : L'EXEMPLE DU LÉGISLATEUR

391. Dans la mise en œuvre des règles de non-discrimination, désormais orientée vers la révélation du phénomène discriminatoire¹, la finalité poursuivie par l'auteur de l'acte n'est pas centrale. La discrimination peut être établie sur la base des effets discriminatoires de la mesure, au travers notamment de la discrimination indirecte. De même, la discrimination directe n'est plus exclusivement fondée sur l'intention discriminatoire de l'auteur de l'acte ou du traitement litigieux². Dès lors, les juges se détachent de la finalité poursuivie par ce dernier. Bien évidemment, il n'en demeure pas moins que si les juges établissent l'existence d'une intention discriminatoire, la finalité, ainsi mise à jour, doit mener à sanctionner l'auteur de la mesure. Il demeure une exception notable dans laquelle la finalité tient une place prépondérante : lorsque l'auteur de la mesure souhaite corriger une inégalité de fait et mener une politique de compensation des discriminations, il doit alors se conformer aux conditions de validité des « actions positives » ou « discriminations positives »³.

392. En ce qui concerne le législateur, certains auteurs avaient appelé le Conseil constitutionnel à ne contrôler exclusivement que les distinctions prohibées par la Constitution elle-même, à savoir les discriminations fondées sur le sexe, l'âge, la religion, l'opinion⁴. Aujourd'hui, ces dispositions constitutionnelles sont renforcées par les textes communautaires et européens qui peuvent mener à écarter une loi. Le juge de la rue Montpensier a maintenu sa jurisprudence relative au principe d'égalité, dont la constitutionnalité ne fait guère de doute⁵. Par contre, son contenu est plus sujet à caution. En effet, selon Monsieur Luchaire, à propos des principes à valeur constitutionnelle : « *le juge se trouve devant une norme parfaitement formulée par un texte de valeur constitutionnelle : mais manquent les règles qui en permettent*

¹ Voir chapitre 1, section 2 du présent titre.

² Voir en particulier l'évolution dans la jurisprudence de la chambre sociale, sous l'influence des Cours communautaires et européennes, cf. *Chapitre 2, Titre 1, Partie 1*.

³ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁴ Voir « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », Ch. Leben, op. cit.

⁵ Voir l'introduction du Chapitre 1, titre 1, Partie 1.

la mise en œuvre ; pour que la norme ne soit pas lettre morte, le juge est appelé à élaborer ces règles nécessaires ; ... le rôle prétorien du juge doit permettre ici de faire disparaître les « angles morts » du contrôle juridictionnel et d'assurer une application complète de la norme juridique »¹. Dès lors, s'il appartient au juge de définir le principe d'égalité, sa mise en œuvre ne peut faire abstraction de l'objectif poursuivi par le législateur : « Comment peut-on, en effet, si l'on admet que toute différence de situation ne justifie pas une différence de traitement, juger de la pertinence de la distinction opérée par le législateur sans avoir à l'esprit les raisons qui l'ont conduit à opérer cette distinction ? »². D'un point de vue théorique, le principe d'égalité suppose un contrôle des rapports entre les éléments du fond de l'acte, au nombre de trois. Tout d'abord, il est nécessaire de tenir compte de la différence de traitement elle-même, ensuite, du but, qui est la finalité poursuivie et enfin les critères, qui sont les antécédents, de fait ou de droit, qui ont amené à prendre la mesure et à opérer la distinction. La différence de traitement est le produit de l'application du droit et de l'appréciation des faits dans la perspective du but poursuivi. La finalité d'un acte précède toujours son accomplissement ; elle influence nécessairement le choix des moyens. Le principe d'égalité suppose de contrôler les rapports, parfois entre les trois membres, le plus souvent entre la différence de traitement et le but ou la différence de traitement et les critères³.

Le principe d'égalité suppose donc de rechercher la *ratio legis*⁴. Une telle recherche ne va pas sans difficulté car elle suppose non seulement une interprétation de l'acte lui-même, en l'occurrence la loi, mais également de ce qui lui précède et qui a présidé à sa promulgation. Le principe d'égalité pose alors avec acuité la question du travail interprétatif du juge. En effet la démarche suivie semble supposer que l'interprétation est un acte de connaissance, qu'il existerait une signification unique. Dans une perspective classique, le juge se doit de découvrir la *ratio legis* sans exercer aucune appréciation personnelle⁵. Le juge adopte parfois

¹ F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », R.D.P. 1981, p.313.

² D. Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr.Soc.* 1987, p. 785.

³ G. Pélissier, Le principe d'égalité, *op.cit.*, p. 48.

⁴ Expression latine signifiant : « raison d'être de la loi ».

⁵ Voir par exemple PPh. Gérard, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », in M. Van De Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1978, p.62.

la méthode exégétique ou volonté historique du législateur¹. Dans certaines hypothèses, les objectifs du législateur sont énoncés clairement dans le texte de la loi, soit dans l'exposé des critères², soit dans la loi elle-même³; voire dans les travaux préparatoires⁴ ou dans les débats parlementaires⁵, mais une telle référence demeure rare⁶. De manière forte instructive, le Conseil constitutionnel, dans l'une des premières décisions⁷ dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité a eu à connaître d'une disposition de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui visait à remettre en cause la jurisprudence Perruche⁸. De manière assez surprenante, le juge

¹ F. Ost et M. Von de Kerchove, *Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p.49. Mais ce n'est pas la directive prépondérante dans l'interprétation de la Convention par la C.E.D.H. voir par exemple C.E.D.H. 24 juillet 2003, arrêt Karner c. contre Autriche, *recueil des arrêts et décisions* 2003-IX, requête n° 40016/98 24 juillet 2003 §39 à 43.

² Par exemple pour le Conseil constitutionnel D.C.const. 98-401 DC - 10 juin 1998 - Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

³ Par exemple pour le Conseil constitutionnel l'objectif d'amélioration de l'emploi des jeunes est qualifié de « finalité d'intérêt général » (C.const.86-207 DC - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social D.C. 86-207), finalité qui est déduite de l'article 2 de la loi qui autorise le gouvernement à prendre toutes dispositions, « confortant l'emploi des jeunes de seize à vingt-cinq ans et favorisant leur embauche »

⁴ Selon le secrétaire général du Conseil constitutionnel J.-E. Schoettl : « pour que cette recherche soit fidèle à l'intention du législateur, le motif critère d'intérêt général doit ressortir des travaux préparatoires et non faire l'objet, a posteriori, d'une reconstruction prétorienne » cf. « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général, La Documentation française, 1999, p.381. La C.E.D.H. peut recourir aux réformes législatives postérieures au texte qu'elle analyse pour conforter sa position cf. C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, Série A n°31(à vérifier...); voir également C.E.D.H. 4 juin 2002, Wessels- Bergervoet c. Pays-Bas, requête n°34462/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-IV §53.

⁵ Autre exemple tiré de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : C.const.97-388 DC - 20 mars 1997 - Loi créant les plans d'épargne retraite. Dans cette décision, le Conseil se fonde sur les travaux préparatoires de la loi concernant les : D.C. 97-388 cf. plans d'épargne retraite pour favoriser la mobilité des citoyens français travaillant hors de France. Il prend donc en compte la volonté d'une, pour qu'ils aient une meilleure protection sociale, objectif clairement affirmé dans les débats au Sénat c pour renforcer « la présence française dans le monde » (cf. Intervention de J.P. Cantegrit, *J.O. Débats, Sénat*, 13 décembre 1996, p.7321.).

⁶ Mobilisation par le conseil constitutionnel des débats parlementaires : C.const. 80-119 DC - 22 juillet 1980 - Loi portant validation d'actes administratifs, C.const., 86-208 DC - 02 juillet 1986 - Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, C.const., 87-228 DC - 26 juin 1987 - Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade ; des travaux préparatoires cf. C.const. 85-192 DC - 24 juillet 1985 - Loi portant diverses dispositions d'ordre social, C.const., 86-223 DC - 29 décembre 1986 - Loi de finances rectificative pour 1986, C.const., 88-250 DC - 29 décembre 1988 - Loi de finances rectificative pour 1988, C.const., 94-341 DC - 06 juillet 1994 - Loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux, C.const., 97-388 DC - 20 mars 1997 - Loi créant les plans d'épargne retraite.

⁷ C.const. n° 2010-2, Q.P.C. du 11 juin 2010, Mme Vivianne L., *Journal officiel du 12 juin 2010*, p. 10847.

⁸ Arrêt rendu le 17 novembre 2000 par la Cour de Cassation, réunie en assemblée plénière dit « Perruche », critiqué pour être à l'origine d'un « droit de ne pas naître », confirmé notamment par trois arrêts (A.P. 13 juillet 2001, 97-17.359; A.P. 13 juillet 2001, 97-19.282; A.P. 13 juillet 2001, 98-19.190, publiés au *Bulletin* 2001 A. P. N° 10 p. 21). Par réaction, le législateur élabore la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui, dans son article 1er,

constitutionnel, dans son visa, cite l'arrêt de la Cour de cassation¹, afin de mieux expliquer les critères de l'adoption de la disposition législative contestée². Ce faisant, les juges se placent dans une position d'hétéronomie. C'est ce que les professeurs Ost et Van de Kerchove appellent le « refoulement de l'interprétation »³. L'objectivité d'une telle démarche peut être mise en doute : tout d'abord, l'existence même d'une intention du législateur est douteuse, car il faut se méfier du mythe de la volonté univoque du législateur. Comme le souligne Monsieur Gusatini, « dans le monde moderne, ce qu'on appelle « le législateur » n'est jamais un individu déterminé, car les lois sont le résultat d'un processus de décision dans lequel plusieurs individus sont engagés »⁴. Il conviendrait, dès lors, de recenser la motivation de chacune des personnes qui a participé à l'adoption de la loi, ce qui est matériellement difficile. Il convient d'ajouter avec Monsieur Troper qu'« il est difficile, voire impossible, de connaître l'état mental de chacun des auteurs du texte, au moment où ils l'ont adopté et même si l'on pouvait parvenir à cette connaissance, elle n'aurait pour objet qu'un simple fait psychique »⁵. En outre, la reconstruction des objectifs de la loi est une opération très complexe car une disposition a pu être adoptée pour des objectifs variés, voire divergents ou contradictoires⁶.

Il apparaît alors que la découverte de la *ratio legis* ne peut être réduite à un pur acte de connaissance. Elle résulte, au contraire, d'un acte de volonté de la part du juge, dont l'activité

article codifié désormais à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, dispose : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».⁸

¹ Si ce n'est pas la première fois que le Conseil s'ouvre ostensiblement au dialogue avec la Cour de cassation (voir notamment à propos du choix de l'employeur et du contrôle du juge judiciaire, cf. C.const. 2001-455 D.C. - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053 qui reprend la jurisprudence *Sat* de la Cour de cassation, cf. A.P. 8 décembre 2000, *Bull. A. P.*, n° 11 p. 19), c'est la première fois que le dialogue est affirmée dans le visa même.

² Voir considérant 7 : « Considérant, en deuxième lieu, qu'après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 susvisé, le législateur a estimé que, lorsque la faute d'un professionnel ou d'un établissement de santé a eu pour seul effet de priver la mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse, l'enfant n'a pas d'intérêt légitime à demander la réparation des conséquences de cette faute ; que, ce faisant, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence que lui reconnaît la Constitution sans porter atteinte au principe de responsabilité ou au droit à un recours juridictionnel ». ² Voir considérant 7.

³ F. Ost et M. Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p.382.

⁴ R. Guastini, « Interprétation et description de normes », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p.98.

⁵ M. Troper, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, 1991, p.191.

⁶ F. Génay, *Méthodes et sources d'interprétation en droit privé positif*, tome 1, L.G.D.J., LGDJ, 2ème éd., 1919, p.293.

d'interprétation est inévitable¹. En ce sens, si le principe d'égalité vise à lutter contre l'arbitraire du législateur², il ne permet pas d'éviter l'arbitraire du juge constitutionnel³. Ainsi, pourquoi le critère du nombre de salariés est-il accepté par le législateur pour exclure une entreprise du champ d'application de la loi relative à la démocratisation du secteur public⁴, alors qu'un tel critère est exclu pour déterminer le droit de vote de l'employeur pour l'élection des conseillers prud'homaux du collège employeur⁵ ? Il apparaît alors que le Conseil constitutionnel ne fait pas tant œuvre d'interprétation dans la définition même du principe d'égalité, qui est défini négativement⁶, ce qui le dispense de devoir définir un « modèle » constitutionnel de l'égalité⁷. Ainsi, le juge constitutionnel peut adapter sa jurisprudence aux circonstances de l'espèce et concentrer son œuvre interprétative sur les éléments de la comparaison.

En somme, les juges ne peuvent tenir la finalité poursuivie comme un « donné », qui leur permettrait de guider leur contrôle. Le but de l'auteur de la mesure est, en réalité, un construit de l'interprétation du juge. Afin de pallier au subjectivisme de leur propre démarche, les juges ont adopté une démarche qui se veut plus objective. La détermination de la focale repose sur l'objet de la décision, ce qui suppose de prendre en compte les raisons logiques inhérentes à celle-ci.

II. L'OBJET DE LA MESURE : LA CONVERGENCE MÉTHODOLOGIQUE

393. Les règles de non-discrimination et le principe d'égalité ou d'égalité de traitement ne supposent pas le même rapport entre le juge et le pouvoir contrôlé. Les premières visent des

¹ Cf. M. Troper, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, 2003, p.98 et suivantes.

² D.C.const. 83-164 DC - 29 décembre 1983 - Loi de finances pour 1984, C.const.81-132 DC -, 16 janvier 1982 - Loi de nationalisation.

³ F. Luchaire. « Un Janus constitutionnel : l'égalité » in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1983 p.1260.

⁴ C.const. 83-162 DC - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public.

⁵ C.const. 78-101 DC - 17 janvier 1979 - Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes.⁵ DC 17 janvier 1979.

⁶ En effet, au fil des décisions, le Conseil lorsqu'il examine la loi à la lumière du principe d'égalité, affirme que celle-ci ne « méconnaît pas » ou n'y « porte pas atteinte » ou n'y est pas « contraire ». au principe d'égalité.

⁷ Voir en ce sens F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.*, doct., 1982, p.115.

critères qui ne peuvent pas être légitimement mobilisés pour fonder une décision. Les juges ont, dès lors, la maîtrise de cette interdiction qui s'impose, en quelque sorte, de « l'extérieur »¹ pour le pouvoir contrôlé. Au contraire, le contrôle fondé sur le principe d'égalité ou d'égalité de traitement vise la rationalité « interne » du pouvoir, les juges ne s'arrogeant pas le droit de décider en lieu et place du pouvoir². Dans ce dernier contrôle, si la prise en compte de la finalité poursuivie par le pouvoir n'est pas pleinement satisfaisante³, les juges visent un contrôle plus objectif qui repose sur l'objet de l'acte ou traitement.

394. Dans l'application des règles de non-discrimination, les juges se réfèrent avant tout à la finalité de protection de ces règles, plus qu'à l'objet des mesures soumises à leur contrôle. Ainsi, le juge communautaire interprète la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité pour éliminer les obstacles à la libre circulation⁴. Dès qu'un avantage est soumis à une condition de résidence, le juge communautaire ne s'intéresse pas tant à l'objectif poursuivi au travers de cette condition, mais l'interprète à l'aune de la non-discrimination fondée sur la nationalité pour en déduire qu'une telle condition, risquaient de désavantager plus particulièrement les travailleurs migrants que les nationaux, est susceptible de constituer une discrimination indirecte. De manière similaire, la non-discrimination syndicale est essentiellement employée par la chambre sociale pour protéger les salariés dotés d'un mandat⁵. Une autre illustration, se retrouve à propos de règles de non-discrimination sexuelle, le Conseil constitutionnel s'est montré si ferme que le législateur constitutionnel a dû intervenir pour surmonter l'obstacle que représenter sa jurisprudence pour pouvoir mettre en place des mesures de parité⁶. Cette jurisprudence est ferme car elle s'appuie sur une conception ontologique de la personne humaine : distinguer entre hommes et femmes est soit arbitraire⁷. Au travers des règles de non-discrimination, les juges font prévaloir l'objectif qui

¹ Il n'est pas de notre propos de reprendre ici les points de vue « interne » et « externe » tel que définie par J. Hart à propos de la science du droit, cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1ère éd 1961, 2nde éd 1993), Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles.

² Cf. §1, *supra*.

³ Voir I., *supra*.

⁴ Voir Partie 1, Titre 2, chapitre 2.

⁵ Voir chapitre droit du travail, partie 1.

⁶ Sur cette question voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2.

⁷ C. Leben appelle le Conseil constitutionnel à ne contrôler que les discriminations, cf. « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.* 1982, pp. 295-353.

leur est assigné par les politiques de non-discrimination sur celui de la mesure examinée, dont la finalité passe au second plan. Une telle position s'explique par le fait que le recours à un critère prohibé est en soi arbitraire.

Le détachement de la discrimination de l'intentionnalité de l'auteur de la mesure suppose de ne pas s'intéresser uniquement aux finalités que ce dernier s'est assignées. La recherche du juge est plus approfondie et ne se contente pas uniquement des raisons affichées ou avancées par le pouvoir contrôlé. Le juge en recherche les implications logiques eu égard aux règles de non-discrimination, comme celui du critère de la résidence à l'égard des travailleurs communautaires non nationaux. La C.E.D.H. agit de même lorsqu'à propos du refus d'agrément à une homosexuelle, les autorités administratives et le juge administratif se fondent sur l'absence de référent masculin dans son entourage, ce qui revient à viser son orientation sexuelle. Les investigations au nom de la non-discrimination peuvent être poussées. Ainsi, en matière de non-discrimination syndicale, la « reconstitution de carrière » est une opération complexe qui permet de prendre en compte non une mesure prise isolément, mais un ensemble de mesures qui ont affecté la carrière d'un mandaté syndical. Autrement dit, il n'est peut-être pas possible d'affirmer l'existence d'une discrimination en analysant chacune des mesures, qui prise individuellement peut apparaître comme justifiée, mais le « plafonnement » dans l'évolution de carrière, comparativement à d'autres salariés, permet de donner un sens à l'ensemble des mesures sur la carrière du mandaté syndical : la discrimination syndicale. La révélation des discriminations offre aux juges la possibilité d'investigation poussée, qui dépasse la simple finalité de la mesure. Les juges peuvent alors s'appuyer sur l'objet de la mesure et sur le fondement des implications logiques en déduire l'existence d'une discrimination. Le respect de la non-discrimination emporte des exigences fortes à l'encontre de l'auteur de l'acte. En effet, il doit veiller non seulement à ne pas se fonder directement sur des critères prohibés, mais également à ce que les effets de ses mesures n'emportent pas d'effet discriminatoire. Cette exigence nouvelle des règles de non-discrimination oblige l'auteur de la mesure à ne pas se contenter d'une décision apparemment rationnelle mais également à veiller à ses effets éventuels. Poursuivre des objectifs qui ne constituent pas, en eux-mêmes, une discrimination directe ne suffit pas. Les règles de non-discrimination définissent une règle d'exclusion : l'exercice du pouvoir n'est pas habilité à se fonder sur de tels critères.

395. L'habilitation dans le principe d'égalité ou d'égalité de traitement est plus complexe car elle suppose d'établir ce que le pouvoir peut ou doit tenir comme équipollent. En vérité, plus qu'un contrôle de raisonnable, qui renvoie à la raison de l'auteur de la mesure, le principe d'égalité ou d'égalité de traitement tend vers un contrôle de la rationalité de la mesure¹. Le *Vocabulaire juridique*² définit le raisonnable d'une mesure de la manière suivante :

« (d'une mesure). Conforme à la raison; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible); par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne. Ex. délai raisonnable. Comp. équitable, naturel, normal. Ant. excessif ou dérisoire. V. ex aequo et bono »³.

Ainsi, la raisonnable fait appel à la raison, au sens philosophique⁴, alors que la rationalité fait appel à la logique. La première suppose souvent un modèle⁵, tel le « bon père de famille » en droit civil⁶. Si raisonnable et rationalité sont souvent confondues⁷, Monsieur Chaïm Perelman a systématisé, en droit, la dichotomie entre les deux, en ces termes :

¹ Sur la confusion qui a eu longtemps cours entre raisonnable et rationalité voir S. Rials, qui, dans la note de bas de page n°218 de sa thèse écrit : « A tort sans doute : la « raisonnable » est infiniment plus inductive, plus expérimentale. Rationnel, bien souvent, n'est pas un standard, car il implique une unique possibilité a priori déterminée » (...) « Il ne peut s'agir [pour le juge] que de la raison normale d'un contractant bonus pater familias ou d'un administrateur responsable, que de la patience normale d'un justiciable qui n'ignore pas les difficultés de l'action administrative et de la célérité normale d'une administration qui ne se les exagère pas (...) ». S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard - Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris 1980.

² Dirigé par Monsieur le Professeur G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2007.

³ Nous regraphions ici le deuxième sens de raisonnable, le premier concernant la personne.

⁴ En ce sens, voir Ch. Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Arch. philo. dr.*, t. 23, 1978, p. 35-42, repris dans « Le raisonnable et le déraisonnable en droit - réflexions sur le droit », (Choix d'articles), *biol. philo. droit*, vol. 29, L.G.D.J., 1984, préf. Michel Villey, spéc. p. 19 : « Alors que les notions de « raison » et de « rationalité » se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable ».

⁵ Sur la notion de modèle, voir l'intervention de Sheldon Leader aux journées A. Jeammaud et la thèse Y. Ferkane, *L'accord collectif du travail : recherche sur la diffusion d'un modèle*, en cours.

⁶ Plusieurs articles du Code Civil visent les termes « bon père de famille », notamment l'article 1137 du Code Civil ou encore l'article 1374 du Code Civil.

⁷ Sur cette confusion, voir l'introduction de G. Weiszberg *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, G. Weiszberg, thèse soutenue le 7 novembre 2003 à l'Université Panthéon-Assas.

« En droit le rationnel correspond à l'esprit de système, à l'esprit de suite, à la conformité aux précédents, au raisonnement logique. Le raisonnable, par contre, caractérise la décision elle-même, le fait qu'elle est ou n'est pas acceptable par l'opinion publique, que ses conséquences soient socialement utiles ou nuisibles, ressenties comme iniques ou équitables ».

396. Ainsi, les juges ont tendance à refuser, en matière de principe d'égalité ou d'égalité de traitement, de prendre en considération la raisonnable de la mesure, en ce sens qu'ils refusent de juger de l'opportunité de la mesure, c'est-à-dire de son utilité sociale. Autrement dit, en dehors des mesures fondées directement sur un critère discriminatoire, la poursuite d'une certaine finalité, plutôt qu'une autre, n'est pas en soi inégalitaire au sens des principes sus énoncés. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme sont les juridictions qui l'expriment le plus clairement. Pour la première d'entre elles, outre qu'elle ne se reconnaît pas un pouvoir égal d'appréciation à celui du législateur¹, elle reconnaît à ce dernier le pouvoir d'apprécier l'intérêt général qui est au fondement de son action². La C.E.D.H., quant à elle, affirme :

« Dans plusieurs arrêts, la Cour a relevé que les États contractants jouissent d'une certaine "marge d'appréciation" pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (...). L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard »³.

Les deux juridictions confèrent ainsi une certaine discrétionnalité au pouvoir qu'elles contrôlent, mais quelle que soit la marge d'appréciation dont le détenteur du pouvoir bénéficie, il doit respecter le principe d'égalité⁴. Le contrôle porte en réalité sur la rationalité,

¹ Voir la décision dite « I.V.G. », D.C. 75-54, du 15 janvier 1975, cf. *supra*.

² Voir par exemple, C.const. 83-162 DC dula décision 20 juillet 1983 - D.C. n° 83-162 DC, « Loi relative à la démocratisation du secteur public », qui établit à son considérant n°81 : « Considérant que, sans qu'il soit besoin de rappeler que, sous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur, ... ».

³ Rasmussen c. Danemark, C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, , série A n°87, op. cit.

⁴ Voir les §41 et §42 de C.E.D.H. 26 février 2002, l'arrêt Fretté c. France, n°36515/97, (op. cit.), à propos du refus d'un agrément en faveur d'adoptionde l'adoption par un homosexuel.

ou plus particulièrement sur la cohérence, qui résulte de l'adéquation entre l'objet de la mesure examinée et la distinction opérée. Cette cohérence de la mesure suppose de constater l'harmonie, ou tout du moins l'absence de contradiction dans l'enchaînement des parties de ce tout¹.

Le Conseil constitutionnel a été le premier à affirmer que la sélection du critère de distinction devait se faire à l'aune de « l'objet » de la mesure² :

« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit et qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation ou des critères susceptibles de la justifier »³.

Le Conseil d'État reprendra, peu de temps après, cette formulation⁴, afin de se la réapproprier⁵. Il doit être prêter attention au vocabulaire employé. En effet, les deux juridictions de droit public ne visent pas le but⁶, mais l'objet. Ce dernier constitue donc l'aune à laquelle la juge peut contrôler si la différence introduite par l'auteur de la mesure est pertinente. Il en constitue la mesure.

397. Quelle est la signification du terme « *objet* » ? La formulation du Conseil constitutionnel vise l'objet de la loi et non celui de la différence de traitement au sein de

¹ Voir la définition de cohérence dans le dictionnaire du Trésor de la langue française, <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=2439920580>.

² Cf. C.E. 10 mai 1974, arrêt Denoyez et Chorques, Req. n°88032 – Req. n°88148, *Recueil* p.274.

³ C.const. n°87-232 DC - du 7 janvier 1988 - Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, c'est nous qui soulignons.

⁴ C.E. 13 mai 1987, n°39120, *publié au recueil Lebon* 1 / 4 SSR.

⁵ Voir en dernier lieu : C.E. 16 juin 2010, n°325669, *Mentionné dans les tables du recueil Lebon*, dans lequel le Conseil, à propos de la désignation différenciée entre la promotion de première année et les autres au sein du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature, affirme : « *Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs critères susceptibles de la justifier ;* » (c'est nous qui soulignons).

⁶ Le Conseil constitutionnel vise parfois « *l'intention du législateur* », cf. par exemple C.const. n°86-213 DC - du 3 septembre 1986 - Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat.

l'acte. Un premier constat s'impose : l'objet en cause est donc celui de l'ensemble de la loi et non les motivations du législateur qui a opéré cette distinction particulière. Il ne s'agit donc pas de contrôler l'objet de l'avantage lui-même, pris dans sa singularité. Le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'État, vise l'objet de la norme dans sa globalité. Ainsi, la différence soumise au contrôle du juge doit être en cohérence avec l'ensemble de la norme. Elle ne doit pas s'en écarter, mais doit être en « *rapport* » avec lui.

Certains auteurs ont proposé de donner une définition à « l'objet », ou tout du moins en tirer une signification sur le plan juridique. Monsieur Bonnard¹ a proposé de distinguer trois éléments de contrôle de la loi : les critères, l'objet et le but. Tout d'abord, les critères sont les données que l'auteur de l'acte « ... *allègue comme base logique, comme justification logique de sa décision et, par conséquent, de la règle ou de la norme qu'il pose* ». L'objet de la loi en constitue le « *résultat immédiat* » de l'intervention normative, qui doit être une conséquence logique des critères. Enfin, le but vise le résultat médiate, « *à long terme* ». Selon Monsieur Eisenmann, ce dernier désigne plus précisément le « *but métajuridique des actes formateurs* », qui échappe en tant que tel à la sphère juridique². Dans cette perspective, le but étant par essence subjectif, il n'est pas logiquement possible de parler de but d'un acte, mais de celui de l'auteur de l'acte. C'est pour cette raison que certains auteurs préfèrent viser l'intention du législateur plutôt que l'objet de l'acte³. Si l'on prend l'expression des juges de droit public au sérieux, ils ne prétendent pas prendre la finalité poursuivie par l'auteur de l'acte, mais bien plutôt l'acte en lui-même, c'est-à-dire ce que l'on peut en comprendre. Il est important de souligner que les juges visent l'objet de la norme dans son ensemble et non l'objet de l'avantage pris individuellement. Ce faisant, la sélection du critère de distinction se fait à l'aune, non de l'avantage en lui-même, mais de celui de la norme, entendue comme un tout.

¹ R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoirs », R. Bonnard, *R.D.P.* 1923, p.362 ; R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1943, p.74.

² *Les actes de l'administration, Cours de droit administratif*, 1949-1950, Tome II, L.G.D.J., Paris 1983, p.271 et suivantes.

³ Voir en ce sens F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op.Cit.*, p.192 et suivantes.

Ainsi, l'objet de la loi ne se confond pas avec l'intention de son auteur, si tant est qu'elle soit identifiable¹. A l'image de l'objet du contrat² qui répond à la question *Quid debitor* ? (qu'est ce qui est dû ?), l'objet de la loi est ce qu'elle crée, sa substance. S'en tenir à l'objet de la loi suppose de déterminer si la différence opérée dans la loi peut être tenue comme relevant de situations différentes, c'est-à-dire non équipollentes³. Elle suppose de la part du juge de ne pas porter sa propre appréciation. La décision relative à la loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires⁴ fournit une bonne illustration de différents usages de cet « objet ». Dans la loi précitée, le législateur crée des régimes différents pour les salariés travaillant le dimanche selon qu'ils relèvent d'une commune ou d'une zone touristique ou d'un « périmètre d'usage de consommation exceptionnel » (P.U.C.E.). Seuls les derniers se voient garantir par la loi le doublement du salaire le dimanche⁵. Le Conseil constitutionnel motive sa décision en deux temps. Tout d'abord, les deux régimes dérogatoires à l'interdiction du travail dominical ne sont pas de même nature⁶, l'une étant une dérogation de droit, l'autre une dérogation administrative temporaire. Autrement dit, les situations sont juridiquement différentes. Le conseil, dans un second temps, précise :

« Considérant, d'autre part, que la différence de traitement qui en résulte entre les dérogations de droit, pour lesquelles les salariés, compte tenu de la nature de leur activité, ne bénéficient que de garanties conventionnelles et les dérogations individuelles et temporaires

¹ Voir I. *supra*.

² Le Code civil vise plus précisément l'objet de l'obligation. À propos de l'objet du contrat, voir A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, A.-S. Lucas-Puget, L.G.D.J., Paris, 2005.

³ Sur l'équipollence, voir l'introduction de la section précédente.

⁴ C.const. 2009-588 DC - 06 août 2009 - Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires. ; cf. : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009 », *R.D.P.2010* n° 1, P. 261. Sur la loi voir D. Perron, « Le travail dominical : réflexions juridiques autour d'une loi politiquement contestée », *P.A.*, 18 novembre 2009 n° 230, P. 4.

⁵ Les premiers voient leur régime défini par une négociation collective, qui, si elle aboutit, ne se voit pas imposer par le législateur le doublement de salaire.

⁶ Considérant 19.

pour lesquelles, compte tenu de leur caractère exceptionnel, les salariés bénéficient de garanties légales, est en rapport direct avec l'objet de la loi »¹.

Autrement dit, le Conseil constate que le législateur en créant deux situations de dérogation juridiquement différentes pouvait ce faisant créer deux régimes différents applicables aux salariés. Le parallélisme suffit à établir que la différence est en rapport avec l'objet de la loi. La différence de traitement apparaît alors cohérente et rationnelle. Ainsi, le juge constitutionnel n'a pas à se poser la question de l'opportunité de la distinction, en particulier que ceux qui font l'objet de garantie légale (le doublement de salaire) sont ceux qui ne relève que d'une dérogation temporaire. En revanche ceux qui ne bénéficient pas d'une telle garantie sont soumis à une dérogation qui n'est pas limitée dans le temps. La garantie légale n'est donc pas accordée à ceux qui sont soumis au régime dérogatoire le plus contraignant pour les salariés. Ainsi, le juge ne se prononce pas sur l'opportunité de mieux protéger les uns ou les autres, il lui suffit de constater qu'ils relèvent de régimes dérogatoires différents.

Toujours à propos de la même décision, le Conseil constitutionnel a censuré, partiellement² le régime dérogatoire propre à Paris. Dans ce dernier le législateur avait donné le pouvoir au préfet de Paris de décider de supprimer le repos dominical dans les établissements de commerce de détail, pouvoir qui est reconnu au maire dans toutes les autres communes de France. Dans ce cas précis, le juge constitutionnel censure la différence opérée. Bien qu'il reconnaisse la spécificité de Paris, siège des pouvoirs publics et qui constitue à elle seule une catégorie de collectivités territoriales³, celle-ci ne suffit pas à justifier d'un régime dérogatoire pour Paris⁴. Rien dans l'objet de la loi, c'est-à-dire définir les dérogations au repos dominical, ne commande de priver le maire de Paris de ce pouvoir de décision pour le confier au préfet.

¹ Considérant 20 (c'est nous qui soulignons).

² L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (Suite et fin) »,), Laurence Baghestani, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, Anne-Laure Cassard-Valembos, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, et Laetitia Janicot, Petites affiches, 20 mai 2010 n° 100, P. 9

³ Considérant 23.

⁴ Considérant 22.

398. La Chambre sociale de la Cour de cassation, quant à elle, a dans un premier temps¹ concentré le contrôle du principe d'égalité de traitement sur les raisons de la distinction. Certains auteurs avaient regretté une telle limitation du principe². Néanmoins, avec la nouvelle orientation de la jurisprudence, la comparaison semble tenir un rôle plus important. En particulier, la Cour de cassation semble avoir repris à son compte le contrôle des juges de droit public fondé sur l'objet³. En effet, la Cour de cassation habilite les juges du fond à contrôler la réalité et la pertinence de la distinction opérée. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire se montre sourcilleuse quant au contrôle que doivent effectuer les juges du fond. Cette place prépondérante donnée au pouvoir de contrôle du juge suppose réciproquement de limiter le pouvoir d'appréciation de l'employeur, auteur de la mesure ou de son application⁴. La démarche se veut plus objective et moins étanche à la finalité que s'est assigné l'auteur de l'acte ou du traitement, donc moins subjective. La place nouvelle de la comparaison s'exprime à travers le contrôle de « pertinence ». En effet, la pertinence suppose un rapport de cohérence entre la distinction opérée et l'objet de l'avantage. Ainsi dans l'arrêt de 2009⁵, la Cour de cassation interroge directement la pertinence d'exclure les non-cadres du bénéfice des congés payés supplémentaires : qu'est-ce qui dans la nature même de cet avantage permet d'exclure les non-cadres ?

Si la jurisprudence judiciaire semble s'inscrire dans la même volonté d'objectivité que la jurisprudence administrative ou constitutionnelle, elle s'en distingue dans la définition de l'objet. En effet, les deux jurisprudences publiques visent l'objet de la norme dans son ensemble. La Cour de cassation vise, au contraire, l'objet de l'avantage. La distinction n'est pas mince, en particulier en matière conventionnelle. A titre d'illustration, il est courant pour les interlocuteurs sociaux de s'appuyer sur la distinction entre cadres et non-cadres. Ce *distinguo* est tellement habituel, en particulier si sont présentes, au cours de la négociation, des organisations syndicales catégorielles de cadres, qu'il n'est plus interrogé. Une telle distinction peut permettre à la partie patronale de minimiser l'engagement financier, en

¹ Jusqu'aux arrêts du 16 décembre 2008.

² Voir A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006 p. 16.

³ Voir en ce sens I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008 p. 648.

⁴ Il en est ainsi par exemple à propos d'une convention collective de branche, à laquelle l'employeur n'est pas signataire, mais qui s'impose à lui en raison d'un arrêté d'extension ou d'élargissement.

⁵ Soc. 1^{er} juillet 2009, précité.

réduisant le nombre de bénéficiaire de l'avantage. Or, il apparaît que dans le contrôle objectif, désormais mis en place, les juges n'aient pas à tenir compte de la finalité des négociateurs, en l'occurrence diminuer la charge financière, pour s'intéresser à l'objet de l'avantage, qui dans l'arrêt de 2009, concernait des congès et donc le droit au repos. En particulier, les commentateurs de cet arrêt ont souligné que la distinction pourra être justifiée en considération de l'effort des salariés (heures flexibles, rythmes de travail soutenus...) qui mériteraient, en contrepartie, plus de congés¹. Autrement dit, dans la nouvelle jurisprudence, les juges fondent leur contrôle de la comparaison sur l'objet de l'avantage et non plus sur les raisons avancées par l'employeur. Une telle détermination de l'objet fragilise de surcroît la convention collective, conçue comme un ensemble, car elle empêche *a priori* de prendre en considération, le fait qu'au cours de la négociation la partie patronale a concédé d'accorder tel avantage à telle catégorie de salariés afin d'obtenir en retour une concession des organisations syndicales sur tel autre avantage. Le contrôle de la comparaison évince donc toutes considérations tenant à la détermination de l'objet et à la cause de la convention, dans son ensemble.

¹ Voir en ce sens note C.Radé, *Dr. Soc.* 2009, p.1049.

CONCLUSION DE CHAPITRE

399. Dans les jurisprudences relatives aux principes d'égalité et d'égalité de traitement, il n'est pas question que le juge impose, comme en matière de non-discrimination, sa propre grille de comparaison, fondée sur des critères prédéfinis. Les principes d'égalité et d'égalité de traitement sont dominés, à l'origine, par l'autolimitation des juges dans leur contrôle. Ils tentent alors de cantonner leur contrôle à la rationalité de l'auteur, c'est-à-dire de vérifier la cohérence entre l'objet de la décision et la distinction opérée comme réalisation de celle-ci. Néanmoins, la Cour de cassation semble appliquer aujourd'hui un contrôle plus strict, la démarche matérielle. Celle-ci semble inspirée du droit communautaire, qui en matière de non-discrimination privilégie une appréciation concrète.

Le dialogue des juges permet, par ailleurs, de mettre en exergue le détachement de la non-discrimination des principes d'égalité. Les dispositifs anti-discriminatoires, qui visent la prohibition du recours à un critère particulier, sont désormais tournés vers la révélation du phénomène discriminatoire. Seules les juridictions de droit public continuent d'inscrire la non-discrimination dans les principes d'égalité constitutionnel et général du droit administratif. Si bien que la comparaison est systématiquement appliquée aux questions de discrimination. Toutefois, si la démarche est différente, entre les juges de droit public et les autres, l'intensité du contrôle opéré par chacun demeure relativement équivalente. En particulier, en matière de discrimination en raison du genre, le Conseil d'Etat a su faire évoluer sa jurisprudence pour offrir une garantie équivalente à celle du droit communautaire et n'hésite plus à recourir aux techniques du droit communautaire. Les juridictions de droit public appliquent un contrôle strict lorsqu'elle connaissent d'un contentieux dans lequel est invoquée une discrimination. Le dialogue des juges permet ainsi de mettre en évidence la « concurrence » entre juridictions qui tentent d'offrir une protection des droits fondamentaux équivalente à celle des autres juges. Il est intéressant de souligner que ce phénomène ne se fait pas uniquement à l'encontre des juridictions européennes et plus particulièrement la C.J.U.E., dont le dialogue-partage et dialogue-transfert avec les juges internes est défini selon les

termes de la jurisprudence « So lunge »¹. En effet, la protection offerte par les juges européens pèsent également sur les juges internes, même lorsque ceux-ci sont isol es, comme le Conseil constitutionnel² avant la mise en place de la procédure de Q.P.C.

¹ Voir introduction générale. Le Conseil cosntitutionnel et le Conseil d'Etat ont repris le système de confiance légitime à l'égard de la C.J.U.E. défini par la Cour constituionnelle allemande de Karlsruhe.

² En effet, le Conseil non seulement a défini un contrôle fond e sur la « confiance légitime » en cas de loi de transposition de directive, mais elle a également fait référence, dans son visa, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, cf. C. const. 2004-505 D.C. - 19 novembre 2004 - Traité établissant une constitution pour l'Europe, *J.O.* p. 19885.

CONCLUSION DE TITRE

400. La comparaison est bien l'une des étapes de contrôle inscrite dans l'exigence d'égalité¹, identifiée comme telle par l'ensemble des juridictions. Il a été alors possible d'en analyser le rôle et les traits saillants de la méthodologie employée. Toutefois, il n'en demeure pas moins que dans nombre de décisions une confusion est entretenue entre comparaison et justification. En effet, les juges font souvent une utilisation combinée et aléatoire des deux étapes du contrôle. Ils sacrifient parfois le contrôle de la comparabilité². En sens inverse, l'absence de comparabilité des situations épuise, bien souvent³, tout contrôle de l'exigence d'égalité : les situations n'étant pas similaires, il n'y a pas lieu de les comparer ni d'exiger de l'auteur de s'expliquer sur la différence de traitement entre les deux situations.

Si la dissociation entre les deux types de contrôle est toujours affirmée dans son principe, les juges mêlent en pratique les deux temps du contrôle. Cet enchevêtrement⁴ peut s'expliquer par le référent commun des contrôles de la comparaison et de la justification : l'objet de la décision. Comme nous venons de le voir, la comparabilité des situations se mesure à l'aune de cet objet. Or, celui-ci, s'il se distingue de la finalité poursuivie par l'auteur de l'acte, ses motifs, il ne peut pas en être totalement étranger. Les objectifs que s'assignent l'auteur prédétermine la définition de la décision juridiquement prise. La détermination de l'objet de la décision par les juges n'est pas alors imperméable aux finalités poursuivies par l'auteur. Or, ces finalités constituent également les raisons de la décision, qui sont soumises au contrôle de la justification, qui constitue une autre démarche dans le contrôle des juges, qu'il convient d'étudier.

¹ Soit qu'elle relève de l'essence des principes d'égalité et d'égalité de traitement ou qu'elle permette la révélation du phénomène discriminatoire.

² C.J.C.E. (grande chambre) 17 juillet 2008, *S. Coleman c/ Attridge Law, Steve Law*, précité.

³ Sauf dans les cas de discrimination établie sans l'instrument de la comparaison.

⁴ Dans le même sens, à propos de la « confusion pratique des tests comparatiste et finaliste », voir E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p.528.

TITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS

401. Le droit contemporain voit se multiplier les obligations de justifications. En particulier, en droit du travail, sont imposées à l'employeur des droits causés, dont l'exercice est soumis à l'exigence de justification. A titre d'illustration, le licenciement, qui peut être définie comme le pouvoir de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail, est aujourd'hui conditionné à la justification d'une cause réelle et sérieuse¹. La justification constitue, après la comparaison, la seconde étape du contrôle de l'exigence d'égalité².

La justification est souvent associée, en droit, à la disculpation et à la question de la preuve³. Ainsi, elle permet en droit pénal d'exclure la responsabilité⁴. D'un point de vue procédural un droit n'est conféré que si leur titulaire apporte la preuve des faits générateurs requis par la norme⁵. Dans l'exigence d'égalité, la justification renvoie plutôt à l'argumentation⁶. Elle s'oppose en cela à la démonstration scientifique, « *opération formelle, de preuve par calcul, à partir de prémisses, à l'intérieur d'un système formel* »⁷. La justification, au contraire, intervient dans l'ordre de la raison pratique : « *elle concerne essentiellement une action ou une disposition à agir : on justifie un choix, un décision, une prétention* »⁸. La justification se distingue alors de la démonstration scientifique, car elle ne permet pas d'aboutir à la certitude ou à la vérité. Elle demeure dans l'ordre du « discutable ». Elle ressort alors de la technique de l'argumentation⁹ et vise la légitimité d'un choix. La justification relève de l'évaluation d'une conduite, d'une décision, selon des critères de

¹ L.1232-1 du Code du travail.

² A l'exception de la discrimination directe qui ne peut être justifiée.

³ Voir F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, op. cit.*, p.12 et suivantes.

⁴ Voir en particulier les faits justificatifs, cf. article 327 et suivants du Code pénal.

⁵ H. Motulski, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.

⁶ Plus particulièrement « *une argumentation utilisée pour défendre une conclusion, une décision, une action, pour en montrer le bien fondé* », cf. « Justification » in S. Auroux (dir.), *Les notions philosophiques*, P.U.F., Paris, 1990.

⁷ C. Perelman, « Démonstration, vérification, justification », in *Ethique et droit*, Louvain, Nauwelaerts, 1968, p. 335.

⁸ C. Perelman, « Jugements de valeur, justification et argumentation », in *Rhétoriques*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, p. 197.

⁹ *Ibid*, p.204.

justice¹. L'auteur doit alors « expliciter les raisons à l'origine de certains choix, dans le but d'un contrôle de légitimité de ceux-ci par le juge »².

402. Dans le cadre de l'exigence d'égalité, les justifications renvoient aux raisons que le droit prohibe, c'est-à-dire les critères de distinctions arbitraires en eux-mêmes. Les dispositifs antidiscriminatoires visent alors des justifications illicites (Chapitre 1). La non-discrimination voit se développer des règles qui ne visent pas l'illicéité, mais la suspicion. Celle-ci suppose une exigence de justification renforcée. En dehors de la discrimination directe, l'exigence d'égalité suppose un contrôle des raisons, qui doivent alors être juridiquement admissibles (chapitre 2).

¹ F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p.25.

² *Ibid*, p.27.

CHAPITRE 1 : LES DISCRIMINATIONS : LES RAISONS ILLICITES

403. La non-discrimination¹ est un concept récent en droit interne. Ce terme est apparu après la Seconde Guerre mondiale dans les textes internationaux². Il figurait dans les versions en versions anglaises des Traités et était tenu pour la traduction du terme « *distinction* » employé dans leur version française³. Ainsi, le concept anglo-saxon de discrimination était tenu pour l'équivalent⁴ du principe d'égalité telle que conçu dans la tradition républicaine française⁵. Néanmoins, les deux ne peuvent pas être tenus pour parfaitement équivalents, si bien que la C.E.D.H. a dû déterminer quelle version de la Convention, entre l'énoncé français et anglais de l'article 14, elle allait appliquer⁶. Si la Constitution française connaît des critères de distinction prohibés, les juridictions constitutionnelles et administratives ont toujours inscrit cette prohibition au cœur du principe d'égalité. La race, la religion et le sexe⁷ sont par principe des critères interdits et ne peuvent fonder une distinction licite. La Constitution peut également définir les seuls critères admissibles pour certaines sélections spécifiques : l'article

¹ Pour Monsieur Bossuyt la notion de discrimination se définit comme suit : « *Dans le droit international des droits de l'homme, l'expression « discrimination » vise une différence de traitement dans la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale fondée sur un motif qui n'est pas pertinent pour ce droit ou cette liberté* », cf. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, p.37.

² Voir par exemple l'article 14 de la C.E.S.D.H.L.F dans sa version anglaise qui s'intitule « *prohibition of discrimination* » et qui dispose : « *the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status* ».

³ Voir la version française de l'article 14 de la C.E.S.D.H.L.F qui s'intitule « *interdiction de discrimination* » et qui dispose : « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

⁴ Au sens de la traduction des textes.

⁵ Voir à propos de l'article 14 de la C.E.S.D.H.L.F. la thèse de M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op.cit

⁶ Voir C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire linguistique belge, Fond, série A, n°6. ; Sur cette question se reporter à Partie 1, titre 2, Chapitre 1, section 1, §1, I.

⁷ Article 1^{er} de la Constitution française de 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

6 de la D.D.H.C. commande que l'accès aux emplois publics se fonde sur le mérite¹. Autrement dit, la Constitution peut commander le seul critère pertinent de distinction comme il peut interdire certains critères. L'approche « anglo-saxonne » en termes de discrimination se veut plus pragmatique, concrète. L'importation du concept de non-discrimination en droit interne et de sa logique différente peuvent amener à douter de sa filiation même avec l'exigence d'égalité. Cette question interroge la substance et le fondement même du concept de non discrimination. C'est autour d'elle que s'est créé entre les juges un espace de dialogue. De cet échange, le concept de non discrimination est sorti enrichi nourrissant et intensifiant encore un peu plus le dialogue entre les juridictions, sa relative nouveauté dans le champ juridique aidant. En effet, il a été plus simple pour les juridictions européennes de se saisir de cet nouvel instrument pour en assurer la diffusion auprès des juridictions internes, plutôt que de se saisir d'un principe d'égalité plus ancien et donc plus difficile à manier car bien ancré dans les droits nationaux et donc plus enclin à heurter les différentes sensibilités et traditions juridiques nationales..

404. En ce qui concerne tout d'abord, le fondement de la non-discrimination et de sa « filiation » avec le principe d'égalité, certains auteurs préfèrent la rattacher à la dignité². En effet, le Code pénal inscrit la répression de la discrimination dans un chapitre relatif à la dignité³. Toutefois, si la dignité s'inscrit dans une certaine conception ontologique de l'être humain, le rattachement de la non-discrimination à ce concept ne peut valoir que pour certaines règles de non-discrimination. La répression du racisme ou du sexisme en fournit les exemples les plus évidents⁴. Néanmoins, certaines règles de non-discrimination visent à protéger non pas la personne physique dans ce qui constitue son « humanité », mais dans l'exercice de certaines de ses libertés. Il en est ainsi de la liberté de religion, d'opinion, mais également de la liberté syndicale. Si le concept de dignité n'est pas étranger à la non-

¹ Plus précisément, l'article de la Déclaration vise une sélection « *selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

² Cf. La thèse de V. Gimeno Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., Paris, 2004.

³ Code Pénal, chapitre V : « Des atteintes à la dignité de la personne », Section 1 : « Des discriminations ».

⁴ « *Ce fut l'honneur de la République de rompre avec les facteurs de différenciations fondés dans la nature, les traditions ou les hiérarchies qu'un ordre transcendant imposait à chacun une fois pour toutes* », R. Castel, *La discrimination négative, citoyens ou indigènes ?*, Seuil, La république des idées, octobre 2007, p.10.

discrimination, il n'est donc pas à même de rendre compte de toutes les règles de non-discrimination¹. Dès lors, le principe d'égalité constitue-t-il un fondement plus sûr de la non-discrimination ? Certains l'affirment et voient dans le principe d'égalité et la non-discrimination des « normes » issues du même creuset². En effet, le principe d'égalité comme la non-discrimination visent des différenciations. Si étymologiquement la discrimination est synonyme de distinction³, elle est aujourd'hui dans le langage juridique, comme dans le langage commun, chargée négativement⁴. Elle suppose une hiérarchie, une défaveur qui est en soi arbitraire. Certains présentent même la non-discrimination comme le « versant négatif » de l'égalité⁵, position qui semble être reprise par la C.J.U.E., lorsqu'elle fonde les règles de non-discrimination sur le principe d'égalité de traitement⁶. D'autres encore présentent la discrimination comme une infraction spéciale qui implique nécessairement la violation du principe d'égalité⁷. Si l'idéal d'égalité en était le but, la non-discrimination en serait le moyen⁸.

¹ Dans le même sens voir cf. B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? » *D.* 1996, p. 282, pour qui « le rattachement du principe de non-discrimination au principe de dignité est probablement trop large en ce qu'il englobe des droits protégés par d'autres articles de la Constitution, qui ne visent pas spécifiquement la dignité humaine, mais par exemple le travailleur (discrimination syndicale) ou le citoyen (discrimination politique) ».

² F. Favennec-Héry, *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué : Dr. soc.* 2007, p. 4. - F. Héas, *Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés : JCP S* 2007, 1179 et sont souvent associés sur le plan communautaire : « le principe d'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination » (*Cons. CE, dir. n° 76/207/CEE, 9 févr. 1976 modifiée par PE et Cons. UE, dir. n° 2002/73/CE, 23 sept. 2002. - Cons. UE, dir. n° 97/80/CE, 15 déc. 1997. - Cons. UE, dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000. - Cons. UE, dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000. - PE et Cons. UE, dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006 : JCP S* 2006, 1680).

³ En ce sens voir D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778

⁴ Certains auteurs insistent et parlent même de discrimination « négative », cf. R. Castel, *La discrimination négative, citoyens ou indigènes ?*, Seuil, La république des idées, octobre 2007, p.10.

⁵ Kewening W., *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, vol.I, Frankfurt am Main, Ed. Athenäum, 1972, p.24, cité par M. Bossuyt. Il affirme que le principe d'égalité et la discrimination seraient telles les deux faces de Janus, les deux facettes d'une même réalité. Voir dans le même sens J. Velu et E. Ergéc *La Convention européenne des droits de l'homme* Bruylant, Bruxelles 1990, p. 112, §138.

⁶ C.J.C.E. 19 octobre 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson (précitée) et C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe, Aff. jointes 117-76 et 16-77, *Rec.* 1977 page 1753.

⁷ Voir par exemple X. Lagarde, *Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales : Semaine sociale Lamy* 18 juin 2007, p. 7

⁸ Voir en ce sens M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op.cit. p.38 qui considère que « Toute discrimination comporte dans son essence même une atteinte à l'égalité de traitement. La différence réside dans le fait que la notion plus moderne de « non-discrimination » apparaît moins abstraite et surtout plus technique que la notion d'égalité » et « Le principe de l'égalité se

Toutefois, l'assimilation de la non-discrimination au principe d'égalité n'est pas pleinement satisfaisante. La non-discrimination n'assigne pas le même rôle à la comparaison¹. En effet, le principe d'égalité ou d'égalité de traitement suppose une communauté parmi laquelle une comparaison est possible. En revanche, une discrimination peut être établie sans recourir à la comparaison². Le simple fait de recourir à un critère prohibé suffit. En outre, les règles de non-discrimination ne sont pas réductibles à de simples prohibitions qui prescrivent une abstention. Tout d'abord, les règles de non-discrimination les plus anciennes et les plus emblématiques, comme celles relatives au genre, connaissent des dérogations ou des exceptions. Parmi ces dernières, certaines règles de non-discrimination obligent non pas à s'abstenir de distinguer sur le fondement du critère discriminatoire, mais bien au contraire de prendre en considération celui-ci. À titre d'illustration, le régime propre à la maternité suppose de tenir compte de la différence biologique entre les hommes et les femmes³. Au-delà de ces exceptions, les règles propres à un critère discriminatoire en particulier, apparues plus récemment, sont toutes entières sous-tendues par une autre logique que celle de la prohibition. Elles n'obligent pas à être « aveugle » au critère discriminatoire, mais bien plutôt de prendre conscience du phénomène discriminatoire⁴. Parmi ces règles récentes, se trouvent celles relatives au handicap. Le régime propre au handicap suppose non pas d'interdire de prendre en considération le handicap et d'obliger l'employeur à « faire comme si » la personne n'était pas handicapée mais au contraire de l'obliger à prendre en compte les difficultés inhérentes au handicap. Si, dans un processus d'embauche, un candidat handicapé se présente il aura l'obligation non pas de faire comme si cette personne n'était pas handicapée, mais plutôt de se demander, outre la question de savoir si le candidat a les compétences professionnelles requises, si son embauche ne serait pas déraisonnable compte tenu des aménagements éventuels du poste que cela représenterait. Ce n'est que si l'aménagement nécessaire du poste

concrétise dans la norme de non-discrimination, car c'est par l'application de cette dernière qu'on aboutit à la réalisation du principe d'égalité ».

¹ Voir Partie 2, titre 1, Chapitre 1.

² L. Aouar, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, sous la direction du Professeur I. Vacarie, soutenance du 7 décembre 2009 à l'Université Nanterre Paris X, non encore publiée.

³ Voir *supra*.

⁴ Nous reprenons la distinction employée dans le droit antidiscriminatoire des Etats-Unis d'Amérique entre « *colour-blind* » et « *colour-conscious* », cf. G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., 1998, p.79.

au handicap est déraisonnable pour l'employeur que celui-ci peut justifier la mise à l'écart du candidat¹ handicapé. Aujourd'hui, la non-discrimination ne peut se réduire à la seule non-discrimination-prohibition. Il faut également compter avec la non-discrimination-suspicion², qui permet de mieux rendre compte de ce second type de règles antidiscriminatoires. Une suspicion emporte une défiance, un doute quant à la possibilité de recourir valablement à un critère discriminatoire. Pour se prémunir, le détenteur du pouvoir, susceptible de commettre une discrimination, est ainsi amené à se conformer à des règles processuelles³ de plus en plus conséquentes et à justifier de manière plus approfondie ses décisions⁴. La non-discrimination exprime alors soit le caractère arbitraire et déraisonnable attribué *a priori* aux recours au critère discriminatoire, soit par l'encadrement (sur le fond ou sur la forme) du recours à un tel critère et dont le non-respect rend la décision arbitraire. Ce bicéphalisme de la non-discrimination modifie le caractère d'illicéité qui lui est associée (section 1). Il modifie également la conception des « aménagements » possibles aux règles de non-discrimination (section 2).

SECTION 1 : LES RAISONS ILLICITES

405. La prohibition de la discrimination suppose tout d'abord d'identifier les critères suspects au titre de la non-discrimination (§1). Il convient ensuite d'établir l'objet de la prohibition, ou plus précisément quel contrôle est autorisé afin de déterminer si un critère discriminatoire a été mobilisé ou non à l'occasion de l'acte ou du traitement. Cette seconde question fait l'objet d'une jurisprudence dynamique qui a créé et mis en place des instruments nouveaux tournés vers la révélation de la discrimination. En particulier, l'apparition de la

¹ L. Aouar, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, sous la direction d'I. Vacarie, soutenance du 7 décembre 2009 à l'Université Nanterre Paris X, non encore publiée.

² A notre sens la non-discrimination-suspicion permet de décrire utilement certaines règles relatives à des critères discriminatoires, généralement décrits comme relevant de la non-discrimination-prohibition. Il en est ainsi, par exemple, des règles relatives à la grossesse dans le cadre de la non-discrimination en raison du genre.

³ Ainsi à propos de l'état de santé du salarié, qui suppose une visite médicale pour tout constat d'inaptitude cf. L.4624-1 et L.1226-11 du code du travail. Ou encore du handicap lors de l'embauche, car l'employeur doit procéder à des recherches pour savoir si les aménagements seraient déraisonnables ou non.

⁴ Il en est ainsi du critère de l'âge, cf. article 6 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, précitée.

discrimination indirecte est venue troubler, au sein du dialogue des juges, le concept de discrimination directe, à tel point qu'il est souvent mal aisé de distinguer les deux (§2).

PARAGRAPHE 1 : L'IDENTIFICATION DU CRITÈRE DISCRIMINATOIRE

406. L'identification du critère discriminatoire emporte deux séries de questions : tout d'abord, identifier les listes de critères discriminatoires. Il apparaît que ces « listes », qu'elles soient simplement énonciatives ou limitatives, ne cessent de s'allonger depuis une dizaine d'années (I). Une fois déterminée la fonction énonciative ou limitative de ces listes, il convient de déterminer le signifiant des critères énoncés. Cette herméneutique apparaît comme un préalable nécessaire¹ au contrôle du juge, qui doit déterminer si un tel critère a été mobilisé à l'occasion de l'acte ou du traitement contesté. Les critères du genre et de la nationalité fournissent deux exemples au centre du dialogue des juges (II).

I. DES CRITÈRES MULTIPLIÉS

407. Les listes des critères discriminatoires ne cessent de croître. Toutefois, ce phénomène n'est pas le fait des juges, mais plutôt du législateur ou du constituant. En effet, les juridictions tiennent ces listes pour limitatives, à l'exception notable de la C.E.D.H. (A). Cet allongement des listes suppose l'apparition de nouveaux critères. Il s'avère en particulier que la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a été un espace de dialogue entre les différentes juridictions, qui ont réussi, surtout sous l'influence de la jurisprudence européenne, à transmuier ce critère en critère discriminatoire (B).

A. DES LISTES LIMITATIVES ?

408. Les différentes listes de discrimination n'ont pas toutes la même nature juridique² et ne concordent pas toutes entre elles. Le contenu de ces listes et surtout leur caractère limitatif ou non, déterminent les espaces de dialogue entre les juridictions. En effet, ces espaces supposent que les différentes juridictions aient à connaître des mêmes critères suspects.

¹ Néanmoins, elle n'est pas systématiquement satisfaite, en particulier à propos de la discrimination raciale, car les juges internes se refusent de définir la race, voir *infra*.

² En ce sens qu'elles n'ont pas la même source.

409. Tout d'abord, une première liste est fixée par la Constitution française elle-même. Elle vise à prohiber les distinctions fondées sur la race, la religion et les croyances¹, ainsi que celles à l'encontre des femmes². Cette liste est fixée par le constituant et s'impose au législateur. Elle apparaît comme limitative³. Néanmoins, le Conseil constitutionnel semble vouloir faire émerger un autre critère prohibé, celui de la nationalité⁴.

410. Le législateur s'est emparée de cette liste qui lui est imposée pour l'opposer lui-même aux particuliers, personnes physiques ou morales. Plus précisément, le législateur a créé deux listes, l'une propre au Code pénal⁵, l'autre au Code du travail⁶. Cette dernière a fait l'objet d'un enrichissement certain. Ainsi, aux critères initiaux⁷ sont venus s'agréger ceux des mœurs, du handicap et de l'état de santé par la loi du 12 juillet 1990⁸, s'associer ceux de l'âge, de l'orientation sexuelle⁹, du patronyme et de l'apparence physique du salarié par la loi du 16

¹ Article 1er du Préambule de 1946 et article 1er de la Constitution de 1958.

² Article 3 Préambule 1946 et la parité visée à l'article 1er de la Constitution de 1958.

³ Voir à ce titre, C.const. 86-207 DC - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, considérants 30 et suivants à propos du critère de l'âge non visé comme critère discriminatoire par le juge constitutionnel.

⁴ Voir *infra*.

⁵ Article 225-1 du Code Pénal : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.*

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. ».

⁶ Article L.1132-1 et suivants du Code du travail qui vise à prohiber toute distinction « (...) *en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

⁷ Ces critères étaient visés par l'ancien article L.122-45 du Code du travail. Il s'agit de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'appartenance à une ethnie, à une nation ou à une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, de l'exercice normal du droit de grève ou bien des convictions religieuses du salarié.

⁸ Loi n°90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

⁹ Qui aurait pu être inscrit dans le critère des mœurs et qui figurait d'ores et déjà dans la liste.

novembre 2001¹ et celui des caractéristiques génétiques par la loi du 4 mars 2002². Il apparaît donc que la liste est fixée par le législateur lui-même et qu'elle est limitative.

411. En droit de l'Union européenne, le nombre de critères discriminatoires au sein des Traités initiaux était limité à deux : la nationalité et le sexe. Néanmoins, cette liste a été enrichie par la nouvelle rédaction de l'article 19 du Traité F.U.E.³, qui vise désormais « *le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Si la C.J.U.E. fonde les règles de non-discrimination sur le « principe d'égalité de traitement », ce fondement n'a jamais été le prétexte pour enrichir la liste communautaire des critères discriminatoires. Une telle interprétation, contestée en doctrine⁴, a été confirmée par la jurisprudence *Chacon Navas*⁵, dans laquelle la Cour a refusé d'entendre le critère du handicap comme recouvrant celui de la maladie et n'a pas reconnu ce dernier critère comme appartenant à la liste communautaire des critères suspects. Néanmoins, cette interprétation stricte doit être nuancée, car dans la jurisprudence *Mangold*⁶, la Cour s'est fondée sur le « principe d'égalité de traitement » pour interdire à l'Allemagne de prendre une législation qui visait à créer un contrat spécifique pour les travailleurs « séniors », ce qui heurtait donc la non-discrimination fondée sur l'âge. Un tel fondement apparaît étonnant, car il aurait suffi à la Cour d'invoquer la règle jurisprudentielle selon laquelle les États membres ne peuvent, pendant le délai de transposition, prendre des actes qui vont à l'encontre de la directive⁷. Invoquer le « principe d'égalité de traitement » a permis à la Cour d'imposer plus tôt le respect de la directive 2000/78/CE. En somme, ce principe ne permet pas à la Cour d'ajouter des critères à la liste communautaire, mais l'autorise à faire respecter de manière

¹ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³ Voir E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006. L'énoncé de l'article 19 T.U.E. (ancien article 13 T.C.E.) marque bien la volonté des auteurs de dresser une liste « fermée ».

⁴ P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.63, voir aussi P. Dollat, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *Journal des tribunaux-Droit européen*, mars 2002, n°87.

⁵ C.J.C.E. (grande chambre) du 11 juillet 2006, Sonia Chacón Navas c. Eures Colectividades SA, Aff. C-13/05, précité.

⁶ C.J.C.E. (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, précité.

⁷ Voir O. Leclerc, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.2006*, p. 557 et S. Robin-Olivier, « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *RDT*, 2006, p. 133.

anticipée un critère d'ores et déjà inscrit sur la liste, mais qui n'est pas encore opposable aux États membres. Une telle interprétation renforce sa jurisprudence qui interdit aux États membres, pendant le délai de transposition de prendre des réglementations nationales contraires aux dispositions de la directive¹.

412. Enfin, la Convention européenne ne fixe quant à elle qu'une liste énonciative de critères « *discriminatoires* »². Néanmoins, La CEDH, par sa jurisprudence, s'est efforcée de les trier en les classant dans deux catégories, les critères relevant d'un contrôle normal et ceux qui, *a priori* suspects, appartiennent au « noyau dur »³. Ces derniers critères, par leur suspicion intrinsèque, correspondent à des critères discriminatoires. Le système conventionnel se distingue de la constitution des autres listes, dans la mesure où ce n'est plus le constituant, le législateur ou le Traité qui fixe les termes de la liste, à laquelle les juges attribuent une nature limitative⁴. L'originalité est d'autant plus grande que c'est le juge européen lui-même qui définit les critères appartenant au « noyau-dur », qu'il peut enrichir au gré de sa jurisprudence⁵, bien souvent dynamique en la matière. Or, depuis le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, l'Union européenne est tenue d'adhérer à la Convention européenne. Ce faisant la C.J.U.E. sera dotée de la même mission que les juges nationaux et devra appliquer la Convention telle qu'interprétée par la C.E.D.H. Si la jurisprudence européenne ne constitue certainement pas un fondement pour transformer une liste interne ou la liste communautaire en liste énonciative, en revanche, les juges nationaux, comme le juge communautaire, peuvent, du moins en théorie, au titre de de leur statut juge de « droit commun » de la Convention, dégager des critères discriminatoires à côté des listes nationales ou communautaires. Ils peuvent par exemple tirer argument que la C.E.D.H. a affirmé que tel critère appartient au « noyau dur ». La C.J.U.E. pourrait par exemple appliquer directement la jurisprudence européenne relative à la situation de famille reconnue comme discriminatoire par la C.E.D.H.. Or ce critère ne figure pas dans la liste communautaire. Les juges peuvent également interpréter par eux-mêmes l'article 14 de la Convention et découvrir, avant même

¹ C.J.C.E, 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL contre Région wallonne, Aff. C-129/96.

² C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire linguistique belge, Fond, série A, n°6.

³ Partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2.

⁴ Certainement dans un souci de respect du pouvoir qui a créé la liste de critère discriminatoire.

⁵ Voir par exemple pour l'orientation sexuelle, cf. *infra B*.

que la C.E.D.H. n'ait l'occasion de le faire¹, un nouveau critère discriminatoire appartenant au « noyau dur ».

413. Enfin, le fait que les listes ne contiennent pas exactement les mêmes critères discriminatoires ne doit pas tromper. Toutes convergent et s'appuient sur un socle commun : les listes les plus courtes voient les critères énoncés repris par les listes plus longues². En outre, les différences de contenu n'empêche pas les juges, en particulier les juges internes, d'étendre les « acquis » de la jurisprudence communautaire aux critères que le droit de l'Union européenne ne vise pas. Ainsi, la Chambre sociale a appliqué la discrimination indirecte au critère de la maladie, critère que la C.J.U.E. a expressément exclu de la liste communautaire³. Il s'agit alors d'un dialogue-transfert⁴, qui permet de conférer une cohérence d'ensemble à la non-discrimination, sans avoir à distinguer selon la source originelle⁵ de la règle.

414. Toutefois cette différenciation dans l'énonciation des listes peut poser quelques difficultés dans le cadre du dialogue des juges. Jusqu'à présent la C.J.U.E. refuse de faire application du « principe d'égalité de traitement »⁶ en dehors des règles de non-discrimination⁷ définies par le droit primaire ou dérivé. Une telle limitation, qui n'est pas sans susciter des doutes quant au caractère fondamental du principe sus-énoncé⁸, a l'avantage de limiter les hypothèses de conflits ou de divergences de jurisprudences. En effet, l'application d'un tel principe inciterait la juridiction de l'Union à appliquer un contrôle « normal » pour des critères, s'ils sont reconnus discriminatoires au niveau national, qui font l'objet d'un contrôle strict. En outre, l'application d'un tel principe mènerait certainement la juridiction de l'Union européenne à devoir reconnaître de nouveaux critères discriminatoires, qui s'ajouteraient à la liste du droit primaire, ce qu'elle s'est résolument refusée de faire jusqu'ici.

¹ La chambre sociale a déjà eu l'occasion « d'anticiper » sur la jurisprudence de la C.E.D.H., cf. introduction sur dialogue des juges.

² En particulier l'article L.1132-1 du Code du travail.

³ Voir *supra*.

⁴ Voir Introduction générale.

⁵ Européenne ou nationale.

⁶ Chapitre droit de l'Union européenne.

⁷ En tout cas pour les domaines ici étudiés.

⁸ Cf. Partie 1, titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

En effet, les mécanismes de la jurisprudence « So lange »¹, reprise en droit français, constitue une épée de Damoclès au-dessus de la tête de la C.J.U.E. qui doit offrir une protection des droits fondamentaux² équivalente à celle des droits nationaux.

Jusqu'à présent les deux juridictions européennes ont réussi à éviter tout conflit entre leurs dispositifs antidiscriminatoires. Une telle conciliation a été permise soit par un dialogue-transfert³, la C.E.D.H. reprenant à son compte les critères discriminatoires de l'Union européenne, soit par un dialogue-partage, la jurisprudence de la Cour du Conseil de l'Europe s'appliquant en des domaines qui échappent au droit de l'Union. La compétence limitée des institutions de l'Union européenne réduit ainsi les conflits potentiels qui pourraient découler de listes discordantes.

En revanche la liste européenne pose plus de difficulté vis-à-vis des listes nationales. La découverte d'un nouveau critère suspect par la Cour, qui n'appartiendrait pas aux listes nationales, suppose que la Cour européenne applique un contrôle strict, là où les juridictions nationales appliquent un contrôle « normal », celui des principes d'égalité ou d'égalité de traitement. Dans ces cas là, le risque de censure de la part de la C.E.D.H. et de divergences des jurisprudences est plus élevé. De tels conflits supposent bien souvent l'intervention du législateur pour enrichir la liste nationale, afin de l'aligner sur la liste européenne, comme le montre l'exemple de l'orientation sexuelle⁴. Réciproquement, existe-t-il un conflit lorsque la liste nationale contient un critère discriminatoire qui ne fait pas parti du « noyau dur » déterminé par la jurisprudence européenne ? Il ne semble pas que dans de tels cas la discordance fasse problème, car la Cour dans son contrôle normal laisse une large marge d'appréciation aux États, qui peuvent alors imposer une règle de non-discrimination. En outre, la Cour E.D.H. semble user de stratagèmes afin de ne pas avoir à se prononcer dans de tels situations. En effet, à propos du critère de l'inaptitude, soit qu'elle résulte du handicap, soit de

¹ Voir Introduction générale.

² Dont la non-discrimination fait assurément partie.

³ Voir Introduction générale.

⁴ Cf. *infra*.

la maladie, la Cour a jusqu'à très récemment¹, fait usage du caractère non-indépendant de l'article 14 pour affirmer qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point².

Enfin, la liste constitutionnelle, qui est certainement la plus courte, aboutit à des situations dans lesquelles une loi est jugée conforme à la Constitution sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité, mais peut être jugée discriminatoire par d'autres juridictions en application des autres listes de non-discrimination, notamment européennes³. Dès lors, une loi valide du point de vue constitutionnel pourra être écartée au nom du droit de l'Union européenne ou de la Convention. L'isolement, voir l'isolationnisme, de la juridiction constitutionnelle, risque d'aboutir à des situations ubuesques où les personnes devront systématiquement saisir le juge pour demander l'application des droits européens et la mise à l'écart de la loi.

415. La nature particulière de la liste européenne permet l'émergence de nouveaux critères discriminatoires, comme le montre l'exemple de l'orientation sexuelle.

¹ C.E.D.H. 30 avril 2009, Glor c. Suisse, requête n° 13444/04.

² Voir chapitre C.E.D.H.

³ Une telle situation risque de se produire à propos du critère de l'âge. En effet, le Conseil constitutionnel applique un contrôle normal lorsque le législateur français recourt à ce critère, cf. à propos du contrat première embauche à destination des jeunes de moins de vingt-six ans admet la constitutionnalité d'un tel dispositif : « *Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, compte tenu de la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés, créer un nouveau contrat de travail ayant pour objet de faciliter leur insertion professionnelle ; que les différences de traitement qui en résultent sont en rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution ;* » (souligné par nous), cf. C.const. 30 mars 2006, D.C. n°2006-535, Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances J.O. du 2 avril 2006, p. 4964. Une telle décision est manifestement contraire à la jurisprudence communautaire antérieure. En effet dès l'arrêt Mangold (précité), la C.J.U.E. affirme à propos du critère de l'âge inscrit dans la liste européenne : « *Une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché (voir, en ce sens, arrêt du 19 mars 2002, Lommers, C-476/99, Rec. p. I-2891, point 39). Une telle législation nationale ne saurait donc être justifiée au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78* » (point 65- souligné par nous).

B. DEVENIR UN CRITÈRE DISCRIMINATOIRE : L'EXEMPLE DE L'ORIENTATION SEXUELLE

416. L'homosexualité n'a pas immédiatement été désignée comme un critère appartenant au « noyau dur » des critères discriminatoires par la Cour européenne. Celle-ci a dans un premier temps eu à se prononcer sur la conformité des dispositifs pénaux nationaux qui réprimaient les pratiques homosexuelles. L'article 8 de la Convention, qui protège la vie privée, en a permis l'élimination¹. Il s'agissait alors de protéger l'intimité. La protection visait donc les pratiques homosexuelles qui restaient cantonnées dans la sphère privée². Dans un second temps, la Cour a été saisie de la question de l'interdiction de l'homosexualité au sein des armées nationales. Certains droits militaires nationaux refusaient en effet le recrutement d'homosexuels. La question concerne alors non plus la vie privée strictement comprise, mais la vie professionnelle et le recrutement. La Cour a dès lors orienté sa jurisprudence³ vers un droit des homosexuels à l'épanouissement⁴ dans leur vie sexuelle. Cette jurisprudence est une évolution par rapport à l'arrêt Dudgeon, car la Cour n'admet plus les arguments tirés de l'opinion de la majorité homophobe. Dans le même temps la C.J.U.E. a refusé d'intégrer de sa propre initiative le critère de l'homosexualité dans liste communautaire des critères suspects⁵.

¹ C.E.D.H. 10 octobre 1986, Aff. Rees c. Royaume-Uni, Req.n° 9532/81 ; C.E.D.H. 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, série A, n°45 ; C.E.D.H. 26 octobre 1988, Aff. Norris c. Irlande, Req. n° 8225/78, série A n°142 ; C.E.D.H. 22 avril 1993, Aff. Modinos c. Chypre, Req.n°15070/89, série A, n°259. A propos de la vie professionnelle en particulier dans l'armée, voir C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Smith et Grady c. Royaume-Uni, Req. n°s 33985/96 et 33986/96, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VI ; C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, Req. n°s 31417/96 et 32377/96 ; C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-I, Req. n° 39392/98;39829/98, cf. comm. F. Sudre, « Chronique droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 2003 I 160, p.1569.

² En ce sens qu'il n'était pas admis de révéler son homosexualité, à l'image du « don't ask, don't tell » (« Ne demandez pas, n'en parlez pas ») qui a toujours court dans l'armée des Etats-Unis d'Amérique : on ne peut demander à un militaire s'il est homosexuel et les militaires homosexuels ne doivent pas révéler leur orientation sexuelle.

³ C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Smith et Grady c. Royaume-Uni, Req. n°s 33985/96 et 33986/96, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VI ; C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, Req. n°s 31417/96 et 32377/96.

⁴ S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in, *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, sous la dir. de V. Martens Bruxelles, éd. des FUSL, 2004, p. 19 à 39 et O. de Schutter, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de « pleine reconnaissance » », in D. Borillo (sous la direction de), *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 64.

⁵ « L'article 141 CE s'oppose, en principe, à une législation qui, en violation de la CEDH, empêche un couple » tel que celui de l'espèce « de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse

La Cour européenne assume néanmoins sa jurisprudence engagée dans une lutte contre les préjugés homophobes, ce qui l'a amené à intégrer le critère de l'homosexualité dans les critères du « noyau dur »¹. Néanmoins, la Cour n'a pas tiré immédiatement toutes les conséquences de cette intégration. En effet, la question de la reconnaissance de l'homosexualité est au cœur d'âpres débats, guidés par des raisons idéologiques et religieuses, qui jouissent de la protection de la liberté de conscience affirmée par la Convention elle-même. La Cour procède par « petits pas » afin de permettre l'évolution des mentalités et des droits internes. Ainsi, à propos de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle, la Cour s'était refusée dans une première jurisprudence à voir une discrimination dans le refus d'agrément des autorités françaises². Ce n'est qu'à l'occasion d'une seconde affaire³ que la Cour s'est décidée à faire évoluer sa jurisprudence, bien aidée par les faits de l'espèce. En effet, dans l'affaire en cause, n'étaient pas en cause les capacités pédagogiques ou le désir d'enfant de l'homosexuelle, mais dans laquelle l'autorité administrative, comme la juridiction administrative, s'appuyaient sur l'absence de référent masculin pour rejeter la demande d'adoption. Ce dernier argument revenait à viser, sous une forme euphémisée, l'orientation sexuelle. Ce faisant, la Cour impose le respect de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans un domaine aussi polémique que l'adoption d'enfant par des homosexuels⁴.

bénéficier d'un élément de rémunération de l'autre » selon C.J.C.E., 7 janv. 2004, n° C-117/01, K. B., cf comm. D. Jean-Pierre, *A.J.F.P.* 4/2004, p. 196.

¹ C.E.D.H. 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva c. Portugal, Recueil des arrêts et décisions 1999-IX, req. n° 33290/96, cf. comm. F.Sudre, « chronique droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G.* 2000 I 203, p.194. C.E.D.H. 24 juillet 2003, Karner c. Autriche, *recueil des arrêts et décisions* 2003-IX, req. n° 40016/98, cf. A. Debet, « Le refus d'accorder le droit au transfert au bail à un concubin homosexuel constitue une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 CEDH », *Revue des contrats*, n°3 p. 785.

² Arrêt C.E.D.H. 26 février 2002, Fretté c. France, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I, req. n°36515/97. Précisons que dans le système d'adoption français, des célibataires peuvent adopter. En l'espèce il s'agissait d'une personne homosexuelle célibataire.

³ Arrêt C.E.D.H. 22 janvier 2008, E.B. c. France, requête n°43546/02. En l'espèce la demanderesse vivait en couple, mais sa concubine refusait l'adoption, élément de taille qui aurait pu fournir un moyen utile à la Cour européenne en vue de la confirmation de la décision nationale. Malgré cette considération importante dans l'évaluation nécessaire préalable à l'adoption, menée au nom de l'intérêt de l'enfant, la Cour a saisi l'occasion de soulever la discrimination, sans se réfugier derrière cet expédient.

⁴ A propos de l'homoparentalité, voir G. Pitti, « Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité », *G.P.* 2010, n°244 et 245, p.16.

417. La démarche prudente de la Cour est d'autant plus louable que la C.J.U.E. dans le même temps a interprété restrictivement la liste des critères communautaires, en décidant que l'orientation sexuelle n'en faisait pas partie et ne pouvait pas être rattachée au critère du sexe¹. Il faudra attendre que le législateur communautaire, avec la directive 2000/78/CE², se saisisse de l'habilitation ouverte par le Traité d'Amsterdam pour que l'orientation sexuelle figure dans la liste communautaire³. Le législateur français suivra rapidement avec la loi du 16 décembre 2001. Ainsi, le caractère limitatif assigné aux listes internes et communautaires implique que les juges attendent que le pouvoir compétent se saisisse de la question et qu'il ajoute un nouveau critère, au lieu de l'imposer eux-mêmes. En quelque sorte, la C.E.D.H. s'adressait plus aux législateurs internes et communautaires qu'aux autres juridictions.

418. En dehors de la question de l'adoption, un autre domaine suscite toujours la polémique : le mariage homosexuel⁴. La non-discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle n'impose pas que l'institution du mariage soit ouverte aux couples homosexuels, ce qui maintient quelques défaveurs à leur rencontre . Néanmoins, cette non-discrimination permet d'éliminer les différences qui pouvaient avoir cours entre les couples homosexuels et hétérosexuels en concubinage⁵. Ces jurisprudences permettent l'élimination des défaveurs en

¹ « l'article 141 CE s'oppose, en principe, à une législation qui, en violation de la CEDH, empêche un couple tel que celui de l'espèce "de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de rémunération de l'autre » (C.J.C.E., 7 janv. 2004, n° C-117/01, K. B. *op.cit.* comm. D. Jean-Pierre : *A.J.F.P.* 4/2004, p. 196. Voir *infra*, II.

² Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, section 2, §2.

³ Figure également l'« orientation sexuelle » selon Traité C.E., art. 13, § 1 et la Charte des droits fondamentaux de l'UE, 7 déc. 2000, art. 21.

⁴ Un autre problème vise la maternité d'une homosexuelle qui vit en couple : problème du statut de sa concubine, cf. Patrick Morvan, « Droit du travail », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 16, 18 Avril 2007, I 145 : En apparence, nulle discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne ressort de la législation française qui réserve tout simplement le bénéfice du congé paternité au père biologique, ce que ne peut être une femme, quelle que soit son orientation sexuelle par ailleurs. En réalité, si le doute est permis, c'est plutôt à l'endroit de la mère biologique de l'enfant : sa compagne ne pouvant demeurer à ses côtés après la naissance de l'enfant durant les 11 voire 18 jours que dure le congé paternité, n'est-elle pas la victime par ricochet d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle ? Il est évident qu'elle ne suggérera presque jamais au père biologique de l'enfant (extérieur au ménage et qui sera même inconnu en cas d'insémination artificielle à l'étranger) de solliciter le congé paternité afin de remplacer sa concubine. À l'inverse, celle-ci ne manquera pas de souligner son rôle de « père sociologique », injustement dépouillé d'un avantage social. Au total, le droit au respect de la vie privée et familiale n'est-il pas affecté d'une discrimination que le juge pourrait condamner sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention EDH ? ».

⁵ Cf. P. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (l'arrêt Karner c.

matière d'accès à certains droits sociaux. En outre, lorsqu'un État met en place un pacte civil, ouvert aux couples homosexuels et dont le régime est largement aligné sur celui du mariage, alors la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle joue un rôle d'amplification de l'égalisation¹. Une telle jurisprudence démontre une démarche des juges qui se veut respectueuse du droit de l'État de définir le mariage et son régime, par contre dès qu'il est décidé de reconnaître un pacte civil qui permet de donner un statut officiel, notamment² ou exclusivement, aux couples homosexuels les jurisprudences européennes lui imposent d'aller au bout de la logique d'égalisation.

En conclusion, si la liste européenne n'a pas mené les autres juridictions à considérer les listes internes ou communautaires comme énonciatives, laissant la maîtrise de ces listes aux pouvoirs compétents, la C.E.D.H. n'en a pas moins réussi à imposer un nouveau motif discriminatoire³. Le critère de l'orientation sexuelle n'est devenu un critère suspect que grâce au dialogue des juges. Cet exemple peut à l'avenir rappeler aux juges internes et au juge communautaire qu'en tant que juge de la Convention, ils peuvent découvrir de nouveaux motifs suspects et enrichir la liste du « noyau dur ». Le dialogue des juges ne modifierait en rien les listes internes et communautaire, mais aurait pour objet la liste européenne.

Jusqu'à présent la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle a servi uniquement à la protection des couples homosexuels. Il est probable que cette règle de non-discrimination soit un jour mobilisée par des hétérosexuels⁴. Ce critère discriminatoire renvoie aux pratiques sexuelles des personnes et pourrait être étendu aux bisexuels⁵ et aux

Autriche du 14 juillet 2003) », *R.T.D.H.* 2004, p. 663. Voir également à propos du transfert du bail d'habitation au concubin homosexuel survivant, v. Civ 3^{ème}, 17 décembre 1997, *RTD civ.*, 1998, p.347, obs. J. Hauser.

¹ C.J.C.E. Maruko 1er avril 2008, affaire C- 267/06, *op.cit.*

² Pour la PACS français, cf. Or, en France, le Code des pensions n'a pas été modifié pour tenir compte de la loi sur le PACS et le Conseil d'État a admis le principe de la différenciation des situations entre les fonctionnaires mariés et les fonctionnaires pacsés (C.E., ass., 28 juin 2002, Villemain, *op.cit.*).

³ Sur « l'avance » de la jurisprudence européenne qui peut servir de source d'inspiration, cf. F. Kessler, « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », *R.D.S.S.* 2007, p.197.

⁴ Tout comme la non-discrimination en raison du sexe visait en premier lieu, dans l'esprit du constituant et du législateur, à protéger la femme ; la règle est souvent invoquée par les hommes Cf. le rapport annuel de la HALDE de 2008, p. 16 : « 58% des réclamations sont déposées par des hommes et 42% par des femmes. Pour les réclamations concernant le critère "sexe", 57% proviennent des femmes et 43% des hommes ». .

⁵ Sans compter l'échangisme, le mélangisme, le triolisme,... La difficulté étant de savoir si la notion d'orientation sexuelle embrasse également les pratiques sexuelles ponctuelles.

sadomasochistes¹. La non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle pourrait éventuellement être appliquée à ceux qui ne ressentent pas le besoin d'avoir des relations sexuelles, les « asexuels »². Cette dernière pratique serait alors le terrain d'un conflit entre la non-discrimination et les limites de la liberté de l'individu³.

419. Une fois identifiés les critères inscrits dans les listes de non-discrimination, il convient dans un second temps de déterminer ce qu'ils peuvent recouvrir. Ce travail heuristique constitue un espace de dialogue entre les juridictions, afin de déterminer si un même critère a le même sens selon la liste à laquelle on fait référence.

II. LE SIGNIFIÉ DU CRITÈRE DISCRIMINATOIRE : L'EXEMPLE DU SEXE ET DE LA NATIONALITÉ

420. Le signifié désigne en linguistique, le concept, c'est-à-dire la représentation mentale d'une chose⁴. La non-discrimination suppose de s'entendre sur ce qui constitue le critère prohibé, ou du moins suspect. L'application de la règle de non-discrimination en dépend. La recherche du signifié du critère discriminatoire suppose d'identifier ce qui le singularise⁵ et permet de le distinguer d'autres critères, non discriminatoires.

421. L'assignation d'un signifié au critère discriminatoire peut représenter un enjeu dans le dialogue des juges. En effet, le critère de la race, commun à l'ensemble des listes de non-discrimination, pose de sérieux problèmes à cet égard. En particulier, le législateur, comme les juges internes, se montre particulièrement précautionneux dans la dénomination et la désignation de ce critère⁶. Pour des raisons historiques évidentes, l'État français ne veut pas

¹ A cet égard, la C.E.D.H. semble dorénavant plus accueillante à cette tendance sexuelle, voir C.E.D.H. 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique, requête n°42758/98 ; 45558/99.

² Les « asexuels » seraient les personnes qui ne ressentiraient pas le besoin de relation sexuelle, voir J.-P. Tonnac, *La révolution asexuelle*, Albin Michel, Paris, 2006.

³ Cf. arrêts C.E.D.H. précités.

⁴ F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, 5ème édition, Payot, 1955.

⁵ F. de Saussure invite à considérer que chaque mot n'existe que par rapport aux autres mots de la langue, « dans la langue, il n'y a que des différences [...] qu'on prenne le signifié ou le signifiant, la langue ne comporte ni des idées ni des sons qui préexisteraient au système linguistique, mais seulement des différences conceptuelles et des différences phoniques issues de ce système » *Ibid.* p166.

⁶ La rédaction de l'article L.1132-1 du Code du travail est symptomatique : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, ... de son

avoir à définir la race, qui ne serait être une catégorie juridique¹. La prohibition du racisme vise précisément à disqualifier toute catégorisation en termes de race. Le dispositif juridique, en particulier pénal², prohibe le racisme sans jamais à avoir à définir la race. Ce positionnement aboutit à un paradoxe : alors que l'ensemble du dispositif antidiscriminatoire repose sur la révélation du recours par l'auteur de l'acte ou du traitement à un critère discriminatoire³, sans s'appuyer sur l'intention discriminatoire de ce dernier⁴, la prohibition du racisme continue à se placer sur le terrain de l'intention de l'auteur.

Le débat entre la nécessité de définir la race, afin de mieux évaluer le racisme et de mener une véritable lutte contre les discriminations et l'impossibilité de définir la race, pour des raisons déontologiques et méthodologiques, a connu un moment clé en France. En effet, entre 1999 et 2001 plusieurs événements ont attisés ce débat. Tout d'abord, la directive 2000/43/CE, qui porte sur la non-discrimination en raison de la race et de l'ethnie, était alors en cours d'adoption. Il est d'ailleurs symptomatique que les critères « race » et « ethnie » fassent l'objet d'une directive qui leur est propre, alors que les autres critères nouveaux dans la liste communautaire, même quand ils ont un régime spécifique⁵, sont réunis dans une seule et même directive. En outre, est intervenue, dans le débat français, la controverse des démographes et l'épineuse question des statistiques « ethno-raciales »⁶. Celle-ci est intervenue à l'occasion du recensement de 1999. Il s'agissait de savoir s'il était nécessaire, ou tout du moins possible, d'établir des statistiques « raciales » ou « ethniques » de la population française. Le débat s'est polarisé autour d'une opposition entre « ethnicistes » et

appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ... » (C'est nous qui soulignons.

¹D. Lochak, « La race : une catégorie juridique ? » in Actes du colloque *Sans distinction de... race* (27 et 28 mars 1992) publiés par les Presses de la FNSP, revue *Mots* no 33.

² Article 132-76 du code pénal.

³ Voir en particulier les chapitres consacrés à la C.J.C.E. et à la Cour de cassation dans la première partie.

⁴ Voir *infra* titre 2, chapitre 2.

⁵ Comme le handicap et l'âge, cf. section 2.

⁶ C'est l'une des différences, maintes fois soulignée, entre les dispositifs antidiscriminatoires français et américains. Les deux approches seraient fondées sur des paradigmes différents : le système français serait orienté vers la problématique de l'immigration et de l'intégration, alors que le système américain vise la race, dont la discrimination positive consisterait simplement dans un retournement de l'esclavagisme et de la ségrégation. Aux États-Unis, dans les statistiques nationales l'appartenance « raciale » a été dans un premier temps assignées par ceux qui faisaient le « poll » en application de la règle « one blood » (une goutte de sang noir suffisait pour être classer dans la catégorie « noir »). Aujourd'hui, les statistiques reposent sur el principe de l'auto-déclaration.

« républicains »¹. Les premiers chercheraient à introduire dans les statistiques des catégories ethniques et sont accusés de renforcer l'ethnisation des relations et des identités sociales. Les seconds refusent une telle catégorisation, susceptible de provoquer l'ostracisme et le rejet, mais se voient reprochés d'imposer un voile d'ignorance qui handicape la politique de lutte contre les discriminations².

Ce débat prend corps également dans la doctrine juridique et dans les jurisprudences. Le droit français oscille entre un universalisme, qui est aveugle aux différences de conditions entre les individus et un différentialisme³ plus enclin à prendre en considération les différences de faits⁴. La gêne est prégnante dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, Rendues à propos de lois tendant à assurer une surreprésentation des peuples « autochtones » dans des collectivités d'outre-mer⁵ ou visant à reconnaître l'existence du peuple corse⁶. En effet, le Conseil se refuse alors de se fonder sur l'approche « ethniciste » pour censurer le législateur, mais préfère relever une discrimination fondée sur le critère de

¹ A.Spire et D.Merllié, « La question des origines dans les statistiques en France. Les enjeux d'une controverse », *Le Mouvement social*, n° 188, p. 119-130 et J. Stavo-Debaugé, « Prendre position contre les catégories ethniques. Le sens commun constructiviste, une manière de se figurer un danger » in *Historicité de l'action publique*, Laborier Pascale & Trom Dany, Paris, PUF. Cette controverse a été fortement personnalisée dans l'opposition entre M. H. Le Bras, qui dirige le laboratoire de démographie historique à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS) et Mme M. Tribalat, spécialistes des statistiques de l'immigration.

² Voir J. Stavo-Debaugé, « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations », *Carnets de Bords n°6 et 7*, 2003-2004 ; P.Simon et J.Stavo-Debaugé, « Les politiques antidiscriminations et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemporaines*, 53/2004, p. 57-84.

³ À propos de ces deux notions voir la thèse d'O.Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Paris, 2004. Voir également Titre 2, chapitre 2.

⁴ À ne pas confondre avec « différentialisme » qui désigne un groupe humain qui « revendique une essence unique, inimitable, et manifeste son hostilité aux idées mêmes d'équivalence des hommes et de fusions des peuples » — cette dernière conception a une connotation naturaliste ou essentialiste cf. E. Todd, *Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Paris, Éditions du Seuil, 1994, p. 20. Sur ces notions voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Collection Corpus-Essais, Paris, 2004, p. 5.

⁵ Voir les Décisions : C.const. 84-177 DC - 30 août 1984 - Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10, *J.O.* 4 septembre 1984, p. 2803 et C.const. 84-178 DC - 30 août 1984 - Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137 *J.O.* du 4 septembre 1984, p. 2804 et C.const. 85-196 DC - 08 août 1985 - Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125 et C.const. 85-197 DC - 23 août 1985 - Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* du 24 août 1985, p. 9814. Sur ces décisions voir la thèse F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Coll. Droit public positif, Economica, Paris, 1997, p. 75 et suivantes.

⁶ C.const. 91-290 DC - 09 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *J.O.* du 14 mai 1991, p. 6350.

l'origine, à la connotation moins sulfureuse¹, ou constater la violation de l'unité du peuple français. Cette gêne a poussé certains à proposer de bannir le terme race du texte de la Constitution² et à lui substituer le terme de racisme³. Si cette polémique a été balayée, notamment par P.-A. Taguieff, car « ... ce sont les atteintes aux droits fondamentaux qui comptent, non l'usage d'un mot plutôt que d'un autre »⁴, il n'en demeure pas moins que l'interdiction de discriminer en fonction de la race constitue en France davantage une profession de foi qu'une véritable politique, en l'absence de toute définition possible de la notion de race⁵.

La position – républicaine – française fait ainsi obstacle à la mise en œuvre de la politique anti raciale définie au niveau communautaire, d'inspiration anglo-saxonne, plus volontiers tournée vers la reconnaissance des communautés⁶. Néanmoins, le droit français n'est pas étanche à toute évolution suscitée par la jurisprudence de la CJUE. Par exemple, rien n'empêche au droit interne de reprendre la solution de l'arrêt Feryn⁷ qui condamne un employeur sur le seul fondement d'une interview à un journal, dans lequel il affirmait ne pas vouloir embaucher des salariés « allochtones » en raison des réticences de ses clients à accepter de les faire entrer dans leur domicile. Il n'est pas alors nécessaire d'avoir de victime identifiée pour qu'une action en justice puisse être menée. Solution, qui peut être reprise telle quelle dans le cadre de la prohibition du racisme. Le droit pénal français offre d'ailleurs des solutions très proches en matière de délit de presse⁸. Par contre, en matière de statistique ethnique la jurisprudence du Conseil constitutionnel est ferme :

« Considérant que, si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent

¹ Le critère de l'origine est à la fois plus englobant et surtout plus neutre que ceux de race ou ethnique.

² Voir par exemple : S. Bonnafous et P. Fiala, « Est-ce que dire la race en présuppose l'existence », *Mots*, n°33, 1992, p. 11.

³ Notamment J.-J. Israël, « La non-discrimination raciale dans els textes constitutionnels français : présence ou absence » *Mots* n°33, 1992, p. 343.

⁴ P.-A. Taguieff, *Les fins de l'antiracisme*, Michalon, coll. Idées et Controverses, Paris, 1995, p. 568.

⁵ En ce sens D. Lochak, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots* n°33, 1992, p. 291.

⁶ M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni = Racial discrimination in the workplace : Legal approaches in France and the United Kingdom », *Travail et emploi*, ISSN 0224-4365 1999, n°80, p. 91-107.

⁷ C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, Aff. C-54/07, *op.cit.*

⁸ L'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race, ... »¹.

422. Cependant, le signifié des autres critères discriminatoires ne suscite pas autant de débats. En particulier, les critères du genre (A) et de la nationalité (B) constituent deux espaces de dialogue intensif entre les juridictions. Le signifié sert alors à déterminer les espaces de ce dialogue, mais également le contenu du critère.

A. LA DISCRIMINATION SEXUELLE : LA PROBLÉMATIQUE DU GENRE

423. La non-discrimination sexuelle visait dans un premier temps « l'égalité des hommes et des femmes ». Elle visait alors le sexe biologique des personnes humaines. Les premières règles de non-discrimination n'étaient pas axiologiquement neutres et visaient à l'égalisation des conditions de la femme avec celles des hommes. Néanmoins, le droit communautaire s'est attaché à minimiser cette orientation afin de faire prévaloir la neutralité à l'égard du sexe de l'individu. En outre, l'apparition de la liste communautaire a entraîné une réflexion sur le signifié de cette règle de non-discrimination, aujourd'hui orientée vers la problématique du genre. Si la C.J.U.E. a exclu d'étendre cette règle à l'orientation sexuelle², elle a inclus celle du changement de sexe. Dès lors, la non-discrimination ne vise plus le sexe « biologique », mais le sexe « social ».

424. La règle de non-discrimination sexuelle énoncée dans le Préambule du 27 octobre 1946 en son alinéa 3 est particulièrement représentative de l'orientation qui lui est alors attribuée à l'époque : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». La disposition vise alors comme bénéficiaire la femme et le référent l'homme. Elle s'inscrit clairement dans une volonté « d'égalisation » de la condition féminine

¹ C.const. 2007-557, 15 novembre 2007 - loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. L'article incriminé est censuré, car il constitue un cavalier législatif, c'est-à-dire qu'il est dépourvu de tout lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi. Le Conseil a saisi l'occasion pour ne pas se dérober et affirmer clairement l'interprétation qu'il tire de l'article 1^{er} de la Constitution et de l'antidiscrimination raciale qui en découle. Sur cette décision cf. C. Willmann, « Le Conseil constitutionnel et les statistiques ethniques en entreprise », *Dr.Soc.* 2008, p. 166.

² Voir *supra*.

sur celle des hommes. Cependant, elle est le signe d'une approche toujours paternaliste¹. C'est pourquoi ont pu prospérer des dispositifs dans le droit positif français qui avaient pour objectif de protéger les femmes : l'interdiction du travail de nuit des femmes², un plafond d'heures maximales, l'exclusion des femmes des métiers armés³ ... En somme la règle de non-discrimination est entendue comme ne prohibant pas une distinction fondée sur le sexe, tant qu'elle a pour objectif la protection de la femme⁴. Toutefois, une telle approche heurte le « féminisme de la symétrie »⁵, qui ne nie pas la différence sexuelle, mais propose d'en ignorer les conséquences, ou encore le « féminisme radical » qui voit dans la dichotomie homme/femme le dualisme domination/subordination⁶.

425. Cependant, cette première acception va se heurter à la jurisprudence communautaire. En effet, la Cour entend la règle de non-discrimination sexuelle comme neutre, qui ne protège pas plus particulièrement les femmes que les hommes. En conséquence, le droit communautaire a poussé le législateur français et les juges internes à éliminer tous les avantages ou mesures protectrices réservés aux femmes. Néanmoins, le droit communautaire n'interdit pas de manière absolue le recours à la distinction en raison du sexe. Celle-ci est permise seulement dans les conditions strictes des exceptions préalablement définies par les

¹ Voir par exemple E. Badinter, *Le conflit, la femme et la mère*, Flammarion, Paris, 2010. Dans cet ouvrage, l'attention est portée non plus tellement sur la domination de l'homme sur la femme, mais sur la prévalence de l'intérêt de l'enfant et les obligations que cela fait peser sur la femme.

² Jusqu'en 2001, les dispositions du Code du travail ne visaient que les femmes et les jeunes travailleurs pour lesquels une interdiction de principe était posée, moyennant certaines dérogations, mais n'assuraient aucune protection légale du travailleur de nuit. De plus, en maintenant l'interdiction de travail de nuit des femmes, notre code du travail n'était pas conforme à la directive européenne mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (directive 76/207/CEE du 9 février 1976). Cf. Convention O.I.T. n° 4, sur le travail de nuit (femmes), 1919, et la convention n° 41 (révisée) du travail de nuit (femmes) de 1934 ; la convention n° 89 sur le travail de nuit (femmes) (révisée) de 1948 et le Protocole de 1990 relatif à la convention sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948. A ce propos, cf. Rapport III(1B) sur le site : www.ilo.org.

³ M. Monrique, *Place des femmes dans la professionnalisation des armées*, Avis et rapports du Conseil Economique et Social, 2004 cf. <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/docton/04070920.pdf>

⁴ Les salariées enceintes ou venant d'accoucher bénéficient de mesures protectrices (art. L. 122-25-1-1).

⁵ A propos des différentes théories féministes et de leur application au droit, voir l'article, en guise d'introduction très pénétrante, de M.-C. Belleau, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D. Civ.* 2001 p. 1.

⁶ Voir en particulier les ouvrages pionniers de C. MacKinnon, *Feminism Unmodified : Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987 et C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989 et A. Dworkin, *Intercourse*, Free Press, New York, 1987. Voir également P. Bourdieu, *La Domination masculine*, Points Essais, Seuil, 2002.

autorités nationales¹ ou des « discriminations positives »². En somme, la C.J.U.E. a interprété la règle de non-discrimination comme une obligation d'être « aveugle » aux sexes des personnes, c'est-à-dire de ne pas prendre en considération l'appartenance à un sexe ou à un autre dans les décisions relatives à la distribution d'un avantage³. La jurisprudence a lors tenu le rôle de modèle⁴. L'interprétation communautaire a ensuite été reprise par la Cour de cassation⁵ et le Conseil d'État⁶, qui ont permis à celle-ci de prospérer en droit interne et ont fait pression sur le législateur pour réformer et éliminer les dispositifs discriminatoires. Le dialogue des juges a alors permis la diffusion de l'interprétation communautaire.

426. La seconde évolution qui touche au signifié de cette règle de non-discrimination est le changement d'une logique en terme de sexe « biologique » à une logique de « genre », plus accueillante pour le transsexualisme⁷. La première revendication des « transsexuels » a porté sur la modification de l'état civil afin que les papiers d'identité officiels correspondent avec le sexe apparent. La Cour de cassation s'est montrée initialement réticente, privilégiant le sexe « biologique » ou génétique, en application du principe d'indisponibilité de l'état des personnes⁸. L'évolution est venue de la Cour européenne qui a imposé, au nom du respect de

¹ C.J.C.E., 30 juin 1988, Commission c/ France, aff. 318/86, Rec. 3559.

² Voir section suivante.

³ N'entre pas en considération les pratiques sexuelles, qui relèvent la liberté sexuelle. La non-discrimination n'empêche évidemment pas tout à chacun d'être hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel.

⁴ Selon les termes mêmes du rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op.cit.*

⁵ À titre d'illustration à propos d'une priorité d'accès à l'emploi réservé aux femmes, cf. Soc. 18 décembre 2007, *Bull. V*, n°215, cf. comm. C. Radé, *Dr.Soc.* 2008, p.246, qui reprend la solution de l'arrêt C.J.C.E. 30 septembre 2004, Brihèche, C-319/03.

⁶ cf. C.E., 5 déc. 1984, Synd. Indépendant du personnel sédentaire de la Cie Générale Maritime : *R.F.D.A.* 1985, p. 548, note M. Négrin. – C.E., 7 déc. 1990, min. éduc. nat. c/ Buret : *R.F.D.A.* 1990, p. 39, concl. Laroque ; *A.J.D.A.* 1991, p. 405, note S. Salon, à propos de l'illégalité du refus de nomination d'une femme éducateur spécialisé dans une maison d'arrêt comprenant des détenus masculins ; le Conseil d'État a considéré qu'en égard à la nature des fonctions exercées par les gardiens de la paix de la police nationale, la réserve instituée pour l'accès à ces emplois pour les jeunes gens ayant accompli le service militaire actif n'est pas incompatible avec les objectifs de la directive (C.E., 5 mars 2003, Féd. Intercro CFDT : comm. *Cah. fonct. publ.* oct. 2003, p. 27).

⁷ Également appelé syndrome de dysphorie de genre ou transgenre. La Recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la condition des transsexuels apporte une définition du transsexualisme, décrit comme un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui la conduit à demander que son corps soit « corrigé » en conséquence. Dans son premier arrêt relatif aux transsexuels, la C.E.D.H. les définit comme « les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre », C.E.D.H. 10 oct. 1986, Aff. Rees c/ Royaume-Uni, n° 9532/81, *op.cit.*

⁸ Civ. 1° 30 novembre 1983, n°82-13808 ; Civ. 1° 18 décembre 1990, n°88-10865 ; Civ. 1° 21 mzi 1990, n°88-12829 et n°8812163, n°88-12250, 88-15858 ; Civ. 1° 7 juin 1988, n°86-13698 ; Civ. 1° 16 décembre 1975.

la vie privée et de l'intime, la modification de l'état civil¹. La Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, reprendra la solution de principe de la Cour européenne en l'encadrant de conditions strictes². La C.E.D.H. a permis ensuite au transsexuel de se marier avec une personne de sexe opposé à son nouveau sexe³.

Le droit social a ensuite été confronté à la question du transsexualisme. Le droit de la sécurité sociale a été confronté à la question de la prise en charge de l'opération médicale de réassignation de sexe par l'assurance maladie⁴. Toutefois, c'est la jurisprudence communautaire qui va être confrontée à des demandes de transsexuels, qui après leur changement de sexe, se voient exclus du bénéfice de certains avantages et invoquent une discrimination sexuelle à leur encontre. La C.J.U.E. a connu de deux affaires, l'une relative à un licenciement⁵, l'autre à la conversion de droits sociaux⁶. Dès le premier arrêt la C.J.U.E., qui fit sienne la définition du transsexualisme donnée par la C.E.D.H.⁷, a reconnu la

¹ C.E.D.H. 25 mars 1992, Aff. *B c/ France*, n° 13343/8, mais la jurisprudence sera définitivement, fixée avec l'arrêt C.E.D.H. 11 juillet 2002, *Goodwin*, *op.cit.* dans lequel la Cour, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », décide de ne plus laisser de marge d'appréciation aux États et leur impose de procéder aux rectifications d'état civil, cf. *R.T.D. civ.* 2002, obs. Hauser, p.782 et J.-P. Marguénaud, « Transsexualisme : la CEDH fait le saut de l'ange », *R.T.D. civ.* 2002, p. 862.

² La Cour de cassation impose quatre conditions cumulatives à la reconnaissance de cet état : le syndrome du transsexualisme doit avoir été médicalement constaté ; le demandeur doit avoir subi une opération de réassignation sexuelle ; cette modification doit avoir été judiciairement constatée (demande par le juge d'une expertise judiciaire) ; enfin, au-delà de l'apparence physique, le psychisme et le comportement affectif doivent également être conformes au sexe dont la reconnaissance est demandée

³ Cf. C.E.D.H. 11 juillet 2002, *Goodwin*, *op.cit.*, sur le fondement de l'article 12 de la Convention.

⁴ Sur cette question, voir C. Mascret, « Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France », *R.D.S.S.* 2008, p.497. La considération médicale de la conversion sexuelle peut faire obstacle à une reconduite à la frontière, cf. C.E. 30 juin 2003, n° 248215 n° 252621, P. Fombeur, « Le traitement médical du transsexualisme peut faire obstacle à une reconduite à la frontière », *A.J.D.A.* 2003 p. 2207 et C. Cournil, « A quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », Note sous-Conseil d'État, 28 avril 2004, Préfet de Police c/ M. Kamal B, req. n° 252621, *R.D.S.S.* 2004 p. 872. Voir également Civ. 2° 27 janvier 2004, n°02-30613.

⁵ C.J.C.E. 30 avr. 1996, C-13/94, P c/ S. et Cornwall County Council, *op.cit.* Cf. comm. J. Hauser : « Le licenciement du transsexuel », *R.T.D.civ.* 1996 p.579, P.-H. Antonmattei in *La Semaine juridique - édition entreprise* 1997 II 659.

⁶ C.J.C.E. C-117/01, K c/ national Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health, *op.cit.* Comm. J.-P. Lhernould : « Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales », *R.J.S.* 2004 p.263-265, L.Idot : « Egalité de traitement. Un transsexuel peut bénéficier d'une pension de réversion si la condition de mariage requise est objectivement impossible », *Europe* 2004 Mars Comm. n° 75 p.19, J. Hauser : « Personnes et droits de la famille. Goodwin à Luxembourg: il ne manquait plus que la Cour de justice des Communautés européennes! », *R.T.D.civ.* 2004 p.266-267, J.-P. Marguénaud et J. Raynard : « Sources internationales. Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible », *R.T.D.civ.* 2004 p.373-375.

⁷ Point 16.

conversion sexuelle comme devant être protégée par les règles communautaires de non-discrimination sexuelle¹. La seconde affaire concernait une femme qui vivait en concubinage avec un transsexuel à qui il était refusé le droit de se marier², car celui-ci n'a pu faire modifier son acte de naissance dans son pays d'origine. L'employeur de la femme l'a informée que si elle venait à mourir son compagnon ne pourrait recevoir de pension de veuf, réservé à l'époux survivant. La réponse de la Cour est particulièrement riche du point de vue du dialogue des juges. Tout d'abord, elle précise que la question de la pension entre dans le champ d'application de l'article 141 du Traité³. Ensuite, elle affirme que la législation britannique, qui interdit à un couple dont l'un des conjoints est transsexuel d'accéder au mariage et en conséquence des avantages qui en découlent, est contraire à la jurisprudence Goodwin⁴ de la C.E.D.H.. La C.J.U.E. en déduit alors qu'une telle législation et le refus de pension de réversion au bénéficiaire du conjoint transsexuel est par principe contraire au Traité communautaire. Il est important de souligner que la Cour communautaire ne se contente pas de reprendre la solution jurisprudentielle de la Cour européenne⁵, elle accorde dans le même temps à celle-ci la protection du texte communautaire, qui constitue une base plus assurée en matière sociale que la Convention européenne qui vise en premier lieu des droits civiques et politiques⁶. Enfin, la procédure de reconnaissance de la conversion sexuelle relevant de la compétence des États, le juge communautaire renvoie aux juges internes le soin de déterminer si, en application des jurisprudences européennes et communautaires, la femme est en droit de « se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion »⁷.

¹ Arrêt P.c./S. (précité), point 20 : « Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée. »

² En Angleterre, le mariage est réservé aux conjoints qui sont respectivement de sexe masculin et de sexe féminin, or « le sexe d'une personne est réputé être celui qui figure sur l'acte de naissance, et, enfin, la loi sur l'enregistrement des naissances et des décès interdit toute modification du registre de l'acte de naissance, sauf dans le cas d'une erreur de plume ou d'une erreur matérielle », point 32.

³ Devenu aujourd'hui l'article 157 Traité F.U.E. Sur la compétence communautaire en matière de pension de réversion, voir arrêts C.J.C.E. 6 octobre 1993, Ten Oever, C-109/91, *Rec.* p. I-4879, points 12 et 13, ainsi que C.J.C.E. 9 octobre 2001, Menauer, C-379/99, *Rec.* p. I-7275, point 18.

⁴ Précitée.

⁵ C.J.C.E., *Rutili*, 28 décembre 1975, affaire C-36/75, *rec.* 1219.

⁶ La Cour européenne dans une interprétation dynamique de la Convention a su réaliser des incursions en droit social, cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, introduction et section 2, §2.

⁷ Point 36.

Autrement dit, les conditions de la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle appartiennent aux États. Le dialogue avec le juge interne ne tient pas à une discussion sur le principe de la reconnaissance du nouveau sexe de la personne, mais se concrétise par une répartition des compétences : les juges européens affirment le principe de la reconnaissance de la conversion sexuelle, les juges internes, en application de leur législation, en déterminent les conditions.

Enfin, la C.J.U.E. a été confrontée à la question posée par une transsexuelle, passée du sexe masculin au sexe féminin, qui revendiquait le droit à une pension dès l'âge de 60 ans, applicable aux femmes et non à 65 ans¹, tel qu'appliqué aux hommes². La Cour affirme que le droit communautaire dérivé « s'oppose à une législation qui refuse le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'a pas atteint l'âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national ». Dès lors, la Cour affirme que le ou la transsexuel/le doit bénéficier des droits afférents à son nouveau sexe. Une telle solution fait donc prévaloir le sexe « social » sur le sexe « biologique » ou « génétique ».

Enfin, une question qui n'a pas encore était soumise aux juridictions étudiées concernent les « intersexués »³ ou « androgynes », dont le sexe biologique est difficilement identifiable.

427. Le signifié du critère de la nationalité pose quant à lui des questions bien différentes.

¹ Le gouvernement anglais invoque la possibilité de prévoir le droit des travailleuses de bénéficier plus tôt du droit à pension que les travailleurs masculins en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous a), 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 *Journal officiel* n° L 006 du 10/01/1979 p. 0024 – 0025.

² C.J.C.E. 27 avril 2006, Sarah Margaret Richards contre Secretary of State for Work and Pensions, Affaire C-423/04, *Rec.* 2006 page I-03585, J. Cavallini: « L'âge de départ à la retraite d'un transsexuel est celui applicable au sexe acquis », *La semaine juridique - Social* 2006 n° 1450 p.31-32, E. Broussy, et F. Donnat et C. Lambert: « Discrimination, L'actualité juridique » ; *droit administratif* 2006 p.1153.

³ Voir J. Picquart, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009. Ce phénomène n'est pas encore pleinement saisi par le droit, mais l'est déjà par l'art, voir par exemple les œuvres *XXY*, film réalisé par Lucía Puenzo en 2007, Jimmy Sueur, *Ne m'appellez plus Julien*, L'Harmattan, 2003 ; Martin Winckler, *Le Chœur des femmes*, POL, 2009.

**B. LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ :
VERS LA CITOYENNETÉ SOCIALE**

428. Le critère de la nationalité a ceci de particulier que sa définition appartient aux autorités nationales. En conséquence, l'attribution de la nationalité, sa définition même, ne constitue pas un domaine d'application de la règle de non-discrimination. En outre, ce critère permet de distinguer entre les nationaux et les étrangers en certains domaines, comme le séjour sur le territoire national ou la citoyenneté¹. De surcroît, les autorités françaises doivent aujourd'hui distinguer les ressortissants communautaires des autres étrangers, sous l'influence du droit communautaire². En somme, le critère de la nationalité ne constitue un critère suspect qu'en certains domaines. Le dialogue des juges porte précisément sur la frontière entre les domaines pour lesquels la nationalité constitue un critère pertinent de distinction et ceux où il constitue un critère discriminatoire. Les juges ont construit une jurisprudence qui tend vers la reconnaissance d'une « citoyenneté sociale », et qui permettrait l'accès aux droits sociaux sans égard à la nationalité de la personne du travailleur. Le dialogue des juges porte en tout premier lieu sur le domaine d'application de la règle de non-discrimination (1). Ensuite, il est permis de s'interroger, si les États conservent leur pouvoir de définir les critères d'acquisition de la nationalité, le fait d'être un critère discriminatoire ne signifie-t-il pas que les juridictions, au titre de la non-discrimination ont à se prononcer sur le « substantif » du concept de nationalité (2).

1) « CITOYENNETÉ SOCIALE » ET NATIONALITÉ

429. Le critère de la nationalité n'est pas un critère discriminatoire appartenant à la liste constitutionnelle française. Il ressort en vérité de la compétence du législateur de fixer les règles d'acquisition de la nationalité³, qui sont réunies dans un « Code » de la nationalité introduit au sein du Code civil⁴. Les droits européens ne remettent pas en cause cette habilitation du législateur, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes pour le droit communautaire. En effet, ce dernier confère des droits et des libertés, notamment les libertés

¹ Nous ne traiterons pas des cas des apatrides et réfugiés.

² Voir citoyenneté sociale chapitre C.J.U.E.

³ L'article 34 (alinéa 2) de la Constitution prévoit en effet que « *La loi fixe les règles concernant : (...) la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;* ».

⁴ Article 17 et suivants du Code civil.

de circulation, aux ressortissants des États membres, sans que les institutions communautaires n'aient de compétence en matière de nationalité. Ainsi, le champ d'application personnel du droit communautaire est entièrement entre les mains des États membres. La portée du droit communautaire est donc étroitement dépendante de la définition de la nationalité donnée par les États, ce qui explique que la Cour tente de limiter leur compétence dans un cadre strict¹. Cette répartition des compétences entre les instances nationales et communautaires est également critiquable du point de vue de la citoyenneté européenne. En effet, cette dernière s'ajoute à la citoyenneté d'un État membre. Il existe alors une tension entre la citoyenneté européenne, qui suppose une solidarité au-delà des cadres nationaux, et les conditions d'acquisition de cette qualité étroitement dépendantes des définitions nationales.

Cependant, les juridictions ont reconnu la spécificité de la qualité de ressortissant communautaire, qui constitue un espace de dialogue des juges. Le Conseil constitutionnel a interprété l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme relatif à l'accès aux emplois publics, afin d'accueillir la jurisprudence communautaire et valider la réforme législative qui en a découlé². En effet, la C.J.U.E. interprète restrictivement l'exception des emplois dans « l'administration publique », réservés aux seuls nationaux³. Ces emplois réservés ne peuvent être que ceux « ... *qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* »⁴. Pour accueillir une telle interprétation, le Conseil constitutionnel a écarté l'argument selon lequel l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen réserve l'accès aux emplois publics aux « *citoyens* », qui ne peuvent

¹ Voir par exemple C.J.C.E. 7 juillet 1992, Micheletti, aff. C-369/90, dans lequel la Cour censure la législation d'un État membre qui restreint les effets de l'attribution de la nationalité par un autre État membre en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice de la liberté de circulation. Le droit communautaire commence à se saisir de ses questions, cf. la directive dite « retour » (Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008) et directive « accès et séjour » (Directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968) relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté *J.O. n° L 257 du 19/10/1968* p. 13.

² L. n° 91-715, 26 juill. 1991, *J.O.* 27 Juillet 1991. - L. n° 96-1093, 16 déc. 1996, *J.O.* 17 Décembre 1996.

³ C.J.C.E., 12 févr. 1974 Sotgiu, *Rec.* 1974, p. 153. - C.J.C.E., 17 févr. 1980, *Comm. c/ Royaume de Belgique* : *Rec.* 1980, p. 3381. - C.J.C.E., 3 juin 1986, *Comm. c/ France*, *Rec.* 1986, p. 1275, infirmière. - C.J.C.E., 3 juill. 1986, Lawrie Blum, *Rec.* 1986, p. 2121, enseignants. - C.J.C.E., 27 nov. 1991, Bleis, *Rec.* 1991, I, p. 5627 ; C.J.C.E. 149/79 17 décembre 1980, N. Catala, « Coopération des États européens dans le domaine social. Libre circulation des travailleurs », *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 600, n°52.

⁴ Arrêt précité.

être que des nationaux¹. Les sénateurs auteurs de la saisine ont également avancé l'argument que seuls des nationaux pouvaient exercer des fonctions qui intéressent la souveraineté de la nation. Le Conseil a rejeté de tels arguments et précisé :

« Considérant que s'agissant de la fonction publique, ces dispositions ont notamment pour objet de fonder en droit français le principe d'égal accès de tous aux emplois publics ; qu'elles ne sauraient être interprétées comme réservant aux seuls citoyens l'application du principe qu'elles énoncent ; qu'elles ne font pas obstacle à ce que le législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, édicte les conditions générales d'accès aux emplois publics, dans le respect du principe d'égalité et des autres règles et principe de valeur constitutionnelle ; »².

Autrement dit, le principe d'égal admissibilité aux emplois publics s'étend à tous les citoyens, il n'est pas pour autant limité aux seuls citoyens. Néanmoins, la reconnaissance de droits aux ressortissants communautaires suppose une distinction avec les autres étrangers, que les juridictions judiciaires et administratives maintiennent.

Dans le même sens, la C.E.D.H. reconnaît la spécificité du droit communautaire et des avantages sur le territoire d'accueil qui peuvent en découler en faveur des ressortissants communautaires comparativement aux autres étrangers. Dans une affaire *Moustaquim*³, la Cour reconnaît la validité de conditions d'expulsion d'un mineur de nationalité étrangère qui ne sont pas applicables aux mineurs nationaux ou communautaires. Monsieur *Moustaquim* invoquait l'article 14 de la Convention en vain, la Cour ayant admis l'exclusion des nationaux du domaine d'application de la disposition litigieuse, ceux-ci ne pouvant faire l'objet d'une expulsion⁴

¹ C.const. 91-293 DC - 23 juillet 1991 - Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *J.O.* du 25 juillet 1991, p. 9854.

² Considérant 8 de la décision précitée.

³ C.E.D.H. 18 février 1991, *Fredin c. Suède* (cas n°1), A192, req. n°12033/86.

⁴ Point 49 de l'arrêt précité.

430. Les juridictions européennes et le Conseil constitutionnel vont ont néanmoins reconnu que le critère de la nationalité, qui permet une différenciation objective entre nationaux et étrangers, ne pouvait justifier n'importe quelle exclusion de ces derniers. Les juges ont alors déterminé les domaines dans lesquels les étrangers pouvaient, dans certains cas, être traités de manière différente que les nationaux et les domaines où l'exigence d'égalité prévalait. Tout d'abord, l'exercice de la citoyenneté est associé traditionnellement à la nationalité¹, ce qui permet d'exclure les étrangers du droit de vote et de l'éligibilité aux élections politiques². En outre, les conditions de séjour régulier et de résidence³ ne sont applicables qu'aux étrangers et n'ont pas lieu de l'être auprès des nationaux⁴. En dehors de ces domaines, le Conseil constitutionnel affirme que le législateur est tenu « *de respecter les libertés et les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »⁵. Figurent parmi ces droits la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale, les droits à protections sociales et le principe d'égalité⁶. En outre, le droit communautaire constitue un « ordre juridique spécifique » qui justifie à lui seul le traitement préférentiel des ressortissants communautaires.

Ainsi le Conseil constitutionnel et la C.E.D.H., par leur pouvoir d'interprétation, ont pu mettre leur jurisprudence au diapason avec celle de la C.J.U.E.. Le dialogue a alors été un instrument de pacification. Ces jurisprudences aboutissent, dans les domaines des droits politiques, l'accès aux emplois publics et le droit au séjour⁷, à admettre les distinctions entre

¹ Voir par exemple C.const. 82-146 DC - 18 novembre 1982 - Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales, *op.cit.*

² Hormis le cas particulier de la « citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie » (article 76 et 77 de la Constitution), les ressortissants de l'Union européenne ont néanmoins le droit de vote pour les élections municipales.

³ Le Conseil constitutionnel affirme en effet « qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjours sur le territoire national », cf. C.const. 2006-539 DC - 20 juillet 2006 - Loi relative à l'immigration et à l'intégration *J.O.* du 25 juillet 2006, p. 11066.

⁴ Voir à propos des réserves d'ordre public à l'encontre des ressortissants communautaires, cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

⁵ C.const. 93-325 DC - 13 août 1993 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France *Journal officiel* du 18 août 1993, p. 11722.

⁶ B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998.

⁷ C. Wolmark, « La mise à nu de l'étranger », in *Frontières du droit, critique du droit. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., coll. Droit et Société. Recherches et Travaux, vol. 14, 2002, p. 155-159.

les nationaux, les ressortissants communautaires et les étrangers non communautaires¹. En dehors de ces domaines, le Conseil constitutionnel a posé le principe de l'assimilation des étrangers aux nationaux². En particulier, en matière sociale, sous l'effet conjugué des différentes jurisprudences a émergé le concept de citoyenneté sociale, détaché de toute considération en raison de la nationalité.

431. Traditionnellement, la citoyenneté est le socle de droits politiques. Néanmoins, au cours du XX^{ème} siècle, ce concept s'est enrichi, les lois Auroux allant même jusqu'à reconnaître des droits au « salarié-citoyen ». La citoyenneté ne s'arrêterait donc pas nécessairement aux portes de l'entreprise. La citoyenneté recouvre alors des droits sociaux qui sont étendus également aux non-nationaux car la qualité de salarié ne dépend pas de la nationalité de la personne. Afin de rendre compte de cette évolution, T.H. Marshall³ a avancé le concept de citoyenneté sociale⁴, qui serait caractéristique du XX^{ème} siècle. Celle-ci se définirait comme le pouvoir « *de mener une vie civilisée en vertu des standards en vigueur dans la société* ». Sa reconnaissance tendrait à la construction d'une société plus juste et égalitaire, le même statut social devant être garanti à chaque citoyen. Dans cette perspective, la citoyenneté n'est pas seulement la clé pour bénéficier d'un ensemble de droits civils et

¹ Néanmoins, le droit communautaire peut protéger la liberté de circulation de ressortissants d'États tiers à l'Union européenne, soit au nom d'une liberté de circulation (droit de l'employeur européen au nom de la prestation de service, cf. C.J.C.E. 9 août 1994, Van der Elst, aff. C-43/93, *op.cit.* et C.J.C.E. 21 septembre 2006, Commission c/ Autriche, aff. C-168/04, *op.cit.*), soit au nom du regroupement familial (Directive 2004/38 du 29 avril 2004, *op.cit.*).

² C.const. 86-225 DC - 23 janvier 1987 - Loi portant diverses mesures d'ordre social, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 925 ; C.const. 89-266 DC - 09 janvier 1990 - Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France *J.O.* du 11 janvier 1990, p. 464 ; C.const. 89-269 DC - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé *J.O.* du 24 janvier 1990, p. 972 ; C.const. 93-321 DC - 20 juillet 1993 - Loi réformant le code de la nationalité *Journal officiel* du 23 juillet 1993, p. 10391 ; C.const. 93-325 DC - 13 août 1993 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France - *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722 ; C.const. 92-316 DC - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *J.O.* du 22 janvier 1993, p. 1118.

³ T.H. Marshall, *Citizenship and social class*, (sociologue anglais), Cambridge, Editions Cambridge University press, 1950, p. 154; réédité *Citizenship and social class*, T.H. Marshall et T.B. Bottomore, London, edition Pluto press, coll. Classic, 1992, p. 101. Voir également D. Berland et R.-A. Hansen, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne », *Dr.Soc.* 1998, p. 919.

⁴ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2 et la thèse de S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.

politiques mais aussi de droits sociaux. Cette approche, bien que critiquée¹, a permis de mettre en lumière la dimension sociale de la citoyenneté. Cette dimension a la particularité de se détacher de la nationalité pour n'être attachée plus qu'à la qualité de travailleur². Le versant social de la citoyenneté repose alors sur une logique de territoire et non plus de nationalité.

Dans le domaine du droit social, la citoyenneté sociale permet de rendre compte du détachement de l'accès aux droits de la condition de nationalité. En effet, le droit communautaire a permis de lever les barrières à l'accès des droits sociaux auprès de l'État d'accueil³. La citoyenneté européenne a été un puissant levier d'égalisation entre ressortissants communautaires et nationaux, au-delà des seuls travailleurs. L'affirmation et la diffusion de la citoyenneté sociale se concrétisent essentiellement par l'élimination de distinctions fondées sur la nationalité, ce qui permet d'étendre les droits sociaux aux ressortissants communautaires migrants.

La citoyenneté au sein du droit social, connaît une consécration plus large grâce à la jurisprudence européenne. En effet, la C.E.D.H., dans la jurisprudence *Gaygusuz*⁴, affirme que la nationalité appartient au « noyau dur », c'est-à-dire que « ... seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimé compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »⁵. Dès lors, l'Autriche n'est pas fondée à exclure du bénéfice de l'allocation d'urgence, qui fait suite à l'épuisement des droits au chômage, un ressortissant Turc, séjournant régulièrement sur son territoire. Le droit européen garantit, en droit social, la non-discrimination en raison de la nationalité à tous étrangers séjournant régulièrement sur le territoire d'une Haute partie contractante⁶. Toutefois,.

La jurisprudence européenne a néanmoins permis aux juridictions nationales d'éliminer les conditions de nationalité posées pour le bénéfice de certains droits sociaux.

¹ Voir en particulier P. Magette, *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2001, p. 1, qui affirme que la théorie de Marshall ne vaut que pour le Royaume-Uni, et ne prend pas suffisamment en compte la dimension participative de la citoyenneté.

² Voir par exemple le droit de participer et de voter étendu aux non-nationaux, ainsi que la sécurité sociale en France.

³ Voir en particulier Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2, II.

⁴ C.E.D.H. 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, *Recueil* 1996-V, *op.cit.*

⁵ Point 42.

⁶ la France continue de subordonner l'accès aux prestations sociales non contributives à une Convention internationale réciproque signée avec l'État d'origine du ressortissant, et à la régularité du séjour.

Plus particulièrement, le Conseil d'État a mobilisé l'article 14 de la Convention pour constater l'inégalité à l'encontre d'anciens combattants pour la France qui bénéficiaient de pensions moins élevées que leurs « frères d'armes » de nationalité française¹. La jurisprudence administrative a ainsi obligé le gouvernement français à réformer le système de pension et mis fin à la « cristallisation » des pensions civils et militaires en faveur des anciens fonctionnaires². Le Conseil constitutionnel franchit un pas supplémentaire et décide :

« Considérant que les dispositions combinées de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ont pour objet de garantir aux titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, selon leur lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'État ; qu'en prévoyant des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraite, elles laissent subsister une différence de traitement avec les ressortissants français résidant dans le même pays étranger ; que, si le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger ; que, dans cette mesure, lesdites dispositions législatives sont contraires au principe d'égalité »³.

La démarche du Conseil constitutionnel est singulière : il parvient par le jeu du principe d'égalité⁴ à offrir une protection équivalente à celle des dispositifs antidiscriminatoires en raison de la nationalité européens⁵. Toutefois, plus que de principe d'égalité le Conseil semble adopter une démarche antidiscriminatoire, car la différence fondée sur la nationalité constitue en soi une différence prohibée. Le dialogue des juges, de par la

¹ C.E. Ass. 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. M. Diop*, R.F.D.A., 2002, p. 573, concl. Courtial; A.J.D.A., 2001, p. 1039, chr. M. Guyomar et P. Collin.

² Cf. article 68 de la loi n°2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, qui fixe désormais une « parité des pouvoirs d'achat », entre les anciens fonctionnaires français et les anciens fonctionnaires d'autres nationalités vivant à l'étranger.

³ C. const. 28 mai 2010, QPC n°2010-1, J.O. 29 mai 2010, p.9728 (considérant 9).

⁴ Le Conseil vise le principe et l'article 6 de la D.D.H.C. au considérant 8.

⁵ En l'occurrence le Conseil d'Etat s'était fondé dans sa jurisprudence *Diop* (précitée) sur l'article 14 de la Convention.

mise en concurrence des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, pousse alors le juge constitutionnel à assurer une protection au moins équivalente à celle offerte par les jurisprudences européennes.

432. Quant au juge judiciaire, sa jurisprudence a été mise à l'épreuve des droits européens dans le contentieux *Koua Poirrez*. Cette affaire concernait le bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés, qui était réservée à « toute personne de nationalité française ou ressortissant d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité en matière d'attribution d'allocations aux handicapés adultes résidant sur le territoire métropolitain »¹. Suite au rejet de sa demande, en raison de l'absence de convention de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, Monsieur Koua Poirrez avait saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Bobigny. Ce dernier avait alors formé une question préjudicielle à la C.J.U.E., qu'ayant constaté que Monsieur Koua Poirrez n'avait jamais exercé la liberté de circulation au sein de la Communauté, déclara le droit communautaire inapplicable à l'espèce². Les juges du fond ont alors rejeté sa demande, considérant l'absence de convention entre son Etat d'origine et la France comme faisant obstacle à sa demande. La décision fut par la suite confirmée par la Cour de cassation³. Monsieur Koua Poirrez saisit alors la C.E.D.H.⁴, qui accéda à sa demande selon la motivation suivante :

« La différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice des prestations sociales, entre les ressortissants français ou de pays ayant signé une convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune « justification objective et raisonnable » (voir, a contrario, *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991, série A n° 193, p. 20, § 49).

¹ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. Cette condition de nationalité a été supprimée par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile a supprimé la condition de nationalité. Depuis la promulgation de cette loi, tout étranger résidant de façon régulière en France peut demander le bénéfice de cette allocation.

² C.J.C.E. 16 décembre 1992, *Ettien Koua Poirrez contre Caisse d'allocations familiales de la région parisienne*, substituée par la Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis, C-206/91, *Rec. 1992 p. I-06685, points 10 à 15*.

³ Soc. 22 janvier 1998, dans lequel elle affirme : « la cour d'appel, ayant rappelé les termes de l'article L. 821-1 du Code de la sécurité sociale, qui réserve aux personnes de nationalité française, ou ressortissant d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité, le droit à l'attribution de l'allocation aux adultes handicapés, a exactement décidé que M. X..., de nationalité ivoirienne, ne pouvait prétendre à cette allocation, en l'absence de convention de réciprocité entre la France et la Côte-d'Ivoire ».

⁴ C.J.C.E. 16 décembre 1992, *Ettien Koua Poirrez contre Caisse d'allocations familiales de la région parisienne*, substituée par la Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis, C-206/91, *op.cit.*

Même si, à l'époque des faits, la France n'était pas liée par des accords de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, elle s'est engagée, en ratifiant la Convention, à reconnaître « à toute personne relevant de [sa] juridiction », ce qui était sans aucun doute possible le cas du requérant, les droits et libertés définis au titre I de la Convention (Gaygusuz, précité, p. 1143, § 51). »¹

La Chambre sociale fait sienne la jurisprudence européenne et tient désormais la condition de nationalité dans l'accès aux droits sociaux, qu'ils soient contributifs² ou non³, comme suspect et applique le contrôle du « noyau dur » de la jurisprudence de la C.E.D.H. La jurisprudence judiciaire constitue alors un dialogue-transfert. Ce contentieux condense le dialogue entre les juridictions européennes et la Cour de cassation : la non-discrimination en raison de la nationalité nécessite l'exercice d'une liberté de circulation pour que le droit communautaire soit applicable, dans le cas inverse il revient au droit interne de déterminer si une telle distinction est discriminatoire. Cependant, le juge national n'est pas totalement libre, car il doit également respecter la Convention européenne, qui selon l'interprétation de la Cour impose au juge national d'écarter la condition de nationalité et de réciprocité avec le pays d'origine du demandeur. Ainsi, les « discriminations à rebours » doivent être déclarées discriminatoires, non en application du droit communautaire, mais en application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

433. Néanmoins, en droit du travail, la chambre sociale semble donner un contenu plus que limité au signifié du critère de la nationalité. Ainsi, la Cour ne qualifie pas de discriminatoire le droit d'option réservé aux seuls contrats de travail de droit italien, excluant ainsi ceux embauchés selon le Code du travail français⁴. Ce sont surtout les arrêts synchrotron qui font polémique. En l'espèce, au cours de la mise en place d'un pôle scientifique international sur le territoire français une convention prévoyait de verser aux seuls étrangers résidants en dehors de la France métropolitaine une prime compensant l'inconvénient de l'installation en France. Les Français résidant à l'étranger étaient quant à eux exclus du bénéfice de cette prime. La Cour faisant l'application combinée du principe d'égalité de traitement et des règles de non-

¹ Point 49.

² La Cour de cassation n'a pas attendu l'arrêt de la Cour européenne pour faire application, en ce domaine, de l'article 14 de la Convention et écarté les conditions de nationalité, cf. Soc. 14 janvier 1999, n°97-12487.

³ Soc. 28 mars 1990, 87-44.787, Inédit.

⁴ Soc. 17 juin 2003, 01-41.522, Alitalia, *Bull. civ.* 2003 V N° 195 p. 193.

discrimination, refusa de voir dans cette prime une discrimination en raison de la nationalité¹. La Cour avança alors que la prime « *introduit une différence de traitement entre les salariés français et les salariés étrangers, cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international ; qu'ainsi l'avantage conféré aux salariés étrangers reposait sur une raison objective, étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité* ». Si le raisonnement en application du principe d'égalité de traitement se comprend aisément, les raisons du rejet de la qualification de discrimination en raison de la nationalité sont plus obscures. Comme l'écrit Monsieur Guiomard : « *Resterait enfin à se demander par quel mystère un même acte peut à la fois viser directement la nationalité et être étranger à toute discrimination. La Cour ne s'en explique pas. Elle semble plutôt vouloir indiquer que la distinction était ici fondée sur un motif légitime* »². La Cour de cassation a par la suite confirmé sa jurisprudence³, mais un recours a été formé devant la C.E.D.H.⁴ : le contentieux n'est donc pas clos et le débat avec le juge européen reste ouvert.

Le dialogue des juges a ainsi permis l'émergence d'une « citoyenneté sociale », qui se distingue radicalement de la citoyenneté politique : la première a été construite sur le fondement de la non-discrimination en raison de la nationalité, la seconde au contraire est intimement liée à la nationalité. Cette opposition amène à s'interroger sur la signification de la nationalité dans le dispositif de non-discrimination.

2) NATIONALITÉ : DU SUBSTANTIF À LA SUBSTANCE ?

434. Les droits européens, en matière de non-discrimination en raison de la nationalité, sont face à un paradoxe : ils prohibent le recours à un critère dont ils ne maîtrisent pas la définition

¹ Soc. 9 novembre 2005, *D.* 2005, IR 2972, *D.* 2006, Pan. 419, obs. F. Guiomard ; *R.J.S.* 2006.127, n°210 ; *Dr. Soc.* 2006, p.221, obs. A. Jeammaud.

² F. Guiomard, « Droit du travail », *D.* 2006, Pan. p.410.

³ Soc. 17 avril. 2008, n° 06-45.270, *D.* 2008. AJ. 1339, obs. L. Perrin, et Jur. 1519, note S. Petit et C. Cohen.

⁴ Qui pourrait appliquée l'article 14 en combinaison avec l'article 1er du protocole 1 de la Convention.

et l'attribution. Dès lors il existe une tension entre les droits européens, compétents pour combattre de telles discriminations, et la « loi » d'habilitation qui réserve aux seuls Etats-membres de déterminer qui sont leurs nationaux et qui ne le sont pas. Autrement dit, la règle de non-discrimination n'habilite pas les juridictions à définir la nationalité, et notamment l'identité des ressortissants de l'Union européenne, en somme d'en définir la substance¹.

Dans le cadre de la non-discrimination en raison de la nationalité, les juges, quels qu'ils soient, font face à un « substantif ». Or, comme l'écrit Pierre Bourdieu « *Tout concourt (...) à encourager la réification des concepts, à commencer par la logique du langage ordinaire, qui incline à inférer la substance du substantif ou à accorder aux concepts le pouvoir d'agir* »². Le juge face au substantif peut adopter deux démarches³. La première est de « *définir le groupe par une typologie formelle construite pour les besoins* » de la non-discrimination. Les juges distinguent alors les nationaux, les ressortissants de l'Union européenne et les étrangers non-ressortissants de l'Union européenne. Le second type se définit alors par opposition au premier et le troisième par opposition aux deux premiers. Cette démarche se heurte de nouveau à la définition de la nationalité, qui constitue le socle de la typologie. La seconde démarche est de « *prendre l'objet tel qu'il se donne avec son nom commun et ses représentations communes en cherchant à lui donner une unité substantielle et des contours objectifs, ce qui revient – comme dit Wittgenstein – "à essayer derrière le substantif de trouver la substance"* ». Cette dernière démarche semble correspondre à celle des juges en matière de non-discrimination. En effet, ils ne recherchent pas à savoir si la personne est de nationalité française, irlandaise ou ivoirienne, mais recherchent plutôt ce qu'avoir une nationalité signifie, implique. Les juges ne se fondent pas alors sur les conditions d'acquisition de telle ou telle autre nationalité, mais plutôt sur les caractères attachés à la nationalité, en tant que telle. C'est ainsi que le juge de l'Union européenne, dans le cadre de la discrimination indirecte, peut poser une présomption selon laquelle tout critère de résidence

¹ Cette hypothèse doit être distinguée de la problématique relative à la « race ». En effet, le droit français interdit à quiconque de définir des « races ». La tentative d'une telle définition est en soi discriminatoire. L'hypothèse relative à la nationalité est différente : sa définition n'est pas prohibée, loin s'en faut, mais elle est renvoyée à un autre. Du point de vue des droits européens, sa définition est réservée aux Etats.

² P. Bourdieu, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, éditions du Seuil, Paris, 2000, p.254.

³ Nous reprenons la démarche définie par L. Boltanski, *Les cadres : la formation d'un groupe social*, les éditions de minuit, Paris, 1982.

désavantage particulièrement les étrangers. Le lien substantiel entre résidence et nationalité¹ permet de présumer la discrimination, c'est-à-dire que la victime n'a pas à rapporter la preuve statistique que ce critère désavantage effectivement plus les ressortissants de l'Union européenne que les nationaux. Cette recherche des caractéristiques juridiques attachées à la nationalité est également présente dans la jurisprudence de la chambre sociale. Elle a en effet condamné un employeur qui exigeait la production d'une carte d'électeur lors de l'embauche. Une telle exigence est qualifiée de discrimination en raison de la nationalité, car la citoyenneté politique est intimement liée à la nationalité².

435. En conclusion, l'identification des critères appartenant aux listes discriminatoires, ainsi que la détermination de leur signification représentent un enjeu certain. Sur ces thèmes, le dialogue des juges permet généralement un alignement ou une coordination entre les différentes jurisprudences. Le dialogue-transfert permet alors l'émergence de concepts nouveaux tels que la « citoyenneté sociale » dessinée par les différentes juridictions.

436. Le dialogue est également intense au sujet du contrôle des juges que suppose la non-discrimination. En effet, la jurisprudence communautaire a permis de faire évoluer les instruments de révélation du phénomène discriminatoire ce qui, dans le cadre du dialogue, ne va pas avec un certain tâtonnement, voire une cacophonie, à l'égard des concepts de discrimination directe et indirecte.

PARAGRAPHE 2 : LA MUTATION DU CONTRÔLE DE NON-DISCRIMINATION

437. Le dispositif antidiscriminatoire communautaire représente une évolution sensible du dispositif national. En effet, à l'origine, le dispositif français de lutte contre les discriminations était essentiellement articulé autour de la répression pénale³. Cette approche supposait de caractériser le dol de l'auteur. Sous l'influence du droit communautaire et de la nécessité de lutter efficacement contre les discriminations, le critère de l'intention de l'auteur

¹ Qui est également affirmé par le Conseil constitutionnel.

² Crim 20 janvier 2009, *Bul. Crim.* 2009, n° 19.

³ Voir G. Calvès « Communauté homosexuelle et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *D.*, 2005, p. 1497.

a été abandonné dans le versant « civil » et « travailliste » du dispositif¹. Le droit communautaire a alors forgé deux instruments pour caractériser la discrimination : la discrimination directe, qui signifie que l'auteur de l'acte ou du traitement s'est directement fondé sur un critère discriminatoire ainsi que la discrimination indirecte. Cette dernière se définit comme la distinction opérée sur la base d'un critère apparemment neutre, mais qui aboutit en fait à des résultats similaires, au regard des bénéficiaires et des exclus, à une différence qui aurait été directement fondée sur un critère discriminatoire. Ainsi, si le premier de ces mécanismes visent les raisons de la distinction, le second s'attache plus à ses effets. Cette différence, apparemment claire, entre ces deux concepts ne ressort ni des jurisprudences étudiées, ni des textes normatifs². Ce brouillage vient des glissements des jurisprudences respectives à propos de la discrimination directe, qui au fur et à mesure de la prégnance de plus en plus forte de la lutte contre la discrimination, a été assouplie au point de devenir un concept « flou » (A). En outre, cette assouplissement rend plus confus la distinction avec la discrimination indirecte, dont la détermination semble encore mal maîtrisée par certaines juridictions (B).

I. LA DISCRIMINATION DIRECTE : UN CONCEPT FLOU³ ?

438. Les premiers arrêts communautaires rendus à propos de la discrimination directe ont tenté de la définir par opposition à la discrimination indirecte. Le premier concept faisait alors référence aux discriminations ostensibles ou ouvertes, le second aux discriminations dissimulées ou déguisées⁴. Toutefois, ce *distinguo* n'est pas pertinent pour rendre compte de la jurisprudence communautaire. En effet, il est possible qu'une discrimination directe soit

¹ Bien évidemment, le *dol* reste nécessaire pour caractériser le délit pénal.

² Voir en particulier les libertés prises par le législateur français dans la transposition de la directive, cf. M.Miné, « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite) Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, JO 28 mai » *R.D.T.*2008, p.741.

³ « Fuzzy » principe en anglais, cf. M. Delmas Marty, *Le flou du droit*, Quadriga, PUF, 2004.

⁴ «Le principe d'égalité de traitement, dont l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité consacrée à l'article 12, paragraphe 1, CE est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat», cf. Affaire 43/75, Defrenne contre Sabena , Rec. 1976 p. 455, point 18, voir également plus récemment C-65/03, Commission contre Belgique , Rec. 2004, p. I-6427, point 28 +l'arrêt C-228/07 Petersen Rec. 2008 p. I-0000, point 53

déguisée. A titre d'illustration¹, dans l'affaire Dekker², la postulante a vu sa candidature rejetée non en raison de sa grossesse à proprement parler, mais des conséquences financières de cette grossesse pour l'employeur. La Cour fut alors amenée à se demander « *si la raison essentielle du refus d'engagement [était] une raison qui s'applique indistinctement aux travailleurs des deux sexes ou, au contraire, si elle [s'appliquait] exclusivement à l'un des deux sexes* ». La Cour répondit « *qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne [pouvait] être opposé qu'aux femmes et [constituait] dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe* »³. Le raisonnement de la Cour repose entièrement sur la considération que seules les femmes peuvent être enceintes. Or, que penser des personnes nées de sexe féminin mais devenues de sexe masculin suite à la reconnaissance de leur transsexualité ? Ne peuvent elles pas, lorsqu'elles gardent leurs organes reproducteurs, mettre au monde alors même qu'elles sont de sexe masculin ? Il est donc possible qu'un homme soit « enceint », possibilité que la jurisprudence de la Cour, axée sur une conception « sociale »⁴ du sexe, permet d'appréhender. Pareille situation, extrêmement marginale au demeurant, s'est déjà présentée⁵. En tout état de cause, il convient d'approuver la jurisprudence de la Cour car toute prise en compte de la grossesse suppose de prendre en compte le sexe biologique de la personne. Ainsi dans la jurisprudence Dekker⁶ la Cour qualifie de discrimination directe une distinction qui se fonde sur les conséquences financières de la grossesse et non *directement* sur le sexe de la candidate. En l'espèce, l'employeur avait bien tenté de dissimuler la discrimination derrière l'invocation des implications financières de la grossesse.

¹ Nous reprenons ici l'argumentation développée par l'avocat général Madame E. Sharpston dans ses conclusions présentées le 25 juin 2009 dans l'affaire C.J.C.E. 25 juin 2009, C-73/08, Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française présentées.

² C.J.C.E., 8 nov. 1990, aff. C-177/88, Dekker, *Rec.* 1990, I, p. 3441.

³ Confirmé par Affaire C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund contre Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz) *Rec.* 1990 p. I-3979, point 13; affaire C-421/92 Habermann-Beltermann contre Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband *Rec.* 1994 p. I-1657, point 15; affaire C-32/93 Webb contre EMO Air Cargo *Rec.* 1994 p. I-3567, point 19; affaire C-207/98 Mahlburg contre Land Mecklenburg-Vorpommern *Rec.* 2000 p. I-549, point 20.

⁴ Cf. *supra*, §1 II, à propos des transsexuels.

⁵ Cf. « L'homme enceint a accouché », *liberation.fr* : vendredi 4 juillet 2008. Toutefois, on peut se demander si cette personne était véritablement atteinte du syndrome du transsexualisme. En effet, ce syndrome suppose de se vivre psychologiquement comme étant de l'autre sexe. Or la maternité est un marqueur fort de l'identité féminine qu'il tentait prétendument de quitter...

⁶ C.J.C.E., 8 nov. 1990, aff. C-177/88, Dekker *Rec.* 1990, I, p. 3441.

La discrimination directe ne se résume donc pas à l'emploi exprès du critère discriminatoire dans les raisons avancées par l'auteur de l'acte ou du traitement. La tentative de dissimulation par l'auteur de la discrimination, lorsqu'elle est identifiée, sert au contraire à établir la discrimination directe. Lorsque cette tentative est clairement identifiée il n'y a pas de raison de se tourner vers le concept de discrimination indirecte, qui fournirait l'occasion à l'auteur de justifier son acte ou son traitement. La Cour de cassation a repris cette acception de la discrimination directe non seulement à propos de la grossesse¹, mais également au sein de la discrimination syndicale².

Le régime de la non-discrimination se caractérise aujourd'hui par une charge probatoire répartie entre la victime de la discrimination et son auteur présumé³. La raison d'une telle répartition de la charge de la preuve vient précisément de la difficulté de prouver que l'auteur s'est bel et bien fondé sur un critère discriminatoire pour prendre sa décision. Cette répartition vise précisément à obliger l'auteur de la décision à s'expliquer. Autrement dit, il ne peut plus passer sous silence les motifs de sa décision, motifs qui pourraient s'avérer discriminatoires. La non-discrimination étant orientée vers la révélation du phénomène discriminatoire⁴, elle fournit les moyens de déchirer le voile de la dissimulation tendue par l'auteur.

Les juges ne se contentent pas de permettre à la victime de lutter contre la dissimulation. Ils se saisissent également des raisons avancées par l'auteur et de leurs implications logiques. Ainsi l'avocat général Jacobs, dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire *Schnorbus*⁵, affirme que doit être qualifiée de discrimination directe toute distinction « *fondée sur un critère qui est soit explicitement celui du sexe soit nécessairement lié à une caractéristique indissociable du sexe* »⁶. La maternité est l'exemple le plus évident pour la non-discrimination en raison du genre. La Cour de cassation applique le même raisonnement lorsqu'est exigée, dans une offre d'emploi, la carte d'électeur⁷, que seuls les

¹ Soc. 16 décembre 2008, Bull. 2008, V, n° 249.

² Voir chapitre droit du travail, section 1.

³ Voir *supra*.

⁴ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁵ C.J.C.E. 7 décembre 2000, aff C-79/99, *Schnorbus*, *Rec p I-11015*.

⁶ Souligné par nous.

⁷ Crim 20 janvier 2009, Bul. Crim. 2009, n° 19

nationaux possèdent, ou encore lorsque l'employeur prend en considération les mandats de représentants du personnel dans son évaluation¹.

439. Une autre évolution du concept de discrimination directe tient de la sanction du phénomène discriminatoire même lorsque le motif discriminatoire est accessoire dans la prise de décision². Les juges recherchent alors si dans la motivation de l'auteur ou dans ses raisons, autrement dit dans la chaîne de causalité ou de fondement qui a mené à la décision, a été mobilisé un critère discriminatoire. Il suffit qu'à une étape l'auteur ait eu recours à un critère suspect, pour entraîner la qualification de discrimination. La jurisprudence la plus emblématique à cet égard est celle de la C.E.D.H. dans l'arrêt *E.B.*³. Il s'agissait du refus d'agrément d'adoption opposé à une homosexuelle, qui reposait sur deux raisons : la réticence de sa concubine face à l'adoption et l'absence de « référent masculin dans son entourage ». Cette dernière raison visait de manière détournée son orientation sexuelle et emportait à elle seule condamnation sur le fondement de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. Or, la seule réticence de sa concubine, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, aurait pu suffire à couvrir la décision des autorités françaises. Quelque soit l'importance de la raison de l'absence de référent masculin dans l'entourage, cette considération suffit à affecter la décision dans son ensemble.

440. Enfin, un problème se pose quant à la définition de la discrimination directe donnée par les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, qui consolident « l'acquis » jurisprudentiel. Ces textes définissent la discrimination directe comme la situation dans laquelle une personne est, sur la base de l'un des critères prohibés, traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait⁴ dans une situation comparable. Or, le caractère « moins favorable » suppose la comparaison, ce qui reviendrait à affirmer que la comparaison est consubstantielle à la discrimination. A l'inverse, la Cour de cassation affirme clairement, , que

¹ Voir chapitre droit du travail, section 1.

² Sur cette question et le lien avec l'abandon du critère de l'intention discriminatoire, cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

³ C.E.D.H. 22 janvier 2008, précité.

⁴ Opposition avec le législateur français, cf. M. Miné, « Discrimination : une transposition laborieuse », *R.D.T.* 2008, p. 532

la qualification d'une discrimination ne dépend pas d'une comparaison¹. Néanmoins, la jurisprudence communautaire apparaît équivoque quant à ce constat de la défaveur, car dans l'arrêt Feryn² elle admet la qualification de discrimination en dehors de victime identifiée. La défaveur peut alors être saisie objectivement. Dans la majorité des arrêts la défaveur est considérée comme évidente et ne fait pas l'objet de discussion. Certains arrêts semblent même renvoyer l'appréciation du « moins favorable » à la victime³. Cependant, il pourrait être envisagé que la défaveur vise la discrimination elle-même. En effet, être traité sur le fondement d'un critère discriminatoire, autrement dit subir une décision arbitraire, est en soi défavorable, peu importe que le recours au critère suspect donne accès ou au contraire empêche d'accéder à l'avantage convoité.

Si des hésitations continuent à perdurer quant à la relation entre comparaison et discrimination directe dans les jurisprudences communautaires et européennes⁴, il convient de préciser que la comparaison est employée d'une manière spécifique pour démontrer la discrimination. En effet, il serait possible de penser que la discrimination directe est établie lorsque le critère employé divise les deux catégories, les bénéficiaires et les « exclus » de l'avantage, en deux groupes parfaitement homogènes en leur sein vis-à-vis du critère discriminatoire. Autrement dit, pour qu'il y ait discrimination directe en raison du sexe, il faudrait que le groupe de bénéficiaires soit exclusivement composé d'hommes et le groupe des exclus de femmes. Il y'aurait alors correspondance parfaite entre la distinction opérée et le résultat d'une discrimination directement fondée sur le sexe. En vérité, il est rare de rencontrer des cas aussi épurés et ce serait par trop restreindre le concept de discrimination directe que de s'en tenir à de telles conditions. La rédaction des directives invite à une telle interprétation, car le « caractère moins favorable » s'apprécie comparativement à ceux qui sont dans une situation similaire, la seule différence tenant au critère discriminatoire. Par exemple, un homme et une femme occupant des postes, avec une ancienneté et une formation

¹ Sur cette question voir, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

² C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Aff. C-54/07, *op.cit.*

³ Voir en ce sens la jurisprudence C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Aff. C-411/05, *Rec. 2007* page I-8531 (jurisprudence précitée), cf. Titre 1, Chapitre 2, de la présente partie.

⁴ Voir Titre 1, Chapitre 1, section 2, §1.

identiques, ne sont pas rémunérés au même niveau de salaire. Alors, il apparaît que la seule raison à même d'expliquer la différence de rémunération est le sexe. L'un des meilleurs moyens de rapporter la preuve d'une discrimination sexuelle est de démontrer que parmi tous les salariés occupant le même type de poste, avec une ancienneté et des formations équivalentes, les hommes sont systématiquement mieux rémunérés. Ainsi, la démonstration de l'existence de la discrimination directe repose sur la concordance entre tous ceux qui sont exclus de l'avantage (une rémunération plus élevée) et le caractère homogène de ce groupe du point de vue du critère discriminatoire (les exclus sont toutes des femmes)¹. Toutefois, la jurisprudence ne va pas en ce sens. En effet, la discrimination directe peut être constituée lorsque le groupe homogène est non pas le groupe des « exclus » de l'avantage mais celui des bénéficiaires de celui-ci. En effet, la répartition des richesses suppose de gérer la rareté, ce qui implique que le bénéfice d'un avantage, le plus souvent, ne peut être universel et ouvert à tous. Ainsi, celui qui octroie l'avantage va poser des critères afin de sélectionner les bénéficiaires. Et moins ces derniers seront nombreux, plus ils seront à même de constituer un groupe homogène. Par exemple, un avantage de crèche d'entreprise ne peut, par définition, qu'aux parents ayant des enfants en bas-âge². L'accès à celle-ci est souvent conditionné notamment au regard de la rémunération, du nombre d'enfants ou encore du fait que le parent assume seul l'éducation de l'enfant. En outre, dans une perspective « d'action positive »³ les salariées jouissent d'une priorité, en considération du « fait sociologique » qu'elles assument, plus que leur conjoint, l'éducation des enfants ; ou encore cette priorité vient compenser les conséquences de la maternité sur la carrière. Néanmoins, le plus souvent cette priorité n'est pas qualifiée de « discrimination positive » et tombe sous le coup de la non-discrimination. Dans certains contentieux, les hommes remplissent toutes les conditions pour l'accès de leurs enfants à la crèche mais se voient supplantés par les salariées en raison de la priorité dont elles bénéficient. Dans ce cas la catégorie homogène à l'égard du critère du genre est celle des bénéficiaires, uniquement composée de femmes. En somme, la discrimination directe peut être établie dès lors que l'un des deux groupes, celui des « exclus » ou celui des bénéficiaires,

¹ Voir la démarche proposée par M^{me} E. Sharpston dans ses conclusions dans l'Affaire C.J.C.E. 25 juin 2009, C-73/08, Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française présentées.

² Soc. 8 octobre 1996, Bull. 1996, V, n° 311 p. 221.

³ Sur cette notion voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, section 1.

est homogène au regard du critère discriminatoire. Ceci suffit à démontrer que l'auteur de la décision a mobilisé un critère discriminatoire. En outre, le fait d'appartenir au groupe hétérogène n'empêche pas d'invoquer la discrimination.

441. En conclusion, l'assouplissement dans la qualification de la discrimination directe permet d'en étendre le domaine et de sanctionner un plus grand nombre d'actes ou de traitements discriminatoires. Cette extension brouille la frontière avec la discrimination indirecte, à tel point que dans certains cas il est difficile de faire la part entre les deux concepts. D'autant plus que celui-ci est également sujet à transformation.

II. LA DISCRIMINATION INDIRECTE : UN CONCEPT EN QUÊTE DE SENS ?

442. La discrimination indirecte est certainement l'une des manifestations les plus éclatantes du dialogue des juges. En effet, la Cour de justice est parvenue à diffuser un concept directement emprunté du droit américain¹ et inconnu de la majorité des droits internes des États membres. Le concept est désormais clairement affirmé et appliqué par la C.E.D.H.² et les juridictions internes³, à l'exception du Conseil constitutionnel⁴. Si la discrimination indirecte se trouve affirmée dans son principe, en revanche un doute subsiste quant à son sens.

443. La discrimination indirecte peut être définie comme la distinction qui serait fondée sur un critère apparemment neutre, mais qui en pratique aboutirait à défavoriser des personnes appartenant à une catégorie protégée⁵. La discrimination indirecte se distingue alors de la discrimination directe à plusieurs égards. Tout d'abord, cette première concerne une distinction apparemment neutre. Cette neutralité s'entend vis-à-vis de la non-discrimination,

¹ Cour suprême des États-Unis. *Griggs/Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, *op.cit.* et D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op.cit.*

² C.E.D.H., G.C., 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req. n° 57325/00.

³ Soc. 9 janv. 2007, pourvoi n°05-43962 et C.E. 10 avril 2002, *Syndicat national des professeurs d'arts martiaux*, n° 221314

⁴ Néanmoins, le Conseil constitutionnel a validé, sous réserve d'interprétation, la répartition de la charge de la preuve, telle que définie par le droit communautaire. La réserve porte sur le respect des droits de la défense, Considérants 87 à 90 de la décision C.const. 2001-455 DC - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053.

⁵ Voir en ce sens E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op.cit.* p. 162.

c'est-à-dire que le critère de distinction ne correspond pas à un critère appartenant à la liste discriminatoire¹. Plus précisément, compte tenu de l'assouplissement du concept de discrimination directe, cette neutralité suppose que la victime de discrimination n'ait pas pu établir la preuve du recours, même de manière accessoire, dans la chaîne des causes et des fondements préalables à la décision, à un critère discriminatoire. Ensuite, la discrimination indirecte fournit un autre type de révélation du phénomène discriminatoire, qui repose non pas sur les raisons de la décision, à l'image de la discrimination directe, mais sur les effets² « pratiques » de cette décision. En effet, la défaveur à l'endroit de la catégorie protégée suppose de mesurer les effets discriminants³ de la décision. La catégorie protégée est définie sur la base des critères discriminatoires. Ainsi, de la discrimination en raison du genre, la jurisprudence communautaire à propos des avantages conférés aux salariés travaillant à temps complet, dont sont exclus les salariés travaillant à temps partiel, la Cour invite à travers la discrimination indirecte à vérifier si les deux catégories, ne recourent pas dans les faits une distinction qui aurait été directement fondée sur le sexe. En effet, les salariés à temps partiel sont majoritairement des femmes, si bien qu'exclure les salariés à temps partiel revient à exclure une catégorie quasi-exclusivement composée de femmes, catégorie protégée par la règle de non-discrimination en raison du genre. Si la preuve de la discrimination directe suppose d'identifier un groupe, entre les « exclus » et les bénéficiaires de l'avantage, parfaitement homogène du point de vue du critère discriminatoire, la discrimination indirecte permet de se contenter d'un groupe majoritairement⁴ composée de personnes appartenant à la catégorie protégée. Autrement dit, pour établir la discrimination indirecte en raison du genre, il suffit que les salariés à temps partiel soient en majorité des femmes, le fait qu'il y ait une minorité d'hommes au sein du groupe considéré ne fait pas obstacle à la suspicion de discrimination. De même que pour la discrimination directe, il suffit qu'un groupe, entre celui des « exclus » et celui des bénéficiaires de l'avantage, soit composé de personnes relevant de

¹ Sur la question des listes discriminatoires, voir *supra*.

² Cf. K. Lenaerts et D. Arts, « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit* (Quatrième Journées René Savatier), Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p.101-134. cf. E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op.cit.* p. 414 note 5.

³ Au sens de la non-discrimination et non dans son sens premier de distinction.

⁴ Cette appréciation relève des juges nationaux.

la catégorie protégée pour établir la discrimination, peu important la composition hétérogène, du point de vue du critère discriminatoire, de l'autre groupe. Ainsi, dans l'exemple des travailleurs à temps partiel, le fait que le groupe des bénéficiaires de l'avantage, à savoir les travailleurs à temps complet, soit composé autant d'hommes que de femmes importe peu.

444. Sous l'apparente unité conceptuelle de la discrimination indirecte se cache en vérité une dualité. En effet, la jurisprudence communautaire, reprise à cet égard par le droit communautaire dérivé, a défini deux moyens d'établir la discrimination indirecte¹. Le premier repose sur la mesure de l'impact disproportionné. C'est celui qui est principalement utilisé dans le domaine de la non-discrimination sexuelle : à propos des travailleurs à temps partiel, les juges vont mesurer le nombre de femmes et d'hommes au sein de cette catégorie et s'il constate qu'il existe une majorité de femmes, alors le désavantage à l'égard des travailleurs à temps partiel désavantage une majorité de femmes et permet d'établir une suspicion de discrimination. Ce mode d'établissement de la discrimination est celui qui a été le premier repris et appliqué par la C.E.D.H. dans sa jurisprudence D.H.², à propos de discriminations à l'égard d'enfants Roms. Les requérants, avec l'aide d'associations humanitaires et de défense des droits de l'homme, ont établi sur le fondement de statistiques que la République Tchèque discriminait ces enfants en les affectant en priorité dans des établissements spécialisés à destination des enfants en difficulté. En effet, les enfants Roms constituaient parfois jusqu'à 80% des enfants dans ces établissements. La soi-disant politique pédagogique constituait en réalité une politique de « ghettoïsation ». En revanche, les juridictions internes n'ont à ce jour jamais fait application de ce moyen d'établissement de la discrimination indirecte. Le Conseil d'État ne semble pas faire usage de l'impact disproportionné. En revanche, la Cour de cassation sans s'être référée à ce moyen d'établissement de la discrimination indirecte semble avoir fait un pas en ce sens. En effet dans l'arrêt du 30 avril 2009, la Chambre sociale a refusé la qualification de discrimination directe en raison de l'âge pour le calcul d'une prime assortie d'un plafonnement de douze d'ancienneté. En revanche, une discrimination indirecte peut éventuellement être recherchée,

¹ Nous reprenons la distinction dégagée par O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. « Travail & Société », n° 28, Bruxelles, Peter Lang, 2001 p. 95 et s.

² C.E.D.H., 13 novembre 2007, D.H. et autres c. République tchèque, requête n° 57325/00.

elle décide de casser l'arrêt et invite les juges du fond à constater « *que le plafonnement de l'indemnité de licenciement avait pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge* ». Étant donné que la Cour semble refuser de considérer l'ancienneté comme étant intrinsèquement lié au critère de l'âge, cette constatation doit se faire concrètement sur la base de données chiffrées.

445. Le second moyen pour établir la suspicion de discrimination vise des mesures intrinsèquement suspectes. C'est le moyen que la C.J.U.E. utilise principalement dans le domaine de la libre circulation et de la discrimination en raison de la nationalité. Plus spécifiquement à propos du critère de la résidence¹, qui est vue comme une condition « *susceptible de désavantager en particuliers* » les travailleurs migrants, qui en raison de leur migration récente risque de ne pas pouvoir satisfaire à cette condition de résidence habituelle. La suspicion de discrimination, que l'auteur de la décision pourra dans un second temps combattre par des justifications objectives et raisonnables, est établie non par une mesure quantitative², mais par une appréciation « qualitative » sur les implications logiques du critère apparemment neutre. En effet, la Cour communautaire, suivie par la Cour de cassation³ et le Conseil d'État⁴, a estimé au terme d'un raisonnement abstrait et en dehors de toute constatation empirique, que le critère de distinction employé risquait d'affecter proportionnellement plus de personnes appartenant à la catégorie protégée. La C.E.D.H. a reconnu ce moyen d'établissement de la discrimination indirecte, mais n'a pas encore eu l'occasion de l'appliquer elle-même. Si le dialogue des juges a été relativement efficace dans la diffusion de ce moyen de reconnaissance de la discrimination indirecte, il n'en est pas moins problématique. En effet, l'établissement de la discrimination indirecte sur le fondement d'une mesure intrinsèquement suspecte est particulièrement proche de la discrimination directe établie par un critère « *nécessairement lié à une caractéristique indissociable* » d'un

¹ C.J.C.E, 12 février 1974. Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152-73, *Rec. 1974 p. 153*

² Ce qui supposerait un appareil statistique suffisamment important pour mesurer, au niveau national, si les personnes exclus sur le seul fondement de la condition de résidence sont majoritairement des ressortissants communautaires migrants (ce qui suppose non seulement de faire la distinction entre les nationaux et les étrangers, mais également au sein de cette dernière catégorie entre les ressortissants communautaires et les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne).

³ Soc. 9 janvier 2007, pourvoi n°05-43962.

⁴ C.E. 10 avril 2002, *Syndicat national des professeurs d'arts martiaux*, n° 221314.

critère discriminatoire, à l'image de la maternité et de la discrimination sexuelle. L'enjeu de la qualification entre discrimination directe et indirecte n'est pourtant pas mince, car l'auteur de la décision ne peut justifier une discrimination directe, alors qu'il peut tenter de combattre une suspicion de discrimination établie au sein de la discrimination indirecte. En effet, le débat judiciaire à propos de la discrimination directe portera, quasi-exclusivement¹, sur le point de savoir si l'auteur s'est fondé à un moment ou à un autre de la prise de décision sur un critère discriminatoire. En revanche, en matière de discrimination indirecte le débat portera d'abord sur la question de savoir si les éléments sont suffisants pour établir une suspicion de discrimination, et seulement ensuite, les débats porteront sur les justifications éventuelles avancées par l'auteur de la mesure, et notamment la question de savoir si elles constituent bien des justifications objectives et raisonnables. Or, il est arrivé à la C.J.U.E. d'utiliser la proximité entre les critères indissociables d'un critère discriminatoire et ceux intrinsèquement suspects pour moduler son contrôle et offrir l'opportunité à l'auteur de pouvoir se justifier et « sauver » l'acte en cause.

Dans la jurisprudence de la Cour de cassation le régime de la charge de la preuve de la discrimination tend à supplanter le recours au concept de discrimination indirecte. En effet, depuis la directive 97, la charge de la preuve est répartie entre celui qui se dit victime de discrimination et l'auteur putatif de celle-ci. Plus précisément, le demandeur doit établir des faits qui font suspecter l'existence d'une discrimination. Si les faits rapportés suffisent à établir cette suspicion, l'auteur de la décision doit se justifier, c'est-à-dire s'expliquer et démontrer que les raisons de sa décision sont étrangères à toute discrimination directe. En allégeant ainsi la charge de la preuve du demandeur et en obligeant le cas échéant l'auteur de la mesure à s'expliquer, cela réduit l'intérêt et l'utilité de recourir au concept de discrimination indirecte. D'autant plus que les juges du fond français semblent relativement ouverts sur le degré de suspicion de discrimination, si bien que la qualification de discrimination directe résulte bien souvent de la défaillance de la part de l'employeur à pouvoir justifier sa décision. En somme, le caractère *suspect* au cœur de la répartition de la

¹ Nous écartons ici les discussions sur les exceptions aux règles de non-discrimination et la discrimination « positive », voir section 2.

charge de la preuve supplante le *risque* discriminatoire caractéristique de la discrimination indirecte.

446. En conclusion, l'assouplissement de la discrimination directe et la confusion entre le régime probatoire et l'élément caractéristique de la discrimination indirecte aboutit à rendre ces concepts plus flous. Le dialogue des juges confine alors plus à la cacophonie qu'à une œuvre de clarification des concepts.

De surcroît, les aménagements possibles apportés aux règles de non-discrimination, qu'il s'agisse des exceptions, des aménagements raisonnables ou encore de la discrimination « positive », ne contribuent pas à cette clarification. Ils illustrent néanmoins la transition de la non-discrimination d'une logique de prohibition à celle de suspicion.

SECTION 2 : LES « AMÉNAGEMENTS » POSSIBLES

447. En matière de discrimination directe, la prohibition de recourir à un critère discriminatoire n'a jamais été absolue. Les premières règles de non-discrimination ont toujours connu des exceptions. Ainsi le droit interne a toujours connu des activités pour lesquelles il est possible de distinguer, notamment dans le recrutement, sur la base du sexe des candidats¹. Le droit communautaire a fait évoluer ces exceptions à la prohibition discriminatoire. Le premier « échange » entre la C.J.U.E., le Conseil d'État et la Cour de cassation a entraîné l'élimination des dispositifs d'inspiration « paternaliste », qui poursuivaient un objectif de protection des femmes². La jurisprudence communautaire, suivie par les jurisprudences internes, a alors fait prévaloir la « neutralité » à l'égard du critère discriminatoire sur la protection des femmes. Les directives 2000/43 et 2000/78 ont apporté de profondes modifications dans la dualité prohibition/exception, et ce à deux égards. En premier lieu, ces directives visent une exception devenue générale et non plus ponctuelle et spécifique à chaque critère : les exigences professionnelles essentielles et déterminantes. En

¹ CE, 3 juillet 1936, demoiselle Bobard, Rec. 721 : « si les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des administrations centrales des ministères, il appartient au gouvernement [...] de fixer par des règlements d'administration publique les règles relatives au recrutement et à l'avancement du personnel de ces administrations, et de décider, en conséquence, à cette occasion si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin ».

² Voir supra.

second lieu, ces deux directives ont introduit dans le droit communautaire dérivé deux critères discriminatoires qui connaissent un régime particulier qui n'est pas fondé sur la prohibition de la discrimination. En effet, le régime du critère du handicap vise des aménagements raisonnables dont la mise en œuvre suppose de la part de l'employeur de prendre en considération le handicap du candidat à l'emploi ou du salarié. Par ailleurs, le critère de l'âge peut être valablement mobilisé aux fins de certaines politiques sociales. Néanmoins, ces réformes étant peut-être par trop récentes, ces différents points ne font l'objet, au mieux, que d'un dialogue naissant. Faute de contentieux, les différentes juridictions n'ont pas tellement l'occasion de construire une jurisprudence et d'entrer en dialogue avec les autres juges. Les développements relatifs à ces différents « aménagements », qui visent une adaptation soit des règles de non-discrimination à un type d'activité particulier - les exigences essentielles et déterminantes - soit à la problématique spécifique du critère discriminatoire - comme l'âge et le handicap-, demeureront donc modestes (§1).

448. Par ailleurs, l'auteur d'un acte ou d'un traitement peut recourir directement à un critère discriminatoire lorsqu'il vise précisément à rétablir une égalité « concrète » ou de « résultat ». Il s'agit alors de la discrimination « positive », dont il revient aux juges de déterminer les conditions de validité. Si l'espace de dialogue est bien ouvert en ce domaine, les jurisprudences demeurent tâtonnantes quant à la détermination précise des cas de recours licites à la discrimination « positive » (§2).

PARAGRAPHE 1 : LA GÉNÉRALISATION DES « AMÉNAGEMENTS »¹ RAISONNABLES ?

449. Un aménagement se définit comme l'action d'adapter, de modifier quelque chose de manière à le rendre plus adéquat². Désormais, à la suite des directives dites « 2000 », le droit communautaire prévoit une exception, aujourd'hui généralisée, aux règles de non-discrimination, qui permet à l'auteur de la décision de se fonder sur un critère discriminatoire. Il s'agit des exigences professionnelles essentielles et déterminantes qui permettent en raison

¹ Nous entendons ce terme dans un sens générique. Nous ne visons pas uniquement le régime propre du handicap.

² Voir le Trésor de la langue française, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>

de la spécificité de l'activité considérée de recourir à un critère discriminatoire. Si la jurisprudence relative à cette exception est très modeste, il n'en demeure pas moins qu'elle remet en cause la jurisprudence antérieure (I). Ces mêmes directives ont introduit de nouveaux critères discriminatoires, dont le régime ne vise pas la prohibition mais bien au contraire l'encadrement du recours à ces critères. Certains désignent ces règles de non-discrimination comme d'une nouvelle génération, lesquelles ne visent plus une obligation d'abstention mais une obligation de faire. Dans cette perspective le recours au critère discriminatoire¹ doit alors être raisonnable (II).

I. UNE EXCEPTION GÉNÉRALE : LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES ESSENTIELLES ET DÉTERMINANTES

450. Le dispositif communautaire de non-discrimination en raison du genre est souvent cité comme modèle pour les autres règles de non-discrimination, en particulier parce qu'il a fait l'objet de nombreux recours, qui ont permis le déploiement d'une véritable politique jurisprudentielle. Le dispositif communautaire avait ouvert la possibilité aux États membres de définir les activités pour lesquelles il était possible de recourir au critère du sexe, en ces termes :

« 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 »².

La définition de l'exception appartenait donc aux autorités nationales et non aux employeurs. Le législateur français a renvoyé le soin au pouvoir réglementaire de dresser cette liste des activités³. Toutefois, la jurisprudence communautaire a entendu strictement

¹ Voir par exemple M. Mercat-Bruns, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *R.D.T.* 2007, p. 360.

² 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 professionnels, et les conditions de travail, article 2, 2°.

³ Art. R. 1142-1 du Code du travail, toujours applicable.

cette disposition et a censuré les exceptions trop globales¹. Commentant cette jurisprudence, la Commission européenne, dans sa communication du 7 juin 2000 relative à la proposition de modification de la directive de 1976, précise que « *la principale conclusion que l'on peut tirer de cette jurisprudence est que la certaine marge d'appréciation dont jouissent les États membres pour exclure certaines activités professionnelles est soumise à des critères stricts. Premièrement, l'exclusion ne peut concerner que des postes précis. Deuxièmement, les États membres sont tenus de réévaluer périodiquement la légitimité de l'exclusion, de sorte qu'elle peut être autorisée à certaine date, mais devenir illégale par la suite* ».

451. L'introduction de la notion « *d'exigence professionnelle essentielle et déterminante* »² et sa généralisation à tous les motifs de la liste communautaire, y compris le sexe, et de la liste du Code du travail³, offre une possibilité de justifier son recours à un critère discriminatoire. Si bien évidemment cette notion, en tant qu'exception doit être interprétée strictement, elle permet aujourd'hui à un employeur de décider et de se justifier en se fondant sur un critère discriminatoire. L'évolution est sensible en matière de non-discrimination en raison du genre, car auparavant seules les autorités publiques pouvaient définir *a priori* les activités pour lesquelles l'employeur pouvait se fonder sur le sexe. Les juges devront alors contrôler si la justification avancée par l'employeur constitue bien une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* ». Il semble ainsi que cette notion tient en premier lieu à la nature de l'activité même, voir du poste spécifique. L'exemple le plus évident tient au métier d'acteurs. En effet, pour recruter un acteur pour jouer Othello de Shakespeare⁴, le metteur en scène peut décider de ne recruter qu'un acteur noir et exclure tous les acteurs d'une autre couleur de

¹ L'Irlande du Nord entendaient exclure les femmes de certains emplois dans la police auxiliaire au motif de leur protection, cf. CJCE 15 mai 1986, Johnston, aff. C-222/84, Rec. CJCE, p. 1651. Pour la CJCE, « *une exclusion globale des femmes d'une telle activité professionnelle en raison d'un risque général et non spécifique aux femmes pour des raisons de protection de la sécurité publique ne rentre pas dans le cadre des différences de traitement que l'article 2-3 de la directive admet dans un souci de protection des femmes* ». L'affaire Sirdar concernait l'emploi d'une femme comme cuisinière dans les Royal Marines (CJCE 26 oct. 1999, aff. C-273/97, Rec. CJCE, p. I-7403) ; et enfin l'affaire Kreil, cf. CJCE 11 janv. 2000, aff. C-285/98, Rec. CJCE, p. I-69.

² Point 18 de la directive no 2000/43/CE et point 23 de la directive no 2000/78/CE, reprise par l'article 2-6 directive no 2002/73/CE et art. 14-2 la directive no 2006/54/CE.

³ A propos des débats parlementaires ayant entouré l'adoption de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, voir M. Miné, « Discrimination : une transposition laborieuse », *R.D.T.* 2008, p. 532.

⁴ Sur cet exemple cf. O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. « Travail & Société », n° 28, Bruxelles, Peter Lang, 2001.

peau. Ou encore, pour jouer un rôle féminin, le metteur en scène peut exclure tous les acteurs et ne rechercher que parmi les actrices. En outre, « *l'exigence professionnelle essentielle et déterminante* » peut être appréciée à l'aune de la nature et l'objet de la personne morale - employeur. En particulier les entreprises de « tendances »¹, dont la finalité même est fondée sur la religion ou les convictions peuvent exiger de leurs salariés une certaine « loyauté » à l'égard du dogme ou de la philosophie prônée par l'entreprise. La notion « *d'exigence professionnelle essentielle et déterminante* » servira certainement d'instrument de conciliation entre la liberté de convictions religieuses, philosophiques ou politiques dont l'entreprise est le support et l'expression et la liberté de conscience du salarié et le droit de ne pas être discriminé sur ce fondement².

452. La C.J.U.E. n'a eu l'occasion de se prononcer qu'une seule fois sur la notion « *d'exigence professionnelle essentielle et déterminante* »³. Il s'agissait d'un candidat à un poste dans le service technique intermédiaire des pompiers. Or, un tel recrutement est soumis à la limite d'âge de 30 ans. En l'espèce, si Monsieur Wolf n'avait pas atteint cette limite au jour de l'envoi de sa demande, il dépassait la limite d'âge le jour du recrutement effectif, un an et trois mois plus tard. La C.J.U.E. fut alors amenée à se prononcer sur la question de savoir si cette limite d'âge pouvait être justifiée par une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* », en application de l'article 4 paragraphe 1 de la directive. La Cour constate tout d'abord que la limite d'âge apparaît comme un objectif légitime, dans la mesure où un service de secours ne peut être astreint de recruter des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions. Il s'agit donc de maintenir le caractère opérationnel du service⁴. Ensuite, le poste de pompier en cause suppose des interventions sur le terrain et ne se résume pas à des fonctions de direction et d'encadrement⁵. Dès lors, il est nécessaire que les travailleurs aient des capacités physiques élevées, ce qui

¹ P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons 2003.

² Sur la question de la liberté religieuse voir notamment J. Savatier, « Libertés religieuses et relations de travail », Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, *Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXI^e siècle*, 2001, Dalloz, p. 455 ; Cl. Brisseau, « La religion du salarié », *Dr. soc.* 2008, p. 969 ; F. Gaudu, « Droit du travail et religion », *Dr. soc.* 2008, no 9/10, p. 959

³ C.J.U.E. 12 juillet 2010, C-229/08, Colin Wolf contre Stadt Frankfurt am Main.

⁴ Points 37 à 39.

⁵ Point 40.

constitue une « exigence essentielle et déterminante ». La troisième étape consiste à déterminer si les capacités physiques élevées sont liées à l'âge. La Cour s'appuie alors sur les études scientifiques produites par le gouvernement allemand qui établissent une corrélation entre le vieillissement et les capacités respiratoires, la musculature et l'endurance¹. Enfin, la Cour analyse si le dispositif est proportionné, c'est-à-dire s'il est approprié pour atteindre l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. La Cour constate que les pompiers recrutés avant 30 ans se voient à compter de 45 ans affectés à des postes moins exigeants sur le plan physique. Autrement dit le pompier ne reste affecté à un poste que pour une durée comprise entre 15 et 20 ans. Or relever le seuil de l'âge limite de recrutement diminuerait la durée pendant laquelle le pompier pourrait être affecté sur les tâches les plus physiques et si un trop grand nombre de travailleurs ne peut être affecté à ces tâches cela affecterait l'organisation du service. En conclusion la Cour admet la limite d'âge au nom de « l'exigence essentielle et déterminante », essentiellement en considération des capacités physiques élevées exigées pour occuper le poste. La Cour entend affirmer la réalité des quatre étapes du contrôle. Néanmoins, qu'il soit permis de s'interroger sur la vigueur de l'exigence de proportionnalité, qui conduit la Cour à admettre la fixation d'une limite d'âge intangible (30 ans), créant un « effet de seuil ».

453. La C.E.D.H., quant à elle a toujours décidé depuis qu'elle a identifié le « noyau dur » de critères suspects, que le recours à ceux-ci pouvait toujours être justifié, mais l'État devait alors avancer des justifications particulièrement fortes, soumises au contrôle de proportionnalité². De prime abord le contrôle de nécessité et de proportionnalité ainsi fixé devrait pouvoir s'accommoder des quatre étapes dessinées par la jurisprudence communautaire à propos de l'« exigence essentielle et déterminante ».

454. Le dialogue des juges est donc ouvert, il appartient aux juges internes de répondre et de se saisir des jurisprudences européennes. En revanche, le dialogue ne paraît pas entamer les nouveaux critères discriminatoires qui ne visent pas la prohibition mais la raisonnable utilisation.

¹ Point 41

² Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

II. LE RECOURS RAISONNABLE AU CRITÈRE DISCRIMINATOIRE

455. Certains critères de non-discrimination ne visent pas la prohibition de leur utilisation, comme le handicap qui vise des aménagements raisonnables et donc la prise en considération du handicap. Ils supposent que leur utilisation satisfasse au standard¹ du raisonnable. Celui-ci peut résulter de la procéduralisation, qui peut être définie comme « *la mise en place de mécanismes procéduraux destinés à augmenter la légitimité et l'efficacité des normes* »². L'exigence de raisonnabilité peut également être satisfaite par un contrôle quant au fond de la décision à l'origine de l'acte ou du traitement.

456. La procéduralisation se manifeste à propos d'un critère discriminatoire qui n'appartient qu'à la liste du Code du travail : l'état de santé. La chambre sociale connaît d'un fort contentieux relatif au licenciement d'un salarié malade. La jurisprudence constante de la Cour affirme que le licenciement reposant sur une déficience physique du salarié non constatée par le médecin du travail se fonde sur la prise en compte de l'état de santé du salarié et est constitutif d'une discrimination³. Le juge judiciaire a précisé qu'en cours de maladie l'employeur ne peut procéder au licenciement que s'il démontre un trouble caractérisé à l'entreprise du fait des absences prolongées ou répétées⁴. Dans ce cas alors, le licenciement n'est pas discriminatoire car fondé sur le trouble causé à l'entreprise et non directement sur la maladie. En cas de retour de congé maladie ou d'accident, il est possible que le salarié ne puisse accomplir certaines tâches. Le Code du travail impose alors une double visite auprès d'un médecin du travail, au cours de laquelle il détermine le type de poste qui convient au salarié, compte tenu de son inaptitude⁵. Ce n'est que si l'employeur ne peut le reclasser sur un poste, qu'il pourra le licencier. Ainsi, le licenciement bien que fondé sur l'inaptitude et donc l'état de santé du salarié n'est pas discriminatoire, si l'employeur a respecté la procédure et la

¹ Sur cette notion, cf. notamment, S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse L.G.D.J., 1980 et F. Guiomard, thèse préc.

² Cf. E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.* p. 827.

³ Soc. 13 janv. 1998: *Bull. civ.* V, n° 9; D. 1998. IR. 57.

⁴ Soc. 16 juill. 1998: *Bull. civ.* V, n° 394; D. 1998. IR. 200; *Dr. soc.* 1998. 950, note A. Mazeaud. DANIEL et MINE, *Dr. ouvrier* 1997. 365 (SIDA et discrimination). LABORDE, *Dr. soc.* 1991. 615 (discrimination, état de santé et handicap).

⁵ Soc. 16 févr. 1999: *Bull. civ.* V, n° 76; *Dr. soc.* 1999. 528, obs. Savatier 20 sept. 2006: RJS 2006. 868, no 1169.

décision du médecin du travail¹. La procédure, mais surtout l'intervention d'un tiers « expert » à la relation de travail, permet d'attester du caractère raisonnable du licenciement, en particulier du maintien impossible dans l'entreprise.

457. En matière de handicap, la directive 2000/78 impose à l'employeur de mettre en œuvre des aménagements raisonnables :

« Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées »².

Toutefois, dans le seul arrêt qu'ai eut à connaître la C.J.U.E. en la matière, il ne lui était pas demandé de s'interroger sur la signification de ces aménagements raisonnables mais sur la discrimination par association³. Le dialogue en la matière n'est donc toujours pas ouvert.

La C.E.D.H. semble plutôt réservée quant à la reconnaissance d'une règle de non-discrimination qui obligerait les États à prendre en considération le handicap des personnes. Dans une jurisprudence « Botta »⁴, la Cour a refusé à une personne handicapée physique la possibilité d'invoquer les articles 8 et 14 de la Convention afin de protester contre l'absence d'aménagements spéciaux. Le requérant se plaignait en effet que, malgré la législation italienne, certains établissements n'aient pas été contraints par les pouvoirs publics de prévoir des aménagements spéciaux pour les personnes handicapées portant ainsi atteinte de manière discriminatoire à leur droit au respect de la vie privée. La Cour a simplement constaté

¹ Soc., 20 septembre 2006, *Bull. civ.* V, 2006, n° 275, pourvoi n° 05-40.421 ; Soc., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-43.443.

² Article 5 de la directive.

³ C.J.C.E, *Coleman contre Attridge Law et Steve Law*, Affaire C-303/06, Rec. 2008 page I-05603.

⁴ CEDH, 24 févr. 1998, n° 21439/93, *Botta c/ Italie* : Rec. CEDH 1998-I. – B. Maurer, De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des droits de l'homme : *RTDH*, 1999, p. 600-618.

l'inapplicabilité de l'article 8 de la Convention, ce qui entraîne l'impossibilité d'invoquer toute demande sur le fondement de l'article 14, qui n'a pas d'existence indépendante¹. Une première brèche est ouverte lorsque la Cour reconnaît qu'il est possible d'imposer une obligation « positive » à la charge des États de rendre possible l'accès d'établissements publics et ouverts au public, si la personne handicapée démontre que cet accès est indispensable pour son développement personnel et que son droit de nouer et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur est mis en cause². En outre, la Cour reconnaît que la détention d'une personne handicapée dans un établissement inadapté peut emporter violation de l'article 3³. Si la Cour européenne vise aujourd'hui la « discrimination » en raison du handicap⁴, elle exerce un contrôle normal⁵ à propos des distinctions reposant sur une inaptitude découlant d'un handicap⁶.

Enfin, les premières affaires relatives aux aménagements pour permettre l'accessibilité des bâtiments et services en faveur des personnes handicapées commencent à émerger⁷. En outre la chambre criminelle a reconnu comme constitutif du délit de discrimination le fait de refuser à une personne handicapée l'accès à un cinéma en raison de l'absence d'aménagements raisonnables⁸.

458. En matière de discrimination en raison de l'âge, la C.J.U.E. a connu plusieurs affaires. L'article 6 de la directive 2000/78/CE prévoit la possibilité de justifier le recours à ce critère :

¹ Point 39 de l'arrêt.

² CEDH, 14 juin 2002, n° 38621/97, Zehnalová et Zehnal c/ Rép. Tchèque ; J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mai 2002 - octobre 2002) », A.J.D.A. 2002, p.1277.

³ CEDH, 24 oct. 2006, n° 6253/03, Vincent c/ France. En revanche la Cour refuse de reconnaître une violation de l'article 14, car « Il apparaît que toute personne dans la même situation aurait rencontré les mêmes difficultés », cf. point 145.

⁴ Arrêt Vincent c/ France précité, point 145.

⁵ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

⁶ C.E.D.H. Glor c. Suisse 6 novembre 2009.

⁷ Loi du 11 février 2005 n°2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées prévoit des délais de mise en conformité, cf. article 45. A propos de l'accès des palais de justice, cf. CAA Douai, 12 déc. 2006, n° 05DA00663, Bleitrach et la rpise en charge éducative des enfants handicapés, cf. TA Cergy-Pontoise, 12 déc. 2008, n° 0408765, qui apporte cette précision utile : « *se prévaloir de l'insuffisance des moyens budgétaires, de la carence d'autres personnes publiques ou privées dans l'offre d'établissements adaptés ou de la circonstance que les allocations sont accordées aux parents d'enfants handicapés pour les aider à assurer leur éducation* ».

⁸ Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85888, Sté Hellucha.

« (...) les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (...) ».

Il ressort des différents arrêts de la C.J.U.E. que le contrôle de cette justification réside pour l'essentiel dans l'exigence de proportionnalité¹. Un tel contrôle aboutit à censurer les dispositions trop générales et force les politiques d'emploi à définir précisément les catégories cibles bénéficiaires, dont la définition ne peut se réduire à un critère d'âge. La Cour de cassation a fait directement application de cet article à la limite d'âge des pilotes de lignes et reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si la cessation des fonctions de pilote à l'âge de 60 ans était nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes, en l'occurrence « *de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de sécurité de ses utilisateurs comme de ceux qui y travaillent* »². La Chambre sociale semble, à l'instar de la Cour communautaire, censurer les dispositions trop générales eu égard à l'exigence de proportionnalité.

459. Ces règles de non-discrimination qui visent non plus à prohiber le recours à un critère discriminatoire, mais à en encadrer strictement le recours renouvellent la réflexion sur la place de l'exception que constitue la discrimination dite « positive ».

PARAGRAPHE 2 : L'EXCEPTION DES DISCRIMINATIONS « POSITIVES »³

460. La discrimination « positive » est un concept qui fait débat. Celui-ci est né en Inde afin de lutter contre les discriminations inhérentes aux castes⁴. Cette politique a été ensuite « exportée » aux États-Unis et popularisée notamment par Martin Luther King. Elle s'est traduite par des programmes « d'affirmative action », déployés au niveau fédéral comme par

¹ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, I.

² Soc. 11 mai 2010, n°08-45307.

³ A propos du recours et de la définition même de ce concept, il est d'autant plus sujet à caution, que les textes communautaires recourent plus volontiers au concept « d'action positive », cf. Chapitre 2, section 1, §2 de ce même titre.

⁴ V. G. Calvés, *La discrimination positive*, Que sais-je, PUF, 2004. .

les États fédérés¹. Ces politiques constituent des traitements préférentiels en faveur d'un membre d'un « groupe »² discriminé. Plus que de compenser les discriminations passées³, ces politiques visent à corriger⁴ les effets des discriminations passées ou présentes. De prime abord, de telles politiques qui n'entrent pas dans les cadres stricts d'utilisation autorisés en raison d'un recours direct à un critère discriminatoire devraient automatiquement être qualifiées de discriminatoire. Toutefois, l'objectif de l'auteur de l'acte ou du traitement est de lutter contre les discriminations, de permettre à un membre d'un « groupe » discriminé de pouvoir accéder à un avantage, alors même que le phénomène discriminatoire persistant l'en aurait en temps normal empêché. La discrimination « positive » vise par ses résultats même à lutter efficacement contre la discrimination. Certains auteurs avaient cru pouvoir avancer que de telles politiques « *n'ont pas encore droit de cité en France* »⁵, en raison de la tradition universaliste et de la conception individualiste de l'intégration française. En effet, de telles politiques s'appuient sur la reconnaissance de « groupe », ce qui est contraire à la tradition républicaine française⁶. Toutefois, il apparaît à l'examen des jurisprudences étudiées que des discriminations « positives » existent et sont reconnues par les droits européens comme interne. En effet, en matière de discrimination en raison du genre, si les Traités originels n'avaient pas réservé la possibilité de recourir à la discrimination « positive », le Traité actuel⁷, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸, ménagent cette possibilité. En réalité une telle réserve a tôt été ouverte en droit communautaire dérivé⁹.

¹ Voir G. Calvès, thèse précit. ; P. Sabbagh, thèse précit. ; F. David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, ANRT, Thèses à la carte, 2004 ; E. Zoller, « L'égle protection des lois aux Etats-Unis », *Archives de philosophie du droit*, Tome 51, 2008.

² Sur la différence entre groupe et catégorie voir infra, chapitre 2, section 2, §2.

³ Voir G. Calvès, *Que sais-je ?*, op. cit.

⁴ O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit p. 192 et s.

⁵ P. Ardant, « L'égalité des personnes en droit public ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine*, sujet de droit, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris, PUF, 1994, p.143.

⁶ Sur cette question voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit p. 214 et s.

⁷ Article 19 §2 du Traité F.U.E.

⁸ Article 23 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté* ».

⁹ 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, op.cit.

461. Le concept de discrimination « positive » est sujet à controverse¹, car il vise les cas où l'auteur d'un acte juridique ou d'un traitement recourt intentionnellement à une politique de « faveur » à destination d'une catégorie de personnes identifiées sur la base d'un critère discriminatoire. Elle légitime ainsi le recours à un critère suspect qui n'est justifié ni par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, ni par la règle discriminatoire elle-même². Ce dernier point mérite quelques précisions. En effet, selon l'économie de la directive communautaire 2000/78³, les auteurs distinguent bien l'aménagement raisonnable propre au critère du handicap⁴ et les justifications du recours au critère de l'âge⁵ des actions positives⁶. L'article 7 de la directive dispose : « *Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1er* ». La directive ne distingue pas selon les critères⁷, chacun pouvant faire l'objet d'une politique de discrimination « positive ». Autrement dit, les discriminations « positives » sont un autre cas de recours au critère discriminatoire, y compris à propos de l'âge. Il convient alors de s'interroger sur le régime de cette exception.

462. Tout d'abord, les jurisprudences étudiées reconnaissent toutes la nature d'exception aux politiques de discrimination « positive ». En effet, en raison du recours direct à un critère discriminatoire, les juges appliquent une interprétation stricte quant à sa mise en œuvre. S'il ne fait guère de doute que l'objectif affiché par l'auteur de la discrimination « positive » s'inscrit dans la politique antidiscriminatoire, en l'occurrence l'élimination des

¹ Cf. Chapitre 2, section 1, §2 de ce même titre.

² A l'image du handicap qui oblige l'employeur à tenir compte du handicap du salarié afin d'adapter le poste de travail, cf. *infra*.

³ Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁴ Article 5 de la directive.

⁵ Article 6 de la directive.

⁶ Article 7 de la directive. Ce que la directive appelle « action positive » recouvre en vérité ce que nous nommons « discrimination positive ». Sur ces notions voir Chapitre 2, section 2, de ce même titre.

⁷ Le §2 concerne, néanmoins, exclusivement le handicap, cf. « *En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail* ».

discriminations, ces politiques provoquent une gêne dans la mesure où elles reposent sur la stéréotypie que l'antidiscrimination vise à éliminer. Une illustration de l'interprétation stricte provient des jurisprudences relatives à la discrimination en raison du genre, qui constitue un espace de dialogue entre la C.J.U.E. et les juridictions internes. En effet, le droit positif français a compté jusque dans les années 80 et 90 des dispositions qui visaient à favoriser les femmes. Souvent, de tels dispositifs s'inscrivaient dans une politique de compensation en considération des retards de carrière, en raison de la maternité ou de l'éducation des enfants, qui affectent les femmes. Ces dispositifs visent à corriger ces retards, dans le bénéfice de certains avantages, comme l'accès à la retraite. De même, en application d'une Convention de l'O.I.T., le travail de nuit des femmes était interdit, mesure justifiée par les autorités françaises, non pas en considération du fait que le travail de nuit serait plus nuisible aux femmes qu'aux hommes, mais en raison du risque d'agression prétendument plus important pour les femmes. Très clairement ces dispositions s'inscrivaient dans une politique de protection des femmes¹. Néanmoins, elles n'entrent pas dans les exceptions qui visent le recours au critère du genre en raison de la nature de l'activité elle-même, qui doivent être définies dans une liste établie par les autorités nationales. Elles n'entrent donc pas dans l'exception d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes. En effet, cette exception est fondée sur la nature de l'activité. Les dispositifs français s'inscrivaient eux dans une politique générale de protection de la femme, sans égard vis-à-vis de l'activité particulière de chacune d'entre elle. La France pensait pouvoir maintenir de telles dispositions en raison de l'objectif de protection qui les légitimait.

Le droit communautaire incite les États, sans les obliger, à adopter des politiques de discrimination « positive », en particulier en matière de discrimination sexuelle². Cependant,

¹ La C.J.U.E. a censuré la prohibition générale d'emploi des femmes dans le secteur minier souterrain, qui vise à éviter des travaux pénibles aux femmes, cf. C.J.C.E., 1er févr. 2005, aff. C-203/03, Comm. c/ Autriche : *Rec.* 2005, I, p. 935 ; Commentaire F. Kessler, *R.J.S.* 2005, p. 509.

² Dans le droit primaire de telles politiques peuvent trouver fondement sur l'article 157 (point 4) du Traité F.U.E. (qui reprend l'article 141 du Traité sur l'Union européenne, ex-article 139), l'article 19 (point 2) du Traité F.U.E. ; l'article 153 du Traité F.U.E. (ex-article 137 du Traité sur l'Union européenne) et l'article 23§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (qui ne vise que les discriminations en raison du genre). En droit dérivé, la discrimination « positive » en raison du genre peut trouver fondement dans l'article de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

toute politique préférentielle ne constitue pas une discrimination « positive »¹. La jurisprudence communautaire a tôt précisé que les mesures attachées à la maternité, qui visent soit la protection de la grossesse², soit le lien entre la mère et l'enfant³, ne sont pas discriminatoires. Ces mesures font l'objet d'une directive spécifique⁴ qui doit être articulée avec celle interdisant la discrimination en raison du genre. En effet, à compter de la jurisprudence Dekker⁵, le juge communautaire établit bien que la prise en compte de la grossesse, qui ne peut concerner que des femmes, n'est pas une dérogation à la non-discrimination en raison du genre, mais au contraire une concrétisation de celle-ci qui emporte l'obligation pour l'employeur de tenir compte de l'état de la femme⁶. En revanche, tout avantage accordé de manière préférentielle aux femmes non en considération de la maternité, mais en raison de leur qualité de parent n'entre pas dans les cas où le recours au critère du sexe est autorisé. Dans ces derniers cas, la jurisprudence communautaire n'accepte pas les différences opérées entre les pères et les mères, qui ont tous la qualité de parent⁷. La C.J.U.E. n'admet généralement pas que sous prétexte de protection de la femme de telles mesures

¹ Pour une définition plus précise de ce concept voir Chapitre 2, section 2, §1, infra.

² C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes contre République Française, Aff. 318/86, *Rec.1988 p. 3559*.

³ A propos de l'octroi licite d'un congé de maternité supplémentaire, afin de protéger les 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, cf. C.J.C.E., 12 juillet 1984, aff. 184/83, Hofmann : *Rec.* 1984, p. 3047. La Cour admet même le versement d'une allocation forfaitaire aux femmes partant en congé de maternité, destinée à compenser certains désavantages qu'elles subissent, comme l'impossibilité de participer à des actions de formation ou de bénéficier d'une augmentation de salaire due à leurs performances personnelles (C.J.C.E., 16 sept. 1999, Abdoulaye, voir Chapitre 2, section 2 de ce même titre. A propos de l'adoption, la C.J.U.E. a validé un dispositif qui accorde une période de congés au cours des trois premiers mois à la mère qui n'est pas étendu au père, cf. C.J.C.E., 26 oct. 1983, aff. 163/82, *Comm. c/ Italie : Rec.* 1983, p. 3278.

⁴ 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.

⁵ C.J.C.E., 8 nov. 1990, aff. C-177/88, Dekker : *Rec.* 1990, I, p. 3441.

⁶ M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, À propos de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 », *Dr. Soc.* 2007, p. 861, spécialement p. 865.

⁷ La Cour de justice n'a pas considéré comme justifié par l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207/CEE le maintien des clauses des conventions collectives ouvrant des droits particuliers pour les femmes, dès lors que certaines de ces clauses visaient la protection des femmes dans leur qualité de parents ou de travailleurs âgés, qualités que peuvent avoir tout à la fois les hommes et les femmes, cf. C.J.C.E., 25 oct. 1988, aff. 321/86, *Comm. c/ France : Rec.* 1988, p. 6315 et p. 6328, concl. Sir Gordon Slynn, l'avocat général Sir Gordon Slynn cite, notamment, l'âge de la retraite à cinquante-neuf ans, les réductions du temps de travail pour certains emplois et à l'occasion de la fête des mères, les primes pour frais de crèches ou d'équipement scolaire). Voir A. Masselot, « La C.J.C.E., le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ? » : *Cah. dr. eur.* 2000, p. 637.

puissent être justifiées sur le terrain de la discrimination « positive ». Ainsi, la C.J.U.E. a censuré les dérogations au bénéfice de certaines catégories de femmes¹ en matière de conditions d'âge et de diplômes² ou d'autres dispositions qui habilent le pouvoir réglementaire à prendre des mesures en faveur de l'égalité des chances entre les sexes³. En outre, le droit communautaire a censuré la bonification pour enfant en faveur des seuls fonctionnaires féminins⁴, rapidement suivi en cela par le Conseil d'État⁵, ou encore le droit à pension de retraite à jouissance immédiate offerte aux seuls fonctionnaires féminins dont le conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque, dès lors que cette circonstance n'est pas spécifique aux femmes⁶. Le Conseil d'État, dans son ouverture au dialogue avec le C.J.U.E. a étendu l'orientation de cette jurisprudence en censurant le régime de retraite de la SNCF ainsi que celui des clercs et employés de notaire en ce qui concerne la possibilité pour les seuls agents

¹ La loi n° 75-3 du 3 janvier 1975, modifiée par la loi n° 79-569 du 7 juillet 1979, puis par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, réservait-elle l'inopposabilité des limites d'âge notamment aux veuves non remariées se trouvant dans l'obligation de travailler ;

² C.J.C.E., 30 sept. 2004, n° C-319/03, Briheche c/ min. Intérieur, min. Éduc. Nat. et min. Justice : *J.C.P. A.* 2004, n° 50, 1802, note D. Jean-Pierre. Selon cet arrêt, une réglementation qui accorde « une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes », en réservant aux veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics, « à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation », est contraire aux dispositions de la directive communautaire. Le dispositif français de fonction publique prévoyait également qu'étaient inopposables aux mères de trois enfants et plus les conditions de diplôme pour pouvoir candidater à certains concours de la fonction publique, voir par exemple C.E., 29 sept. 2003, n° 2439320, Juaneda, *Cah. fonct. publ.* nov. 2003, p. 35. Toutefois, suite à la jurisprudence communautaire le législateur est intervenu soit pour éliminer de tels avantages soit pour l'étendre aux hommes dans des situations similaires, comme le veuvage, cf. loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

³ Le Conseil constitutionnel n'a pas été conduit à juger de la conformité à la Constitution de ces dispositions législatives. En revanche, le Conseil d'État, se fondant directement sur le « principe constitutionnel garantissant dans tous les domaines des droits égaux aux hommes et aux femmes », a admis que des distinctions entre des personnes de sexe différent pouvaient être justifiées par « la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes » (C.E., 26 juin 1989, Féd. des synd. généraux de l'Éducation nationale et de la recherche [SGEN-CFDT] ; *R.F.D.A.* 1991, p. 123 et 124).

⁴ Voir supra ; C.J.C.E., 29 nov. 2001, Griesmar, *R.J.S.* 2002, Études et doctrine, p. 114 ; *Cah. dr. eur.* 2002, p. 450.

⁵ Sur l'arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 2002 à la suite de la réponse à la question préjudicielle, X. Prétot, « Les pensions civiles et militaires et le droit communautaire. De l'application du principe de l'égalité de traitement » *Dr. Soc.* 2002, p. 1131 ; *A.J.D.A.* 2002, p. 823, concl. F. Lamy. – E. Royer, « La remise en cause du droit français des pensions civiles et militaires » *A.J.D.A.* 2002, p. 580 ; *D.* 2002, p. 2832, note A. Haquet ; *R.J.S.* 2002, n° 1304. – N. Hantali, « Le Code des pensions civiles et militaires à l'épreuve du droit communautaire », *D.O.* 2003, p. 141.

⁶ C.J.C.E., 13 décembre 2001, Mouflin, *R.J.S.* 2002, Études et doctrine, p. 114. M.-T. Lanquetin, « L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires », *Dr. Soc.* 2002, p. 178.

féminins de bénéficiaire, sous certaines conditions, d'une pension à jouissance immédiate¹. Le refus des mesures simplement favorables aux femmes sans aucune autre forme de justification a mené également à déclarer contraire au droit communautaire² la loi française interdisant le travail de nuit des femmes³, ce qui a conduit la France à dénoncé la Convention O.I.T. n°89⁴ relative au travail de nuit des femmes⁵. Les États membres qui se conforment⁶ au droit communautaire peuvent donc soit interdire le travail de nuit indifféremment pour les hommes ou les femmes, ou au contraire autoriser le travail de nuit pour tous. C'est cette dernière solution qui a été choisie par le législateur français⁷. La jurisprudence communautaire, suivi par les juridictions judiciaires et administratives, affirme avec force que le simple fait de prévoir des mesures préférentielles à destination de la catégorie la plus souvent victime de discrimination, en l'occurrence les femmes, ne suffit pas pour être justifiée sur le terrain des discriminations « positives ». Dans le même sens la C.E.D.H. condamne les décisions

¹ C.E., 6 décembre 2006, n° 291473, Boissière : *R.J.S.* 2007, n° 400. – C.E., 13 déc. 2006, n° 291595, Mailhetard.

² Cette contrariété a permis au Tribunal de police de La Rochelle, dans un jugement en date du 23 janvier 1990, de relaxer un employeur pour avoir employé une salariée pour un travail de nuit, cf. J. Savatier, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. Soc.* 1990, p.466.

³ C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-345/ 89, Stoeckel : *Rec.* 1991, I, p. 4047 ; *Europe* 1991, comm. 15, . – V. encore sur l'ensemble de la question, A. Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. social*, 1992, p. 382. C. Pettiti, « Le travail de nuit des femmes, Aspects nationaux et internationaux », *Dr.Soc.* 1988, p. 302. – Sur les difficultés de coordination de cet arrêt avec la convention de l'OIT n° 89 du 9 juillet 1948, J.-G. Huglo, L'interdiction du travail de nuit des femmes face au principe communautaire de l'égalité de traitement : *D.* 1991, p. 443). Il en a été de même de la législation italienne, cf. C.J.C.E., 4 déc. 1997, aff. C-207/96, *Comm. c/ Italie* : *Rec.* 1997, I, p. 6869. Dans le même sens : C.J.C.E. 2 août 1993, *Levy*, C-158/91, *Rec.* p. I-4287 ; C.J.C.E. 13 mars 1997, *Commission c/ République française*, 197/96, *Rec.* p. I-1496, *J.C.P.* 1997. II. 22939, note J.-L. Clergerie. La Cour de justice a également déclaré incompatible la législation belge dans la mesure où le travail de nuit autorisé était limité, pour les travailleurs féminins, à certaines heures de la nuit, ce qui n'était pas le cas pour les hommes, cf. C.J.C.E., 3 février 1994, aff. C-13/93, *Minne*, *Rec.* 1994, I, p. 371. En revanche, l'interdiction du travail de nuit en faveur des femmes enceinte est compatible avec le droit communautaire, cf. C.J.C.E. 5 mai 1994, *Gabriele Habermann-Beltermann contre Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V.*, C-421/92, *Rec.* 1994 page I-01657. De même, le droit communautaire s'oppose à une législation nationale qui prévoit qu'un employeur peut, lorsqu'il estime ne pouvoir employer une femme enceinte qui n'est pourtant pas inapte au travail, la renvoyer chez elle sans lui verser l'intégralité de son salaire, cf. C.J.C.E., 19 nov. 1998, aff. C-66/96, *Pedersen* : *Rec.* 1998, I, p. 7327.

⁴ Entrée en vigueur le 27 février 1951, modifiée par le protocole P89 du 26 juin 1990.

⁵ Ratifiée par la France par la loi n° 53-603 du 7 juillet 1953.

⁶ Le droit communautaire n'imposait pourtant pas une telle dénonciation. En effet, la Cour de justice a clairement établi en la matière que le juge français devait continuer à appliquer la loi française, même contraire au droit communautaire, dès lors que cette loi était nécessaire pour assurer l'exécution, par la France, d'obligations résultant d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité C.E.E. avec les États tiers, cf. C.J.C.E., 2 août 1993, aff. C-158/91, *Levy* : *Rec.* 1993, I, p. 4287 ; *Europe*, 1993, comm. 383. Une telle solution avait d'ailleurs été préconisée par J.-G. Huglo, « Obligation pour les États membres de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes », *D.* 1991, p. 443.

⁷ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

motivées uniquement par un stéréotype. Ainsi dans l'affaire Schuler-Zraggen¹, la salariée avait contracté une pneumonie qui l'empêchait de travailler et lui donnait droit à une pension d'invalidité. Suite à la naissance de son fils son état s'est amélioré et les institutions en charge de lui verser sa pension ont décidé de ne lui octroyer qu'une demi-pension. Une telle décision a été validée par le juge administratif suisse, qui, en substance, a estimé qu'étant désormais mère il était probable que même si elle retrouvait entièrement ses capacités, elle ne retournerait pas travailler mais resterait au foyer pour s'occuper de son enfant². La Cour européenne constate que cet argument soi-disant « *tirée de l'expérience de la vie courante* », ce stéréotype à propos de la cessation d'activité des femmes devenues mères constitue « *l'unique base de la motivation adoptée, revêtant ainsi un caractère décisif* »³ et ne constitue en aucun cas une justification mais une discrimination en raison du genre⁴.

Notons toutefois, que le Conseil d'État⁵ a considéré comme valide au regard de la directive communautaire⁶ la réserve d'emploi de gardiens de la paix de la police nationale, en faveur des personnes ayant accompli leur service militaire actif. Une telle réserve est donc exclusivement réservée aux hommes, soumis à l'obligation de service militaire. La juridiction française justifie sa décision non sur le recours possible à une discrimination « positive », mais en référence au domaine d'emploi qui touche à la souveraineté nationale et qui ne relève donc pas du domaine d'application du droit communautaire. Le Conseil d'État considère une telle mesure justifiée eu égard au principe d'égalité, auquel il confère la nature de principe général du droit⁷, par un motif d'intérêt général. Nombre de politiques préférentielles en

¹ C.E.D.H 24 juin 1993, Schuler-Zraggen c. Suisse, req. n°14518/89.

² La motivation du Tribunal fédéral des assurances est exactement celle-ci : « *Il faut (...) se rappeler que nombre de femmes mariées travaillent en dehors de leur domicile jusqu'à la naissance de leur premier enfant, même si elles interrompent cette activité aussi longtemps que de besoin pour élever elles-mêmes leurs enfants. Il faut appliquer aussi en l'espèce cette hypothèse tirée de l'expérience de la vie courante, qui doit être dûment prise en compte dans la détermination de la méthode applicable pour le calcul de l'invalidité (...). L'enfant, né le 4 mai 1984, n'avait pas encore deux ans au moment où la décision de suppression contestée a été prise, à savoir le 21 mars 1986 (...); ainsi, selon toute probabilité (nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit) (...), il faut supposer que la requérante, même si son état de santé ne s'était pas détérioré, aurait limité son activité à la fonction de mère au foyer* », cf. point 29.

³ Point 67.

⁴ La Cour condamne alors la décision du tribunal Suisse sur le fondement des articles 14 et 6 de la Convention.

⁵ C.E., 5 mars 2003, Féd. Interco CFDT, *Cah. fonct. publ.* oct. 2003, p. 27.

⁶ Directive 76/207/CEE précitée.

⁷ Voir Partie 1, Chapitre 1, section 1, §1.

France sont justifiées non par la différence de situation, mais par l'intérêt général, qui en l'occurrence permet de justifier une mesure fondée sur un critère discriminatoire.

463. Les jurisprudences¹ ont également été confrontées à la problématique des « quotas »², en particulier en matière de discrimination en raison du genre³. Si les « quotas » sont des instruments relativement courants qui ne posent généralement aucuns problèmes quant à leur validité⁴, ils posent en revanche beaucoup plus de difficulté en matière antidiscriminatoire, lorsqu'ils reposent entièrement sur un critère discriminatoire. Dans ce cas, l'auteur de la mesure vise à s'assurer que dans la population considérée, celle des salariés d'une entreprise ou d'étudiants dans une université par exemple, il y'ait autant de personnes qui portent un caractère habituellement discriminé que dans la population globale d'un pays. Ainsi, un employeur peut s'assurer à compter dans son entreprise proportionnellement autant de personnes « noires » que dans la population française. Ces « quotas » visent à remédier à la « sous-représentation » de certaines catégories discriminées au sein de la population

¹ A l'exception de la C.E.D.H. et de la Cour de cassation, qui ne participent donc pas au dialogue en la matière.

² Ces « quotas » sont souvent présentés comme la substance des mesures d' « affirmative action » américaine. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique est plus nuancée et varie selon les domaines (emplois publics, emplois privés et éducation primaire ou universitaire), sur ces questions voire la thèse de G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, *op.cit.* et D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op.cit.* Cependant, il ne fait guère de doute que l'expérience américaine constitue bien une source d'inspiration pour le juge communautaire en la matière, cf. F. Rigaux, « Le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'après la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mélanges Vander Elst*, Nemesis, 1986, p. 668 ; H. Labayle, « Égalité des sexes et traitement du sexe le plus favorisé dans la Communauté, propos sur une jurisprudence récente de la Cour de justice », *R.M.C.* 1990, n° 333, p. 39.

³ Le Conseil constitutionnel a bien été amené, par deux fois, à valider des dispositifs directement fondés sur des critères prohibés par la constitution (l'origine et la religion), qui visaient à favoriser certaines populations en particuliers. Il s'agit en premier lieu de la décision dites « Magistrats musulmans » rendues en 1960 (C. const., 15 janv. 1960, déc. n° 60-6 DC : *Rec. jur. Const.* 1960, I, p. 4. – C. const., 11 août 1960, DC n° 60-7, *Recueil* 1960, I, p. 5). Le juge constitutionnel a jugé conforme à la Constitution des lois organiques qui prévoyaient non seulement que certains citoyens français, différenciés par leur religion (musulmane) ou leur origine géographique (départements algériens, Oasis et Saoura), pourraient se présenter avec pour seul diplôme une première année de licence en droit à un concours particulier au Centre national d'études judiciaires ; et, en outre, que chaque année un quota de 10 % des emplois d'auditeurs de justice leur serait réservé. Néanmoins, il convient de souligner qu'à cette époque le Conseil n'opérait qu'un contrôle restreint et n'avait pas encore élargi son contrôle sur le fondement du bloc de constitutionnalité, qui lui permet aujourd'hui de se fonder sur l'article 6 de la D.D.H.C., fondement principal, mais non exclusif, du principe d'égalité constitutionnel. La seconde décision concerne un dispositif de compensation de la sous-représentation dans les emplois publics des populations originaires du territoire de Nouvelle-Calédonie, cf. (C. const., 30 août 1984, DC n° 84-178, *Recueil* 1984, I, p. 195). Le législateur avait pris grand soin de ne pas viser l'origine des bénéficiaires, mais réservait les avantages à ceux résidant sur le territoire, ce qui revient à considérer indirectement, l'origine des personnes.

⁴ Voir par exemple les « quotas » dit de « pêche » instaurés par le règlement 170/83.

considérée. La jurisprudence communautaire s'est montrée dans un premier temps fort réservée à l'égard de tel « quotas ». Dans sa jurisprudence Kalanke¹, la C.J.U.E. était confrontée à une disposition du Land de Brême qui accordait aux femmes une priorité de recrutement ou de promotion lorsqu'elles avaient une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, dans les secteurs où elles étaient sous-représentées. La juridiction communautaire a censuré un tel dispositif qui « vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service »² car il « garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion [qui] va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive »³. La position de la C.J.U.E. apparaît particulièrement stricte, dans la mesure où la priorité accordée aux femmes était conditionnée à la qualification égale des candidates et uniquement dans les secteurs où elles sont sous-représentées, c'est-à-dire où elles ne représentent pas 50% des effectifs. Le Conseil constitutionnel a adopté une position très similaire à propos de la « parité » fondée sur le sexe. En effet, il a censuré la loi dite « Roudy » qui visait à imposer un « quota » non de stricte égalité des hommes et des femmes sur les listes électorales, mais un « quota » plancher, selon lequel la population de l'un ou de l'autre sexe ne peut représenter plus de 75% de candidats inscrits sur une liste électorale⁴. Si le Conseil ne se fonde pas directement sur la non-discrimination en raison du genre pour censurer une telle disposition, mais sur le principe d'égalité et la souveraineté nationale, qui ensemble « s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles », la juridiction constitutionnelle vise dorénavant le critère du sexe, en tant que critère suspect, qui justifie son interprétation stricte de la réforme constitutionnelle en faveur de la parité dans le domaine électoral⁵. En effet, le Conseil a

¹ C.J.C.E. 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, *Recueil* 1995 page I-03051 ; M.-T. Lanquetin, « De l'égalité des chances », *D.S.* 1996 p.494 ; obs. J.-G.Huglo, *G. P.* 1996, I Jur. p.252 ; obs. P.-H.Antonmattei, *J.C.P.-E-* 1996 I 565 n° 4 ; L. Charpentier, « L'arrêt Kalanke », *R.T.D.E.* 1996 p.281.

² Point 23.

³ Point 22.

⁴ C. const., 18 novembre 1982, déc. n° 82-146 DC *Rec. C. const.* 1982, p. 66.

⁵ Révision constitutionnelle loi n°99-569 ; C. const., 30 mai 2000, déc. n° 2000-429 DC, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives : *Rec. Cons. const.* 2000, p. 21, spécialement point 7 ; loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 et n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; loi n° 2003-327

censuré l'extension, par voie législative, de la parité dans les élections au Conseil supérieur de la magistrature, qui n'entre pas dans le domaine de la loi constitutionnelle¹. Les deux juridictions ont désormais en commun de refuser les « quotas » dit rigides, qui imposent la présence d'un certain pourcentage de la catégorie victime de discrimination, en l'occurrence les femmes, au sein de la population considérée (candidats électoraux ou fonctionnaires en poste).

Les deux juridictions ont également des jurisprudences concordantes favorables aux « quotas » dits « souples » ou « flexibles »². La C.J.U.E. a considéré comme valable au titre de l'exception de discrimination « positive »³ un dispositif qui prévoyait une clause dite « d'ouverture »⁴. Les règles de recrutement du Land de Nordrhein-Westfalen sont très similaires à celui du Land de Brême qui ont été censurées, à la différence près que la priorité accordée aux femmes étaient assortie d'une réserve, celle de « *motifs tenant à la personne d'un candidat [qui] ne fassent pencher la balance en sa faveur* ». Dès lors la priorité n'est plus automatique et permet une certaine souplesse dans le recrutement. La C.J.U.E. conditionne alors les dispositifs de discrimination « positive » à deux conditions :

« ... l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que

du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs ; loi n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général, cette dernière n'ayant pas fait l'objet de contestation sur le fondement d'une discrimination en raison du genre.

¹ C. const., 19 juin 2001, déc. n° 2001-445 DC, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, spécialement point 57.

² Pour une telle appellation voir par exemple A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *R.T.D.E.* 2001, p.325.

³ Article 2, §1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

⁴ C.J.C.E., 11 novembre 1997, aff. C 409/95, H. Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen, *Rec.* 1997, I, p. 6383.

des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que:

- elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et

- de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins »¹.

Cette jurisprudence a été ultérieurement confirmée, notamment par la validation du dispositif de discrimination « positive » du Land de Hesse, qui permettait également la prise en considération « *des situations particulières d'ordres personnel de tous les candidats* »² et par la censure d'une nomination d'une femme dont il n'était pas contesté qu'elle était moins qualifiée que l'un de ses concurrents masculins³. Ainsi, la jurisprudence censure toute priorité absolue et automatique en faveur des candidats du sexe sous-représenté. En outre, la juridiction communautaire décide que la politique globale de discrimination « positive », qui vise à une représentation équilibrée, ne doit pas supplanter le droit de chaque candidat de voir sa candidature appréciée objectivement et impose par conséquent une clause d'ouverture qui permette de mettre en valeur certaines situations particulières dont pourrait se prévaloir un candidat de la catégorie surreprésentée. La juridiction communautaire se montre soucieuse de préserver ce droit individuel des candidats. La juridiction constitutionnelle française a adopté une jurisprudence concordante, qui interdit les priorités absolues et automatiques, mais admet la prise en considération du critère du genre parmi les critères de sélection. Ainsi, en dehors

¹ Dispositif de l'arrêt précité.

² C.J.C.E., 28 mars 2000, aff. C 158/97, G. Badeck et a. c/ Hessische Ministerpräsident : *Rec.* 2000, I, p. 1875, spécialement point 38 : « *Il y a donc lieu de répondre que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées, accorde, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, une priorité aux candidats féminins lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes, à moins qu'un motif ayant, sur le plan juridique, une importance supérieure s'y oppose, à condition que ladite réglementation garantisse que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* ». Sur cet arrêt voir K. Berthou, « Sur les discriminations positives. (C.J.C.E. 28 mars 2000, Badeck) », *Dr. Soc.* 2000 p.901.

³ C.J.C.E., 6 juill. 2000, aff. C 407/98, Katarina Abrahamsson et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist, *Rec.* C.J.C.E. 2000, I, p. 5539.

même des élections politiques¹, le Conseil a validé un dispositif qui encadre la composition de jurys et impose une représentation « équilibrée » des hommes et des femmes en leur sein, sous la réserve d'interprétation suivante :

« Considérant qu'en raison de la mission confiée aux jurys prévus par les articles 134 et 137 de la loi déferée, les membres desdits jurys occupent des " dignités, places et emplois publics " au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que les articles 134 et 137, qui reprennent la formulation retenue par la loi susvisée du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que, sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution »².

Le Conseil constitutionnel admet donc l'objectif poursuivi au travers une politique de discrimination « positive », à condition que la prise en considération du critère du genre ne revienne pas à écarter les critères de compétence, d'aptitude et de qualification des membres du jury. Cette réserve d'interprétation cantonne donc la discrimination « positive » à un objectif de composition équilibrée, qui préserve ainsi les droits de chaque candidat de voir sa candidature appréciée essentiellement sur le fondement de ses mérites et capacités. Cette réserve sera reprise intégralement par le Conseil d'État³, preuve de la synergie forte entre les juridictions qui se partagent le Palais royal.

464. En conclusion, il apparaît que les juridictions de droit public ont adopté une jurisprudence compatible et convergente avec celle de la C.J.U.E. En dehors même de tout contentieux commun, car le dialogue de juge communautaire s'est essentiellement concrétisé avec les juridictions allemandes à la fin des années 1990 et au début des années 2000, le dialogue des juges communautaires avec les juridictions françaises se concrétise par le refus

¹ C. const., 19 juin 2001, déc. n° 2001-445 DC, *Recueil* 2001, p. 63.

² C. const. 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, considérant 115.

³ C.E., 22 juin 2007, n° 288206, Lesourd ; P. Cassia, « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », *J.C.P.-A-* 2007, n°41, p.35.

commun de « quotas » rigides et l'acceptation, en matière économique et sociale¹, de l'objectif de représentation équilibrée, qui préserve les droits individuels de chaque candidat de voir leur situation appréciée objectivement.

¹ Le Conseil constitutionnel semble conserver une lecture stricte de la révision constitutionnelle en matière électorale. Toutefois, la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République a ajouté à l'article 1er de la Constitution la disposition suivante : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* », qui devrait permettre d'étendre tout dispositif de « parité », et donc de quota, dans le domaine du droit social.

CONCLUSION DE CHAPITRE

465. La non-discrimination constitue un espace de dialogue intense entre les juridictions. Notamment, l'étude du signifié des critères prohibés fait apparaître la convergence des juges vers la définition du sexe-social et non plus biologique en matière de non discrimination en raison du genre. De même, la non discrimination en raison de la nationalité a permis l'émergence de l'idée de « citoyenneté sociale ».

En ce qui concerne, les concepts eux-mêmes, le dialogue a été initié par le juge communautaire, qui par une interprétation téléologique a permis la construction d'outils juridiques qui visent la révélation du phénomène discriminatoires. Cette démarche vise à en améliorer l'efficacité. Or, celle-ci aurait été vaine si elle n'avait pas été reprise par les autres juridictions. Ces dernières ont bien repris les concepts, comme la discrimination indirecte, qui est désormais partagée, ou encore le réaménagement de la charge de la preuve. Toutefois, le transfert ne se réduit pas à une simple reprise telle quelle. La réappropriation des concepts par les différents juges suscite aujourd'hui un certain malaise. En effet, il apparaît des glissements entre discrimination directe et indirecte et une confusion entre réaménagement de la preuve et discrimination indirecte. Le dialogue-transfert a été sur ce point peut être plus confusionnel qu'éclairant.

466. Aujourd'hui, il n'est plus possible de réduire les règles de non-discrimination à un simple principe de prohibition. En effet, ces règles comptent de nombreuses exceptions, mais surtout certaines d'entre elles n'interdisent pas le recours à un critère discriminatoire, mais au contraire encadre ce recours. A côté de la non-discrimination-prohibition, il faut prendre en considération la non-discrimination-suspicion. Cette dernière domine les règles propres à certains critères, comme le handicap, la maladie ou l'âge. Mais elle donne sens également à certaines règles relatives à des critères habituellement associés à la non-discrimination-prohibition. Ainsi en est-il du sexe et de la grossesse : il serait incongrue d'interdire un régime protecteur de la grossesse sur le fondement de la non-discrimination sous prétexte, que par définition, seule des femmes peuvent enfanter. Au contraire, la non-discrimination participe de ce régime protecteur et constitue alors un cas où le genre doit être pris en considération .

En somme, la non-discrimination ne se réduit plus aujourd'hui à l'illicéité de la justification. L'idée selon laquelle recourir à tel ou tel autre motif ou critère discriminatoire

rend la décision arbitraire, et donc illicite, ne suffit plus pour rendre compte du dispositif antidiscriminatoire. Néanmoins, la non-discrimination donne une coloration particulière à la justification : le recours à un critère discriminatoire, s'il n'est pas prohibé par la règle antidiscriminatoire, demeure *a priori* suspect. La justification est alors une exigence renforcée, qui se distingue de la justification dans le cadre des principes d'égalité qui visent la justification admissible.

CHAPITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS : LES RAISONS ADMISSIBLES

467. La *raison* est avant tout une manière d'ordonner et de donner sens. L'étude de la raison en droit peut s'inscrire dans deux démarches, complémentaires. D'une part, la raison peut être appréhendée comme la faculté de penser, d'ordonner, de discerner. Elle constitue alors une *clé d'ordonnement*. D'autre part, la raison renvoie à la capacité d'appliquer le jugement qui découle de la première acception. Il s'agit alors de la *justification*. La raison désigne à la fois une faculté humaine de discernement et les motivations de l'action¹. Justification et raison se recourent.

468. L'exigence d'égalité invite les juges à contrôler les justifications de l'auteur de la décision. En effet, ceux-ci doivent être mis en mesure de s'assurer que l'auteur respecte bien les principes d'égalité ou d'égalité de traitement lorsqu'il procède à une distinction. Autrement dit, les raisons de la différence de traitement doivent être raisonnables et pleinement assumées par celui qui les avance. Dans le cadre de la discrimination indirecte, l'exigence de justification prend une « coloration » différente. L'auteur, confronté à une suspicion de discrimination établie par la victime, doit pour ne pas être condamné, apporter la preuve que non seulement sa décision ou l'ensemble de ses décisions sont raisonnables, mais aussi que la distinction à l'œuvre est étrangère à toute discrimination de sa part. Le caractère raisonnable de la décision n'est plus seulement apprécié en lui-même, mais également à l'aune des exigences qui découlent de la non-discrimination. L'étude du contrôle des justifications montrent que les juges sont amenés à apprécier la raisonnable de la décision, ce faisant ils doivent l'apprécier à l'aune de certaines valeurs². Le contrôle de la justification au sein de l'exigence d'égalité suppose alors la confrontation entre la distinction opérée et ces valeurs protégées par les juges (section 1).

¹ Voir, à propos de la raison économique, T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse sous la direction de M. Borenfreund, soutenue à Paris Ouest Nanterre la défense le 24 octobre 2009, p.36.

² La théorie des justifications a été précisée en droit du travail par F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, (non publié), soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2000.

469. L'égalité est devenue une valeur en soi. « Réaliser l'égalité » apparaît alors comme un objectif pour les autorités publiques, mais également pour les entreprises, aujourd'hui. Une telle appréhension de l'égalité en droit modifie l'exigence d'égalité, qui n'est plus alors un véhicule d'autres valeurs, mais se réduit à un registre de justification particulier. L'égalité, ou plus précisément l'égalisation, comme valeur est exprimée aujourd'hui au travers du thème de la diversité, dont certaines expressions et problématiques juridiques se font jour dans les jurisprudences. En effet, ce thème renouvelle et aspire à transcender le concept de discrimination « positive » (section 2).

SECTION 1 : LA JUSTIFICATION DE LA DISTINCTION

470. Imposer à l'auteur d'une décision le respect de l'exigence d'égalité suppose qu'il puisse établir que celle-ci n'est pas arbitraire. Ainsi, il doit pouvoir démontrer soit qu'il ne s'est pas injustement fondé sur un critère discriminatoire, soit que la distinction opérée est justifiée quant à l'objet de l'acte juridique ou du traitement qu'il entend appliquer. L'exigence d'égalité contraint alors l'auteur de prendre une décision objective (§1), ce qui impose certaines contraintes d'ordre procédurales sur la prise de décision. Si l'auteur respecte bien ces exigences préalables il doit en outre être en capacité de justifier sa décision (§2).

471. L'exigence d'égalité vise le plus souvent des distinctions. Néanmoins, la discrimination directe peut être établie en dehors même de toute comparaison¹ et de distinction identifiée. Une telle discrimination, lorsqu'elle vise la prohibition du recours à un critère discriminatoire, ne peut être en principe justifiée, sauf éventuellement par la discrimination « positive »². Toutefois, ce dernier concept revêt un certain particularisme qu'il convient d'étudier séparément, car l'exigence d'égalité dans ce cas ne vise plus à contrôler l'objet de l'acte, elle en constitue l'objet même³. Il convient alors d'étudier dans cette première section la justification de la distinction. En effet, les principes d'égalité et d'égalité de traitement ou la discrimination indirecte imposent au détenteur du pouvoir de se prononcer

¹ Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

² Voir infra.

³ En effet la discrimination « positive » vise à mettre en œuvre une politique préférentielle à destination des populations les plus discriminées afin de corriger les phénomènes de discrimination.

sur les raisons de leur décision et d'expliquer ainsi le choix de la distinction opérée. Une telle obligation emporte deux séries de contraintes pour l'auteur de la décision. Tout d'abord, l'éventualité d'un contrôle fondé sur l'exigence d'égalité et de justification qu'elle suppose emporte certaines contraintes sur la décision elle-même. En effet, pour être justifié l'acte ou le traitement doit être objectif (§1). Ensuite, la justification suppose un contrôle, notamment des juges. Il convient d'analyser dans un second temps le contrôle de la justification opérée par les différentes juridictions (§2).

PARAGRAPHE 1 : L'OBJECTIVITÉ DE LA JUSTIFICATION

472. Imposer au détenteur du pouvoir d'être à même de justifier sa décision ne remet pas en cause son pouvoir. Une telle obligation encadre l'exercice de ce pouvoir. Le respect de l'exigence d'égalité ne remet pas en cause le caractère discrétionnaire du pouvoir. L'auteur de la décision demeure toujours libre d'en apprécier l'opportunité. Traditionnellement, en droit public, le pouvoir arbitraire est distingué du pouvoir discrétionnaire, ce dernier étant subordonné au respect d'une norme supérieure, mais dont la latitude est plus ou moins grande selon l'habilitation conférée¹. Toutefois, certains ont contesté tout effet utile à la notion d'arbitraire, car dans le contrôle de constitutionnalité ceci mènerait inévitablement le juge à porter un jugement, lui-même arbitraire². Au contraire, le doyen Vedel affirme l'utilité d'une telle distinction, et affirme qu'il existe une part de subjectivité dans le contrôle des choix du législateur et précise qu'« ... *“arbitraire” s'applique à quelque chose que l'on ne peut pas “raisonnablement” admettre* »³. Ainsi, l'exigence d'égalité permet de censurer un exercice arbitraire du pouvoir, mais elle ne remet pas en cause le caractère discrétionnaire du pouvoir. D'ailleurs, discrétionnaire et discrimination, du point de vue étymologique, ont en commun la même racine latine, toutes deux associées à l'idée de distinction ou de différence⁴. Ainsi, un pouvoir discrétionnaire revient fondamentalement à disposer d'un choix entre plusieurs

¹ Voir F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op.cit.* p.127.

² Cf. F. Luchaire, « La protection constitutionnelle des droits et libertés », *op. cit.* pp.245 et s.

³ G. Vedel, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, La documentation française*, 1990, p.180.

⁴ F. Gaffiot, « Discriminatio » et « Discretio », *Dictionnaire Latin-français* p537 et 538, cité par F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Op.cit.* p.247.

solutions. Le caractère discrétionnaire du pouvoir n'interdit pas un contrôle sur son exercice. La chambre sociale a clairement affirmé que « *l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération* »¹ L'exigence d'égalité ne remet pas en cause l'existence de choix pour celui qui décide, mais lui impose d'être objectif. Cette objectivité implique qu'il ne peut se contenter d'affirmer que la décision est licite parce qu'il en a simplement le pouvoir. La justification impose certaines qualités à la décision, qui doit être prise de manière transparente (§1). Elle suppose également que l'auteur puisse être à même de s'expliquer. Une telle obligation est essentiellement imposée au pouvoir patronal (§2). Ces deux impératifs sont des préalables nécessaires, qui permettront un contrôle ultérieur des juges.

I. L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE

473. Il est remarquable que sur le fondement de l'exigence d'égalité les juridictions étudiées, quelque soit le pouvoir contrôlé, ont imposé le respect de la transparence dans leur action. Les États et les autorités étatiques sont ainsi assujettis à une telle obligation. En outre, l'employeur se voit également astreint à la transparence dans ses décisions.

474. La transparence apparaît tout d'abord comme un impératif démocratique. Elle apparaît comme un corollaire de l'idée de représentation, qui permet aux citoyens de prendre connaissance des actions de leurs représentants. La transparence garantit ainsi l'égalité d'accès aux documents administratifs². La transparence entretient alors une relation étroite avec l'égalité devant la loi, car elle assigne certaines qualités à la norme. Dans la même philosophie, le Conseil constitutionnel affirme que les exigences d'accessibilité et

¹ Soc. 30 avril 2009, n° 07-40.527, cf. T. Aubert-Monpeyssen, « L'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération », *R.D.T.* 2009, p.516.

² Voir sur la Charte du contribuable, MINEFI, 2005 <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/charte.pdf>. Voir également Déclaration n°17 annexé au Traité de Maastricht, qui énonce que la transparence « renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que de la confiance du public envers l'administration », Traité sur l'Union européenne - Déclaration relative au droit d'accès à l'information *Journal officiel* n° C 191 du 29/07/1992 p. 101.

d'intelligibilité de la loi¹, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, permettent la réalisation effective de l'égalité devant la loi².

La juridiction communautaire établit un lien entre transparence et l'égalité des chances. Ainsi, à propos de la protection collective des salariés, la Cour souligne l'importance de l'exigence de transparence dans les petites et moyennes entreprises. En effet, les travailleurs, employés par celles-ci, ne sont pas, le plus souvent, organisés collectivement. La Cour souligne alors qu'en cas de sous-représentations « *il convient de veiller particulièrement et attentivement à ce que les droits qu'ils tirent de la directive soient respectés* » et d'ajouter, que la transparence doit permettre « *aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect* »³.

475. La C.J.U.E. a étendu l'obligation de transparence à tous les employeurs, quelle que soit la taille de l'entreprise, en matière de non-discrimination en raison du sexe. Dans l'affaire *Danfoss*⁴, la Cour était confrontée à une espèce dans laquelle les critères d'une majoration de rémunération n'étaient pas clairement établis⁵. Le manque total de transparence est contraire à l'exigence d'égalité : en l'espèce, le manque de transparence conduit à priver les travailleurs féminins de la possibilité de vérifier le respect de la non-discrimination en raison du sexe.

476. La transparence a donc pour fonction de mettre en capacité les victimes d'accomplir les opérations de comparaison et, ainsi, leur permettre de rapporter la preuve de la discrimination. Munies des éléments de comparaison, il suffisait aux travailleuses de

¹ Voir M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p.361.

² C.const. 99-421 DC - 16 décembre 1999 - Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

³ C.J.C.E. 30 janvier 1985, *Aff. 143/83, Rec. 1985 P. 427*.point 10.

⁴ C.J.C.E. 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening*, agissant pour Danfoss, *Aff. 109/88, Rec. 1989 p. 3199*.

⁵ Point 10 : « *Il résulte du dossier que le litige entre les parties au principal trouve son origine dans le fait que le mécanisme des majorations individuelles appliquées aux rémunérations de base est mis en œuvre de telle façon qu'un travailleur féminin se trouve dans l'impossibilité d'identifier les causes d'une différence entre son salaire et celui d'un travailleur masculin effectuant le même travail. En effet, les travailleurs ignorent quels sont les critères de majoration qui sont appliqués à leur égard et comment ils le sont. Ils ne prennent connaissance que du montant de leur salaire majoré, sans pouvoir déterminer l'incidence qu'a eue chacun des critères de majoration. Ceux qui relèvent d'une classe salariale donnée sont donc dans l'impossibilité de comparer les différentes composantes de leur salaire avec celles du salaire de leurs collègues qui font partie de la même classe salariale.* » C.J.C.E. 17 octobre 1989, *Aff. 109/88, ibid.*

comparer la moyenne des majorations des hommes et des femmes pour établir des faits susceptibles de caractériser une discrimination¹.

477. Ce sont les mêmes raisons qui ont amené la chambre sociale de la Cour de cassation à étendre l'obligation de transparence au principe d'égalité de traitement. Ainsi, dans une espèce relative à un « concours » en faveur des salariés de la force de vente, les juges de la Cour de cassation reprochent à l'employeur de ne pas avoir établi au préalable les critères de sélection permettant de désigner les gagnants pour chacun des lots. La Cour de cassation impose « *que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* »².

478. L'obligation de transparence constitue alors une obligation d'ordre procédural, dans la mesure où elle suppose que les critères soient définis préalablement à la sélection, c'est-à-dire avant que la décision n'ait été prise. L'obligation de transparence impose des obligations en amont de la décision, afin que celle-ci puisse être qualifiée d'objective.

479. La C.E.D.H., quant à elle, ne semble pas établir de lien clair entre l'article 14 de la Convention et une quelconque obligation de transparence. Toutefois, il n'est pas sûr qu'il soit entièrement absent. Dans un arrêt qui concernait le placement d'enfants Roms dans des classes spécialisées, la Cour constate l'existence d'une différence de traitement à leur encontre et relève, de surcroît, que les critères leur permettant d'intégrer des classes « mixtes » n'étaient pas clairement affirmés³. Cette absence de transparence⁴ permet de

¹ La C.J.U.E. affirme dans le dispositif de l'arrêt Danfoss : « *lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins* » ; cf. C.J.C.E. 17 octobre 1989, Aff. 109/88, *ibid.*

² Soc., 18 janvier 2000, n° 98-44.745, *Bull. civ. V*, n° 25 *Dr. Soc.* 2000, p. 436, obs. C. Radé.

³ C.E.D.H. gr. Ch. 16 mars 2010, Orsus et autres c. Croatie, n° 15766/03.

⁴ Point 182 : « *Les faits de la cause indiquent que les dispositions prises pour la scolarisation des enfants roms n'étaient pas accompagnées de garanties suffisantes de nature à assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation dans le domaine de l'éducation, l'Etat tienne suffisamment compte des besoins particuliers de ces enfants en tant que membres d'un groupe défavorisé (voir, mutatis mutandis, Buckley, précité, § 84, et Connors, précité, § 84). De plus, en vertu de ces dispositions, les requérants ont été placés dans des classes séparées appliquant un programme adapté dont on ne connaît toutefois pas le contenu exact. Faute de transparence et de critères clairement définis en matière de transfert dans les classes mixtes, les requérants sont restés dans des classes réservées aux Roms pendant de longues périodes, parfois même pendant toute la durée de leur scolarité primaire* ». C.E.D.H. gr. ch 16 mars 2010, Orsus et autres c. Croatie, n° 15766/03.

masquer le phénomène discriminatoire et rend donc suspect la politique suivie par les pouvoirs publics. Plus précisément, cette absence de transparence ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité¹, car la Cour n'est pas à même de contrôler si le système mis en place permet aux enfants Roms de passer dans des classes « mixtes ».

480. Ainsi, l'obligation de transparence qui pèse sur l'auteur de la décision doit permettre un contrôle effectif l'exigence d'égalité. En effet, l'ensemble des jurisprudences étudiées concourt à imposer une telle obligation aussi bien dans le cadre des principes d'égalité et d'égalité de traitement que dans celui des règles de non-discrimination.

481. L'objet essentiel de cette obligation est de permettre le respect² de l'exigence d'égalité. L'exigence de transparence constitue donc une garantie pour ceux qui sont soumis au pouvoir contrôlé. Elle leur permet de connaître les raisons de la décision et, le cas échéant, de la contester.

482. Toutefois, la transparence ne permet pas seulement le contrôle de ceux qui sont assujettis au pouvoir. Elle leur offre également une garantie effective de l'exigence d'égalité. La transparence serait donc une sorte d'apprêtement au contrôle des juges en ce qu'elle permet le contrôle des juges.

483. La C.J.U.E. a tôt souligné une telle fonction. Dès son arrêt du 30 juin 1988³, la Cour a condamné un système de recrutement caractérisé par un manque de transparence comme étant

¹ Point 184 : « *En bref, tout en reconnaissant les efforts accomplis par les autorités croates pour veiller à la scolarisation des enfants roms, la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, il n'existait pas de garanties propres à assurer la formation et le maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé. Il s'ensuit que le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms à certaines périodes de leurs études primaires était dépourvu de justification objective et raisonnable* ». C.E.D.H. gr. ch 16 mars 2010, Orsus et autres c. Croatie, n° 15766/03.

² C.J.C.E. 18 octobre 2001, SIAC C-19/00, point 41 : « *Ensuite, le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (voir, par analogie, arrêt du 18 novembre 1999, Unifron Scandinavia et 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31)* ». ».

³ C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes contre République Française, Aff. 318/86, Rec. 1988 p. 3559, point 27

contraire au principe de l'égalité d'accès à l'emploi, au motif que ce manque de transparence empêchait toute forme de contrôle de la part des juridictions nationales¹.

484. L'objectivité imposée à l'employeur suppose également qu'il puisse justifier chacune de ses décisions.

II. LES CONTOURS ET LA TENEUR DEL'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

485. Lorsque, sur le fondement de l'exigence d'égalité, une norme étatique se voit contester, devant le Conseil constitutionnel, devant le Conseil d'État, ou bien encore devant les Cours européennes, l'autolimitation des juges peut amener dans bien des cas à ne pas sanctionner l'absence ou l'insuffisance de motivation des autorités étatiques. En effet, on constate souvent que les juges font référence à l'objet de la norme qui constituera alors le cœur du contrôle. Dès lors, les juges n'ont pas besoin d'exciper l'intention de l'auteur de la décision, mais peuvent, plus simplement, se reposer sur l'objet de la décision tel que compris par eux. La C.E.D.H., par exemple, n'a pas hésité à déterminer elle-même l'objet de la norme nationale face à une argumentation très approximative de la Haute partie contractante².

486. Toutefois, dans le cadre d'application des règles de non-discrimination, le contrôle se veut plus ferme. Dans ces conditions, les autorités étatiques doivent être à même de démontrer l'absence de discrimination.

487. Finalement, les concernant, l'obligation de se justifier existe alors principalement dans l'application du dispositif antidiscriminatoire.

De manière un peu paradoxale, il arrive que le défendeur ne soit pas l'auteur de la décision inégalitaire ou discriminatoire. En particulier, devant la C.E.D.H., seule la Haute partie contractante est poursuivie : son représentant devra répondre de toutes les actions

¹ Dans le même sens C.J.C.E. 17 octobre 1989, Danfoss, Aff. 109/88, *Op.cit.* et C.J.C.E. 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber contre Guardian Royal Exchange Assurance Group, Aff. C-262/88, *Rec. 1990 p. I-1889. Voir également dans les concours administratifs, cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.*

² C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, précitée.

émanant de toutes les autorités publiques, ainsi que celles émanant de personnes privées, soumises à sa législation.

De même, en droit du travail, l'inégalité ou la discrimination peut trouver sa source dans une convention collective, mais ce ne sont jamais l'ensemble des signataires qui est poursuivi ; seul celui qui a la charge d'en faire application le sera, à savoir l'employeur. Ce dernier peut ne jamais avoir participé aux négociations¹ ; il est difficile dans ses conditions de le voir comme l'auteur de la décision/norme. Pourtant, dès lors qu'il est poursuivi, l'employeur doit se justifier d'une distinction dont il n'est pas l'auteur. Cela signifie-t-il que l'employeur puisse être condamné pour avoir respecté ses obligations et d'avoir appliqué les conventions collectives comme la loi l'y oblige² ? Ce paradoxe démontre alors une différence entre la validité de la norme, qui est attachée à sa conception, et l'imputabilité qui découle de la violation d'exigence d'égalité. Cela signifie-t-il que lorsque l'employeur se voit contraint d'appliquer une norme contraire à l'exigence d'égalité il peut en modifier le contenu afin de satisfaire à cette dernière, ou écarter tout simplement la norme ?

Ce paradoxe souligne, néanmoins, la nécessité d'une plus grande clarté de la norme conventionnelle. Il importe en effet que les personnes qui y sont assujettis puissent aisément apporter la justification nécessaire au respect du principe d'égalité de traitement.

En réalité, en ce qui concerne le pouvoir patronal, le devoir de se justifier existe aussi bien dans le cadre du principe d'égalité de traitement qu'à l'occasion de l'application d'une règle de non-discrimination. La jurisprudence communautaire, reprise par les différentes

¹ En particulier lorsqu'il est assujetti à une convention collective de branche suite à une extension ou un élargissement, cf. Article L. 2261-15 Code du travail : « *Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective. L'extension des effets et des sanctions de la convention ou de l'accord se fait pour la durée et aux conditions prévues par la convention ou l'accord en cause* ».

² Sur l'effet impératif de la Convention collective. Article L. 2254-1 du Code du travail : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ».

directives¹, et la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ont en commun d'imposer à l'employeur de prendre ses décisions sur la base d'« éléments objectifs »².

Le devoir de l'employeur de se justifier est apparu dans un premier temps dans le cadre de la discrimination indirecte, lorsque la victime a établi la preuve d'éléments qui font suspecter une discrimination. Dans ce cadre, l'employeur doit tout d'abord établir que sa décision est « étrangère »³ à toute discrimination. Il doit démontrer que le critère de distinction retenue n'est pas discriminatoire. Ce premier élément permet de démontrer qu'il s'est fondé sur un but légitime⁴. Le devoir de se justifier ne s'arrête pas là. L'employeur doit également démontrer que sa décision est proportionnée, c'est-à-dire que la distinction opérée était bien à même de satisfaire à l'objectif qu'il s'est fixé⁵. A cet égard, il est possible de

¹ Ainsi la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 (précitée) dispose en son article 2 : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que (...) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires » (c'est nous qui soulignons).

² L'obligation de justification est reprise en droit interne à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

³ Voir, par exemple, Soc. 6 juillet 2010, n° pourvoi : 09-40.021, Publié au bulletin « *Et attendu qu'appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé entre les fonctions exercées d'une part, par Mme X... et d'autre part, par les collègues masculins, membres comme elle du comité de direction, avec lesquels elle se comparait, une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, leur importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant en outre des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre ; qu'en l'état de ses constatations caractérisant l'exécution par les salariés d'un travail de valeur égale, elle en a exactement déduit que Mme X... qui, pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaire, percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues masculins, avait été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant cette inégalité ; que le moyen n'est pas fondé » ; Voir sur la dimension probatoire : S. Latraverse, « Approche comparative du droit de la non-discrimination », *R.D.T.* 2008, p.760.*

⁴ Soc. 17 juin 2003, n°01-41522 *Bulletin* 2003 V N° 195 p. 193 « *Mais attendu d'abord, que la cour d'appel, qui a constaté que l'attribution aux seuls salariés dont les contrats relevaient de la loi italienne d'un droit d'option sur les actions nouvellement émises, constituait la contrepartie des sacrifices acceptés par ces derniers à l'occasion de la restructuration de l'entreprise en Italie, a ainsi fait ressortir dans son arrêt que la différence de traitement avec les autres salariés, dont elle a également constaté qu'ils n'avaient pas été soumis aux mêmes mesures de restructuration, reposait sur une justification objective et raisonnable indépendante de la nationalité des travailleurs concernés et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par l'accord du 3 juin 1998 ; qu'abstraction faite des motifs critiqués dans les première et quatrième branches des moyens réunis et qui sont surabondants, elle a ainsi légalement justifié sa décision* » ;

⁵ Soc. 12 juillet 2010, 09-15.182 : « *Mais attendu que si un plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes, et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables ; qu'ayant constaté, d'une part, que les mesures incitant aux départs volontaires étaient réservées aux seuls salariés de l'établissement de*

constater que le contrôle du juge n'affecte pas la discrétionnalité du pouvoir de l'employeur, lequel reste seul maître des finalités à poursuivre et, pour une large part, de l'adéquation des moyens à employer. La proportionnalité peut mener à un contrôle plus poussé. Le juge peut ainsi vérifier si l'employeur ne disposait pas d'autres moyens pour atteindre le but visé, qui auraient moins d'effet discriminatoire¹.

Ce dernier niveau de contrôle de la discrimination indirecte est loin d'être négligeable, car il suppose que l'employeur soit conscient des effets discriminatoires de ces décisions. Implicitement un tel contrôle incite les employeurs à prévenir tout phénomène discriminatoire dans l'entreprise. Les employeurs doivent alors avoir un rôle actif et anticiper et prévenir les discriminations. Une telle logique incite l'employeur à se tourner vers des mesures de discrimination « positive » ou de diversité².

Le devoir de se justifier est également inhérent au principe d'égalité de traitement. Dès la jurisprudence *Ponsolle*³, qui reconnaît pour la première fois le principe « à travail égal, salaire égal », a été reconnue l'obligation de l'employeur de se justifier.

Rappelons qu'il s'agissait en l'espèce, d'une salariée qui invoquait une différence de traitement avec une autre salariée. Elle ne pouvait donc pas se fonder sur la règle de non-discrimination en raison du sexe. L'employeur invoquait alors une différence d'ancienneté pour expliquer la différence de rémunération, alors même qu'existe dans l'entreprise une prime récompensant l'ancienneté. L'arrêt de rejet de la Cour de cassation souligne dans sa motivation le défaut de cohérence dans l'argumentation de l'employeur qui ne peut se fonder sur le critère de l'ancienneté pour justifier une différence dans le salaire de base alors que celle-ci fait déjà l'objet d'une prime spécifique.

Cette jurisprudence apporte deux enseignements au moins. Tout d'abord, sans renier la possibilité reconnue à l'employeur d'opérer des distinctions parmi les salariés de l'entreprise,

Genlis et, d'autre part, qu'au cas où elles ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de réduction d'effectifs, il était prévu des licenciements économiques auxquels tous les salariés de l'entreprise appartenant aux catégories professionnelles concernées seraient exposés sans avoir pu bénéficier de l'alternative offerte par les aides au départ volontaire, ce dont il résultait une rupture dans l'égalité de traitement entre les salariés des divers établissements, la cour d'appel a statué à bon droit ».

¹ Soc. 1^{er} juillet 2009, *Op.cit.*, décision dans laquelle la Cour de cassation vise un contrôle de pertinence.

² Voir infra section 2.

³ Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* n° 359, *précité*.

le principe d'égalité de traitement impose à ce dernier une obligation de justification. Il doit pouvoir expliquer la différence de situation à même de fonder la différence de traitement¹. Ensuite, cette justification doit revêtir certaines qualités, notamment, la cohérence.

La jurisprudence ultérieure a opéré des glissements terminologiques pour viser aujourd'hui les « raisons objectives »².

Ainsi, si l'employeur demeure libre d'instituer des différences de traitement, il importe toutefois que le critère de différenciation apparaisse, aux yeux des juges, recevable³.

L'objectivité vise précisément à ouvrir le débat sur les raisons : il est logique qu'il appartienne en premier lieu à l'auteur lui-même de s'expliquer. Le débat et le contrôle juridictionnel vont alors porter sur « *les données alléguées par l'agent comme justification de son acte* »⁴. L'employeur doit alors être en capacité de prouver la cause de sa décision.

L'objectivité pousse à rechercher la cause dans les antécédents de l'acte, dans tout ce qui le précède et le provoque⁵. Cette question ne se réduit nullement aux seuls mobiles, d'ordre psychologique, de la décision⁶. Le caractère objectif permet de s'assurer du caractère raisonnable de la décision, en ce sens qu'elle est un acte de raison. Monsieur R. Bonnard précise que le propre de l'insensé est d'agir sans raison ou motif⁷. L'auteur doit s'expliquer sur l'élément générateur, qui impose une contrainte minimale d'explication sans pour autant porter le débat sur les mobiles de l'auteur de la décision, ce qui représenterait une remise en cause du caractère discrétionnaire du pouvoir.

¹ Cf. J. Pélessier et al., *Les Grands arrêts du droit du travail*, observations sous le n°68.

² Soc. 10 octobre 2000, *Bull.* V n°317 ; Soc. 4 juillet 2000, *D.* 2000, obs. V. Wauquier ; Soc. 19 décembre 2000, *Dr.Soc.* 2001, p.314, obs. C. Radé ; Soc. 13 février 2001, *Dr. Soc.* 2001, p.566, obs. C. Radé.

³ Entendu dans son sens commun et non dans sa signification juridique. Voir en particulier E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., 2008 p. 116.

⁴ C.Eisenmann, *Cours de droit administratif 1949-1950*, Tome II, L.G.D.J., 1983, p.411.

⁵ R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1923, p.363.

⁶ C.Eisenmann précise : « *entre les motifs et la décision, il s'agit d'un rapport logique de prémisses à conclusion, de principe à conséquence. On est dans le domaine du raisonnement, de l'explication ou justification rationnelles. La notion n'est plus d'ordre psychologique mais d'ordre logique ; la décision dépend des motifs, est commandée par eux ; elle les suppose, ils en sont la condition et la base logique* », cf. C.Eisenmann, *Cours*, Paris, Droit public, 1957-1958, p.159 et s.

⁷ R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *Op. cit.*

Le caractère objectif de la décision et le devoir de justification qu'il suppose permettent un compromis entre la marge d'appréciation dont doit jouir le détenteur du pouvoir dans l'exercice de ses prérogatives, tout en assurant dans le même temps la nécessité d'un contrôle¹.

Le devoir de se justifier signifie que lorsque l'employeur n'apporte pas de raisons, ni d'explications à sa décision, celle-ci est considérée comme n'étant pas objective. Dans ces conditions, le juge communautaire, dans le cadre de la discrimination indirecte², comme le juge judiciaire, dans le cadre du principe d'égalité de traitement³, conclut à la violation de l'exigence d'égalité.

Peut être opéré à cet endroit un rapprochement avec les exigences constatées en matière de non-discriminations. Le dialogue des juges montre en effet que, pour des dispositifs distincts, les juges imposent des obligations similaires de justification. L'obligation de transparence comme l'exigence de justification visent à assurer l'objectivité de la décision et revêtent une nature procédurale⁴. En cela, le principe d'égalité de traitement ne s'écartent pas de la non-discrimination.

Une telle proximité n'est pas sans entretenir une certaine confusion entre les dispositifs antidiscriminatoires et le principe d'égalité de traitement présent dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁵. Toutefois, si confusion il y a, celle-ci ne fait que traduire la parenté des dispositifs et leur vocation commune. Chacun participe en effet à encadrer l'exercice d'un pouvoir. C'est à cette fin que les différentes juridictions opèrent un contrôle des justifications.

¹ E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op.cit.*, p.119.

² C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health (précité).

³ Soc. 17 octobre 2007 : « *Attendu, ensuite, qu'en présence d'une disparité de traitement alléguée, il appartient au juge, sans se substituer à l'employeur, de vérifier si celui-ci justifie d'éléments d'objectifs, étrangers à l'exercice d'un mandat syndical, qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire* » (c'est nous qui soulignons). L'employeur doit donc se justifier, il ne peut simplement invoquer son pouvoir discrétionnaire.

⁴ E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, *op.cit.*, p.114.

⁵ Confusion fréquente dans les pourvois devant la Cour de cassation, ce qu'elle a souligné dans son rapport 2008, Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation 2008 : *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, mars 2009.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTRÔLE DE LA JUSTIFICATION

488. Le contrôle des juges vise non pas à remettre en cause l'opportunité de la décision, mais à en apprécier la rationalité, voire la raisonnable¹. La décision prise par le détenteur du pouvoir doit apparaître pour autrui comme objective. Ce faisant, l'appréciation de l'objectivité de la décision permet non seulement d'en apprécier la légalité - *lato sensu* - mais également d'en affirmer la légitimité. L'exigence d'égalité consiste apparemment en « *un principe de rationalité objective* »². le juge apprécie la logique et la cohérence des raisons avancées par l'employeur : il vérifie la capacité de ce dernier à expliquer le lien entre l'objet de la décision et la distinction opérée.

489. Ce contrôle semble s'être renforcé dans le sillage du dialogue des juges. En particulier, il a été renforcé s'agissant du principe d'égalité de traitement, qui vise dorénavant la pertinence de la raison de la distinction (I.).

À côté de ce premier contrôle, l'auteur dispose d'un autre registre de justification. En effet, la décision peut, par dérogation, se trouver justifiée non sur la considération de la cohérence de l'objet et de la distinction, mais par l'invocation d'un intérêt « supérieur ». Cette justification, permet de pallier l'éventuel manque de pertinence de la distinction au vu de l'objet de la norme ou du traitement (II).

I. LA PERTINENCE ENTRE L'OBJET DE LA DÉCISION ET LA DISTINCTION

490. Le contrôle de la justification suppose d'apprécier le rapport entre la distinction opérée et l'objet de la décision. Le Conseil constitutionnel vise à cet égard un « *rapport direct* »³.

¹ Sur ces notions, voir Chapitre précédent.

² O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992 p. 133.

³ Voir en dernier lieu à propos de dispositifs divers de représentation selon le statut (public ou privé) du personnel de la poste, cf. C. const. 2010-601, 4 février 2010, Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *J.O.* 10 février 2010, p. 2327 : « *Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (...)* Considérant que les

491. L'objectivité de la décision permet de débattre de la cause de la décision, c'est-à-dire du lien causal expliquant la prise de décision et la distinction opérée. La considération de l'objet permet d'aller au-delà et de discuter non de la finalité en elle-même, mais d'apprécier les effets juridiques et réels de l'acte ou du traitement soumis au contrôle du juge.

Ainsi, les dispositifs d'aides au retour à l'emploi pour les « séniors » peuvent être motivés aussi bien par la lutte contre le chômage que par un souci de justice « sociale ». L'objet – immédiat – de ce dispositif est de permettre aux personnes bénéficiaires de retrouver un emploi. Toutefois, l'apparence d'objectivité du contrôle ne doit pas tromper. Non seulement les juges définissent l'intensité de leur contrôle, mais également les registres de justifications admissibles.

492. Les motifs qui ont guidés à l'adoption d'une norme ne se confondent pas entièrement avec son objet, qui en constitue la réalisation¹ par le droit. Dans cette perspective, l'objectivité² imposée au détenteur du pouvoir n'est que le préalable du contrôle des juges au travers l'exigence d'égalité. Ce contrôle est d'une intensité variable selon les domaines et les juridictions (A). Celles-ci tendent, de plus en plus, dans un souci de « sécurisation juridique » à définir les registres de justifications, qui permet d'encadrer et de guider le contrôle des juges du fond. Un tel souci de définition de registres de justification est particulièrement perceptible en droit du travail (B).

A. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE

493. Le contrôle de la justification est éminemment casuistique : il varie d'un cas à l'autre et d'une juridiction à l'autre.

Ainsi, le Conseil constitutionnel applique des expressions du principe d'égalité qui varient selon le dispositif contrôlé. En matière fiscale, et plus précisément s'agissant du

personnels de La Poste sont composés de fonctionnaires et d'agents contractuels de droit public et de droit privé ; qu'en prévoyant un régime spécifique de représentation du personnel et de concertation au sein de cet établissement public, la loi du 2 juillet 1990 susvisée a entendu tenir compte de cette pluralité de régimes juridiques, que la transformation de La Poste en société anonyme ne fait pas disparaître ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté ».

¹ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, *Op.cit.*

² Voir supra, §1.

principe d'égalité devant les charges publiques¹, il s'agit d'« égalité géométrique »² de manière différente, le principe d'égalité devant les services publics, le principe d'égalité devant la justice, le principe d'égalité devant le suffrage, etc. font appel à une acception plus stricte³.

494. De la même manière, la C.E.D.H. admet une marge d'appréciation plus grande à propos de droits économiques et sociaux qu'à propos de droits civils et politiques. Plusieurs raisons peuvent être avancées : d'une part, les droits civils et politiques constituent l'objet premier de la Convention. D'autre part, en matière économique et sociale, l'approche se veut plus concrète ce qui nécessite une possibilité plus grande de prendre en considération les différences de situations.

495. Nous n'avons pas la prétention de récapituler l'intensité du contrôle dans chaque domaine spécifique dans chacune des jurisprudences étudiées. Il semble plus opportun de s'appuyer sur une typologie des contrôles, qui permettra d'illustrer comment le dialogue des juges a permis le renforcement du contrôle opéré par la chambre sociale de la Cour de cassation, dont la jurisprudence apparaît aujourd'hui comme la plus aboutie.

Il faut alors distinguer le contrôle d'adéquation du contrôle de pertinence.

Quelle que soit l'intensité du contrôle, l'attention des juges porte sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dès lors, l'auteur de la décision conserve non seulement une libre appréciation de l'opportunité⁴ de la prise de décision, mais également une liberté de choix

¹ P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Thèse, LGDJ, 1969.

² Cf. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Pocket, coll. Agora, Paris, 2007.

³ Par exemple à propos du principe de l'égalité des usagers devant le service public : C.E., Sect, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *Lebon* p. 151, *GAJA* n° 67 ; C.E., Ass., 25 juin 1948, Société du Journal l'Aurore, *Lebon* p. 289, *GAJA* n° 62 ; C.E., 1974, Denoyez et Chorques, *op.cit.* ; Égalité devant l'impôt : C.E. 22 février 1974 Association des maires de France, *D.* 1974 p. 520 ; Égalité devant les charges publiques : C.E. 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de chêne-liège d'Algérie, *A.J.D.A.* 1958 II p. 130 ; Égalité d'accès des citoyens aux emplois publics : C.E., Ass, 28 mai 1954, Barel et autres, *Rec.* p. 308 concl. Letourneur, *GAJA* n° 77 ; CE, 9 novembre 1966, Commune de Clohars-Carnoët ; Égalité de traitement entre fonctionnaires d'un même corps : C.E., Ass., 21 juillet 1972, Union Interfédérale des Syndicats de la Préfecture de la Préfecture de la Sûreté Nationale (parmi beaucoup d'autres) ; Egalité devant le suffrage : C.const. 85-196 DC - 08 août 1985 - Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

⁴ Voir en ce sens le considérant 14 de la décision du C.const. 84-179 DC - 12 septembre 1984 - Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public: « *Considérant, en outre, que les députés auteurs de l'une des saisines font valoir que le caractère pernicieux des effets de la loi serait révélateur des intentions du législateur, selon eux, contraires à la Constitution ; que cette critique qui porte en réalité sur l'opportunité de la*

devant l'infinité des décisions possibles. Ces deux dimensions de la liberté dans l'exercice du pouvoir ont été au cœur d'une polémique, toujours d'actualité, sur le degré de contrôle du juge en matière de licenciements pour motif économique.

496. Aussi considère-t-on que le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique constitue une sorte de modèle du contrôle des décisions de l'employeur. Cette polémique n'est donc pas sans intérêt pour le contrôle opéré par les juges dans l'application de l'exigence d'égalité. Plus particulièrement, celle-ci a porté sur le contrôle du sérieux de ce type de licenciement. À l'origine, la Cour de cassation, dans sa jurisprudence *Brinon*¹, avait reconnu la théorie dite de « *l'employeur seul juge* ». Cette jurisprudence fut par la suite abandonnée, en raison de la législation relative au licenciement. Le législateur a en effet entendu soumettre cette prérogative de l'employeur à une exigence de motivation et au contrôle du juge qui en apprécie la justification².

497. Néanmoins, dans un exemple éclatant de dialogue de juges, la chambre sociale a, la première, dans la jurisprudence *Sat*³, affirmé que le juge, à l'occasion du contrôle de la cause réelle et sérieuse, n'était pas en droit de se substituer à l'employeur dans son choix de gestion. Cette position sera reprise dans un deuxième temps par le Conseil constitutionnel. Celui-ci censurera pour des considérations analogues une disposition de la loi du 17 janvier 2002 dite de *modernisation sociale* relative aux motifs du licenciement économique⁴. La Cour de cassation, confortée par la jurisprudence constitutionnelle, a, dans un troisième temps, réitéré

loi ne saurait être retenue ; En ce qui concerne l'institution d'un tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle ».

¹ Soc.31 mai 1956, *Brinon*, n°56-04.323, *Bull. civ.* V, n°. 499 p. 369.

² Le contrôle de la cause économique des licenciements collectifs a été dans un premier temps confié à l'administration, cf. Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 art. 3 *J.O.R.F* du 18 juillet 1973 La loi n° 86-797 du 3 juillet 1986, *J.O.R.F* du 4 juillet 1986

³ Soc. 8 décembre 2000, *Bull. Ass. Plén*, 2000, n° 11.

⁴ C.const. 2001-455 DC du 12 janvier 2002 – Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, cf. notamment : J.-E. Schoettl, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *Les petites affiches*, 21 janvier 2002, p. 3 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel censure la redéfinition du licenciement pour motif économique inséré dans la loi de modernisation sociale », *Travail et Protection sociale*, 2002, p.7 ; F. Saramito, « Une décision décevante du Conseil constitutionnel », *D.O.*, 2002, p. 41 ; B. Mathieu, « La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *D.O.*, 2002, p. 44 ; G. Carcassonne, « Modernisation sociale et régression politique », *Dr.Soc.*, 2002, p. 254, X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation ... », *Dr. Soc.*, 2002, p. 244 ; B. Teyssié, « Liberté, égalité », *Travail et Protection sociale*, 2002, p. 3 ; G. Lyon-Caen, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *D.O.*, 2002, p. 161.

sa jurisprudence dans un arrêt du 8 juillet 2009¹, dans lequel elle censure un contrôle de pertinence effectuée par les juges du fond et affirme :

« S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagée par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de cette réorganisation »².

Ainsi, en matière de licenciement pour motif économique, la Cour de cassation impose seulement un contrôle de l'adéquation, respectant ainsi le pouvoir discrétionnaire de l'employeur et de son choix de gestion.

498. C'est précisément ce type de contrôle qu'emploient généralement le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en matière de respect du principe d'égalité. En effet, dans le contrôle du « rapport direct » entre l'objet de l'acte juridique contrôlé et la distinction opérée, ces deux juridictions se contentent de vérifier qu'à la différence de situation correspond une différence dans le bénéfice de l'avantage. Ainsi, les deux juridictions réduisent leur contrôle au constat du parallélisme entre les situations prises en considération par l'autorité étatique et la différence de régime qui leur est appliquée. Elles ne portent généralement pas d'appréciation sur le fait que la distinction opérée est la plus à même d'aboutir à la réalisation du but que l'auteur s'est fixé. Ainsi, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État appliquent un contrôle de proportionnalité qui se veut modéré. Certes toute appréciation de l'adéquation de l'objet avec la distinction contenue dans l'acte est nécessairement empreinte d'une idée de proportionnalité. Le vocabulaire utilisé par les deux juridictions confirme que l'une et l'autre visent l'appréciation d'une certaine proportion, d'une certaine mesure. Ainsi relèvent-elle l'existence d'une « *rupture caractérisée* »³ du

¹ Soc. 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, cf. F. Géa, « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens », *R.D.T.* 2009, p.584.

² Souligné par nous.

³ C.const. 90-285 DC - 28 décembre 1990 - Loi de finances pour 1991; C.const 93-320 DC - 21 juin 1993 - Loi de finances rectificative pour 1993 ; C.const. 93-330 DC - 29 décembre 1993 - Loi de finances pour 1994.

principe d'égalité, le « *caractère excessif* »¹ de la différence de traitement, une « *disparité manifeste* »² ou encore, pour refuser la violation du principe d'égalité, affirment-elles de manière éclatante que la différence de traitement n'était « *ni manifestement injustifiable ni disproportionnée de manières excessives* »³. Toutefois, l'utilisation de ces expressions sert généralement à affirmer la validité de la distinction opérée.

499. Ces deux juridictions entendent laisser une large marge d'appréciation aux pouvoirs étatiques. Elles font donc un usage modéré de la proportionnalité⁴. Elles apparaissent alors isolées compte tenu du contrôle plus strict opéré par les autres juridictions.

500. La C.E.D.H. scinde son contrôle sur le fondement de l'article 14 de la Convention en deux étapes : d'une part, le but poursuivi, le plus souvent, reconnu comme légitime ; d'autre part, la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour réaliser l'objectif que l'auteur de l'acte s'est fixé. La première étape ne recèle une véritable utilité qu'à propos des motifs du « noyau dur », c'est-à-dire pour les critères suspects en eux-mêmes et qui sont donc

¹ Par exemple C.const. 86-209 DC - 03 juillet 1986 - Loi de finances rectificative pour 1986, considérant n°10 : « *Considérant que, si l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen proclame l'égalité admissibilité de tous les citoyens aux emplois publics, selon leur capacité et "sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents", ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'inscription à un concours administratif soit subordonnée au paiement d'un droit de timbre dès lors qu'un tel droit ne constitue pas une entrave au libre accès aux emplois publics ; qu'en raison, tant de son montant, qui n'a pas un caractère excessif, que des exonérations prévues au profit de personnes sans emploi, le droit de timbre institué par l'article 5 de la loi ne méconnaît pas le principe d'égal accès aux emplois publics* ».

² Par exemple C.const. 90-285 DC - 28 décembre 1990 - Loi de finances pour 1991, considérant 33 : « *Considérant qu'il appartient au législateur, lorsqu'il établit une imposition, d'en déterminer librement l'assiette, sous la réserve du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle ; qu'en particulier, pour se conformer au principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation, comme il a été dit ci-dessus à propos de la détermination des redevables, sur des critères objectifs et rationnels* ».

³ C.const. 94-358 DC - 26 janvier 1995 - Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, considérant 49 : « *Considérant que le législateur a accru le nombre des délégués des communes aux conseils de certaines communautés pour tenir compte de l'attribution qu'il a prévue d'un siège à chaque commune membre de la communauté dans le but d'assurer une représentation minimale des petites communes ; qu'il a déterminé la répartition des sièges restant à pourvoir entre les seules communes dont la population est supérieure à un certain quotient ; qu'il ressort de la combinaison des dispositions du code des communes ainsi modifiées, que la prise en compte du nombre de collectivités concernées n'intervient que dans une mesure limitée par rapport à la détermination de la répartition des sièges en fonction de la population calculée selon le mécanisme de la répartition proportionnelle avec application de la règle de la plus forte moyenne ; qu'ainsi les écarts de représentation entre les communes selon l'importance respective de leur population telle qu'elle ressort du dernier recensement ne sont ni manifestement injustifiables ni disproportionnés de manière excessive ; que dès lors le grief invoqué ne peut être accueilli* ».

⁴ En ce sens F. Mélin-Soucrannanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op.cit. pp. 197 et s.

discriminatoires. Dans les autres cas, la Cour de Strasbourg opère essentiellement un contrôle de proportionnalité. Celui-ci tend donc à constituer le cœur du contrôle de l'exigence d'égalité par la C.E.D.H.¹.

501. La C.J.U.E., en matière de discrimination indirecte, tend également à opérer un contrôle de proportionnalité².

502. Les Cours européennes appliquent alors un contrôle plus intense que celui des juridictions administrative et constitutionnelle françaises. Plus que les secondes, les premières portent une appréciation sur la pertinence des moyens utilisés, en particulier sur la distinction contestée, pour aboutir à la réalisation de l'objectif fixé. D'autant plus qu'en matière de discrimination indirecte l'auteur de la décision doit combattre une présomption de discrimination qui rend éminemment suspect la distinction opérée. Le combat contre cette présomption au travers de la proportionnalité n'en sera que plus compliqué.

503. C'est certainement sous l'influence des jurisprudences européennes que la Cour de cassation a été amenée à faire évoluer sa jurisprudence le 1^{er} juillet 2009³. Par cette décision, elle exerce expressément un contrôle *de « pertinence »*. Il est important de rappeler qu'elle a refusé, au nom du respect du choix de gestion de l'employeur, que les juges du fond puissent apprécier le sérieux du motif économique de licenciement. Dans ces conditions, c'est certainement l'exemple des jurisprudences européennes, exerçant un contrôle de proportionnalité exigeant, qui a poussé la chambre sociale à définir un contrôle plus strict.

504. Le contrôle de pertinence implique que le juge judiciaire ne se contente plus d'un simple parallélisme entre la différence de situation et la différence de régime. Ainsi, dans l'arrêt du 1^{er} juillet 2009, l'employeur ne peut se contenter d'invoquer la différence de catégorie, entre cadres et non-cadres, pour justifier que seuls les premiers pourront bénéficier de l'avantage. Le contrôle de pertinence oblige l'employeur à une justification plus précise. Il

¹ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 1, §2.

² R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, *op. cit.*, n°410 et 434 et suivants.

³ Soc. 1^{er} juillet 2009, *op.cit.*

doit démontrer que la distinction opérée est pertinente non au regard de l'objet de la norme, mais au regard de l'avantage qu'elle contient.

505. Il s'agit là d'une différence importante qui distingue sa jurisprudence de celles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État¹. Dès lors, la détermination de l'objet de l'avantage revêt un caractère primordial ; il détermine les distinctions possibles pour sa réalisation.

506. De plus, la « pertinence » de la distinction, exigée par la Cour de cassation, se rapproche de la proportionnalité dans la mesure où la distinction retenue ne peut être que l'une de celle qui permet le mieux la réalisation de l'objet. En effet, dans l'arrêt du 1^{er} juillet 2009, la Cour censure la cour d'appel qui avait estimé que le surcroît de jours de congé accordé aux cadres était justifié par « *les contraintes spécifiques aux cadres, notamment l'importance des responsabilités qui leur sont confiées* ».

507. La désaffectation marquée de la Cour de cassation pour les catégories professionnelles² oblige les juges à rechercher s'il est pertinent de recourir à la distinction entre cadre et non-cadre pour des congés supplémentaires. La chambre sociale interdit alors aux juges de considérer les justifications fondées sur des classifications catégorielles. Des distinctions opérées par le législateur ne peuvent pas être reprises pour justifier n'importe quelle distinction entre les deux catégories.

L'intensité du contrôle du juge judiciaire n'a pas seulement été renforcée par le contrôle de pertinence. Dans sa jurisprudence du 1^{er} juillet 2009, la Cour précise que les juges doivent « *contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » de la justification. Il s'agit alors d'un contrôle *in concerto*, reposant sur le constat de la situation réelle des salariés, dans leur activité. En effet, en l'espèce, le contrôle permet d'établir que les congés supplémentaires visent à compenser des tâches particulièrement pénibles, mais le fait de les réserver aux seuls

¹ Voir dans le même sens, s'agissant de la méthode de comparaison, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

² Désaffectation qui n'est pas nouvelle cf. à propos de ticket restaurant, cf. Soc. 20 févr. 2008, *Bull. civ.* V, n° 39 ; *D.* 2008. AJ 696, et Pan. 2306, spéc. 2309, obs. B. Reynès ; *R.D.T.* 2008 p.648, obs. I. Meyrat ; *J.C.P. S.* 2008. 1305, note Everaert-Dumont.

cadres, qui ne sont pas nécessairement les seuls à être soumis à une telle pénibilité, n'apparaît comme une justification pertinente.

Cette approche concrète pourrait conduire à remettre en cause des catégories trop larges de bénéficiaires d'un avantage, qui incluraient des personnes qui ne sont pas légitimes à en bénéficier. Qu'en aurait-il été s'il avait été démontré que le travail des salariés non-cadres était effectivement moins pénible que les cadres ?

Enfin, les juges doivent opérer un contrôle de la réalité de la justification. Encore une fois, si l'on rapproche cette exigence du droit du licenciement, cela signifie que les juges doivent vérifier que la raison avancée au soutien de la distinction opérée doit être existante et exacte. En premier lieu, pour déterminer si elle existe, le juge doit vérifier que les faits présentés comme motif de la distinction sont tangibles. Il s'agit d'un contrôle de la matérialité des faits. En second lieu, l'exactitude impose que la raison avancée par l'employeur soit celle qui l'a véritablement conduit à opérer cette distinction. Cette seconde condition pourrait être combinée avec le dispositif antidiscriminatoire, qui suppose de rechercher si l'employeur ne poursuit pas un motif discriminatoire sous couvert d'un critère apparemment neutre.

Outre la méthode de contrôle de la justification, les juges visent déterminent également les « types » de justification admissibles. Ceci est particulièrement prégnant en droit du travail.

B. LES REGISTRES DE JUSTIFICATIONS EN DROIT DU TRAVAIL

508. Certains arrêts démontrent un souci pédagogique des juges. Ils explicitent les conditions dans lesquelles le détenteur du pouvoir peut valablement recourir à tel ou tel autre critère. Par exemple, la chambre sociale a posé les conditions d'une différence conforme au principe d'égalité de traitement entre salariés d'un même employeur, mais embauchés à des dates différentes par rapport à l'entrée en vigueur d'une convention collective¹ : l'avantage doit avoir pour objet de compenser un préjudice subi par l'un des deux groupes de salariés. Le

¹ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2.

souci pédagogique des juges semble inhérent à un certain activisme des juges¹. Il est patent que l'énonciation des conditions de recours à un critère particulier, qui ne fait pas partie de la liste discriminatoire, traduit la volonté des juges d'opérer un contrôle renforcé.

Ce faisant les juges explicitent les registres de justification possibles pour l'employeur. Les travaux de Messieurs Boltanski et Thévenot², offre un cadre d'analyse et une typologie des « principes de justice » qui peuvent justifier une action ou une décision. L'analyse vise alors « *la relation entre accord et discordance* »³. Les auteurs dégagent six « principes de justice », qui permettent d'opérer des rapprochements, des équivalences et de sceller ainsi des accords. Ceux-ci sont classés dans une typologie des « registres »⁴ de justification⁵ : la concurrence marchande⁶, l'efficacité industrielle⁷, le renom de l'opinion⁸, la solidarité civique⁹, la confiance domestique¹⁰ et l'inspiration¹¹. Selon Monsieur Guiomard, les « registres » inspirés, marchands, domestiques ou de l'opinion n'ont qu'une place modeste en droit du travail. En revanche, les registres industriels et civiques occupent une place prépondérante¹².

509. En ce qui concerne le registre industriel, qui renvoie à l'organisation dans l'entreprise, celui-ci laisse une certaine place aux choix de gestion de l'employeur. La préoccupation des juges de préserver le pouvoir d'appréciation de l'employeur explique la manière dont les juges opèrent le contrôle de l'adéquation. En effet, ils ne peuvent définir *a priori* les conditions de recours à un critère de distinction qui n'est pas illicite. Un tel phénomène se retrouve dans les arrêts relatifs au principe d'égalité de traitement rendus par la chambre

¹ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

² L.Boltanski et L.Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991.

³ *Ibid*, p.39.

⁴ Dénommés « cités » par les auteurs, cf. *ibid* p.200.

⁵ Pour une présentation synthétique voir F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.* p.501 et suivantes.

⁶ Mue par l'intérêt, le désir individuel. La concurrence constitue le principe de coordination.

⁷ Vise la production, une tâche à accomplir. Il vise alors l'efficacité de l'organisation. Il est distinct du marché.

⁸ L'ajustement des êtres s'opère en référence à l'opinion des autres.

⁹ Vise l'appartenance à un collectif qui dépasse les individus qui le compose. Il tend vers la solidarité.

¹⁰ Repose sur les relations personnelles, les liens personnels. Il est construit autour de la confiance.

¹¹ Valorise la singularité, l'originalité.

¹² F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.* p.512 et suivantes.

sociale ainsi que ceux rendus par la C.J.U.E en matière de discrimination indirecte¹ en raison du genre.

510. Le dialogue est donc cantonné à ces deux juridictions dans le domaine du droit du travail. Plus précisément, le dialogue s'est créé autour de la question de la rémunération, domaine dans lequel le contentieux est le plus prolifique. Il est intéressant de souligner que, bien qu'il s'agisse de deux concepts distincts, non-discrimination et principe d'égalité de traitement, les deux juridictions ont été amenées à définir les cas de recours admissibles à certains critères communs. Il est frappant alors de constater la convergence des deux jurisprudences². En particulier, les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, de « l'organisation » sont alors prégnantes dans les jurisprudences relatives à l'exigence d'égalité.

511. Étant donné que le domaine est cantonné à la relation de travail, les avantages doivent en premier lieu avoir une relation étroite avec l'activité professionnelle³. C'est une première limitation du champ des justifications possibles. Jusqu'à présent la prise en compte d'éléments de justification extra-professionnels ne concerne que la discrimination directe, notamment s'agissant d'avantages réservés aux femmes en raison de leur maternité. Or nombre d'avantages en droit du travail sont fonction de considération tenant à la situation familiale du travailleur⁴. Qu'en est-il pour ce type d'avantages en matière de principe d'égalité de traitement et de discrimination indirecte⁵ ? Une question identique se pose concernant les avantages en matière de logement, en particulier les aides à l'obtention d'un bail ou encore celles facilitant l'accession à la propriété.

¹ Plus précisément, lorsque la victime a rapporté la preuve d'une suspicion de discrimination, il appartient alors à l'auteur de la mesure de se justifier.

² Selon A. Linden, « Le juge et la discrimination », *S.S.L.* 2006, n° 1256, p. 21 : « *la discrimination et le principe « à travail égal, salaire égal » sont deux notions différentes, mais qui entretiennent, malgré tout des rapports très étroits* ».

³ Cf. Soc. 26 nov. 2002, no 00-41.633, *Bull. civ.* V, n° 354 : la Cour rejette le pourvoi de l'employeur, car il ne « *rapportait pas la preuve que l'inégalité de traitement dont le salarié a été victime reposait sur un critère objectif tenant à la différence de travail fourni* » (souligné par nous). A rapprocher de, Soc. 1^{er} juillet 2009, no 07-43.328, arrêt précité.

⁴ Voir par exemple l'ordre des licenciements.

⁵ Notons que le Conseil d'Etat a eu à connaître d'une contestation, sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal », d'un mineur célibataire s'agissant d'un avantage réservé aux familles de mineurs, qui a vu sa demande rejetée, cf. C.E. 29 novembre 1999, pourvoi n° 197737.

La nature des tâches à accomplir peut justifier une différence de traitement, tant du point de vue du principe d'égalité de traitement que de la discrimination indirecte. Ainsi, la C.J.U.E. a admis de prendre en considération le degré de pénibilité physique du travail¹, qui est un critère généralement propice à valoriser les emplois occupés par les hommes. Dans le même sens, l'employeur peut récompenser les salariés occupant des postes qui supposent une plus grande flexibilité, entendu comme l'adaptabilité du travailleur à des horaires et des lieux de travail variables². La Chambre sociale semble également accepter les justifications qui reposent sur la plus grande flexibilité d'un salarié par rapport à un autre³.

Une différence toutefois apparaît entre les deux jurisprudences. En effet, la Cour de cassation admet par exemple comme justification de la distinction, des différences qui tiennent soit de la responsabilité⁴, soit de la technicité⁵ plus grande du poste occupé par le salarié avantagé. La comparaison se fait alors poste par poste. La C.J.U.E. lorsqu'elle applique la discrimination indirecte en raison du genre se fonde, au contraire, sur une comparaison plus collective qui vise la comparaison entre deux ensembles (par exemples les salariés à temps complet et les salariés à temps partiel) et non plus terme à terme. La discrimination indirecte qui repose sur le constat de « l'impact disproportionné »⁶ impose que la justification de l'employeur se place dans un registre plus général que celle du principe d'égalité de traitement qui vise les situations de deux salariés, pris individuellement.

512. Le critère de l'ancienneté fait l'objet d'une jurisprudence convergente de la chambre sociale et de la C.J.U.E. Ce critère peut être utilisé par l'employeur ou les interlocuteurs sociaux afin de valoriser l'expérience acquise par un salarié. L'ancienneté fait l'objet d'un recours fréquent dans l'attribution d'avantages, tels une prime et repose sur la présomption

¹ C.J.C.E. (cinquième chambre) 1er juillet 1986, Gisela Rummler contre Dato-Druck GmbH, précité.

² C.J.C.E. 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, précité.

³ Soc. 12 mars 2002, n°00-42.536, la cour d'appel a relevé « que les tâches confiées au salarié étaient plus larges que celles initialement confiées à Mlle Y..., dès lors, que, celui-ci pouvait être amené à effectuer des tâches ne rentrant pas dans la définition du poste de travail et que ses fonctions étaient susceptibles d'évoluer en raison du développement des missions du CRT, ce qu'il avait accepté, a constaté que les deux salariés n'avaient pas été placés dans une situation identique ; qu'elle a par ce seul motif légalement justifié sa décision » (soulignés par nous).

⁴ Soc. 11 janvier 2005, n° pourvoi : 03-15.258.

⁵ Soc. 8 janvier 2003, n° pourvoi : 00-41.228.

⁶ C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Aff. 96/80, Rec. 1981 p. 911.

que, plus un salarié a d'ancienneté, plus son travail sera efficace et de qualité. La question s'est rapidement posée de savoir si les juges accepteraient une telle présomption, susceptible de justifier une différence de traitement et une discrimination indirecte.

La chambre sociale admet parfaitement que l'employeur se fonde sur l'expérience acquise¹, même auprès d'un autre employeur², pour accorder un avantage en matière de rémunération à certains salariés et non à d'autres. L'ancienneté dans l'entreprise est présumée être une justification objective. La chambre sociale prête une attention particulière au fait que l'ancienneté ne peut être la cause que d'un seul avantage et non d'une pluralité ce qui aurait conduit à multiplier les différences de traitement admissibles³. Cette précision est apportée dans un arrêt du 19 décembre 2007 relatif à la prise en compte de l'ancienneté dans le salaire de base :

« ... l'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale, et l'expérience acquise, peuvent justifier une différence de rémunération »⁴.

De même, la C.J.U.E. admet par principe le caractère objectif du critère de l'ancienneté, qui est donc en soi une justification valable⁵. La juridiction communautaire a même refusé d'obliger l'employeur de démontrer que l'ancienneté rémunérée correspond à un acquis de l'expérience *« qui lui a permis de mieux accomplir son travail »*⁶. Cette présomption aboutit à un renversement de la charge de la preuve car, face à une telle justification, il appartient au salarié de fournir *« des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard »*⁷.

Pour les deux juridictions, l'ancienneté est une justification objective en elle-même. Elle appartient au registre tourné du travail et de l'organisation, car elle repose sur la

¹ Soc. 29 septembre 2004, n° 03-42.033 ; Soc. 16 février 2005, n° 03-40.465 ; Soc. 3 juin 2009, n° 07-42.992.

² Soc. 15 nov. 2006, n° 04-47.156, *R.J.S.* 2/2007, n° 220.

³ Soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *Bull. civ.* V, n° 359, Ponsolle ; Soc. 20 juin 2001, n° 99-43.905.

⁴ Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.795.

⁵ C.J.C.E, 3 octobre 2006, C-17/05, Cadman, point 39

⁶ C.J.C.E, 3 octobre 2006, précité, point 39, cf. Cavallini, Joël : *« Une rémunération fondée sur l'ancienneté peut constituer une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes »*, *-J.C.P.* éd. S 2006 n° 1888 p.23-24 ; H. Tissandier, *« L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale »*, *R.J.S.* 2007 p.121-124 ; T. Aubert-Monpeyssen *« Égalité professionnelle et ancienneté : à propos de l'arrêt "Cadman" »*, *R.D.T.* 2006 p.393.

⁷ C.J.C.E, 3 octobre 2006, arrêt précité, point 40.

présomption de l'amélioration du travail avec l'ancienneté. Elle relève dans de la justice industrielle.

513. Si les deux jurisprudences sont essentiellement convergentes sur les registres de justifications de la différence de traitement et de la discrimination indirecte en matière de rémunération, il est possible d'avancer néanmoins que ces dernières sont appréhendées de manière plus stricte en matière de discrimination indirecte qu'en matière d'égalité de traitement¹. En effet, il apparaît plus difficile pour un employeur de combattre une suspicion de discrimination qu'une suspicion d'inégalité de traitement. Néanmoins, l'intensité de contrôle dans les deux jurisprudences s'est très certainement rapprochée depuis que la Cour de cassation opère un contrôle de pertinence dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement.

514. Les voix du juge judiciaire français et du juge communautaire sont sans doute davantage discordante s'agissant d'un autre registre de justification, celui du recours à un intérêt supérieur.

II. LA JUSTIFICATION TIRÉE D'UN INTÉRÊT « SUPÉRIEUR »

515. Certaines justifications participent d'un intérêt « supérieur ». Ce caractère de supériorité permet soit de faire échec au contrôle juridictionnel – le juge refusant de porter une appréciation sur ce motif – soit de justifier la décision. Ce faisant, apparaît le registre civique qui tend à devenir prééminent en droit du travail. En effet, nombre de règles de droit ou de jurisprudences tendent à obliger l'employeur à prendre en considération le bien commun. C'est notamment ce registre civique qui lui interdit de discriminer² ou qui lui commande de développer l'emploi³. L'intérêt supérieur vise alors un collectif qui dépasse l'individu. Il s'incarne de manière évidente dans l'intérêt général et éventuellement dans l'intérêt de l'entreprise.

¹ Voir en ce sens, J. Péliissier et al, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, n° 68, p. 262

² Voir à propos de l'égalité des chances F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit. p.519 et suivantes.

³ F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit. p.523 et suivantes.

516. Seuls le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État visent la réserve de l'intérêt général dans l'énonciation même du principe d'égalité. Il peut justifier une différence de traitement qui ne le serait pas en raison de la différence manifeste de situation¹.

517. Dans ces conditions, l'intérêt général invoqué n'est plus seulement celui qui fonde habituellement l'action de l'autorité publique ; il constitue alors une justification, qui doit également être en « rapport direct » avec l'objet de la norme², et suffisamment fort pour justifier une différence de traitement qui ne correspond pas à une différence de situation. Néanmoins, dans les jurisprudences des deux juridictions, l'intérêt général est le plus souvent invoqué pour renforcer le constat de la légitimité de la distinction : l'existence de situations différentes est assumée ; le constat de cette différence permet de souligner un peu plus le caractère légitime de l'intérêt poursuivi³.

518. Les autres juridictions ne semblent pas consacrer de réserves équivalentes. Néanmoins, la C.E.D.H., de par son appréciation casuistique⁴, a la possibilité dès la première étape de son contrôle, qui concerne la légitimité du but poursuivi, de prendre en considération et de valoriser un tel intérêt.

En conséquence, elle n'opère pas de réserves fondées en soi sur l'existence d'un intérêt supérieur. Il arrive seulement, dans le cadre du contrôle normal du respect de l'article 14 de la Convention de l'intégrer. Plus exactement, sans viser l'expression d'intérêt général, la C.E.D.H. ménage de fait une telle réserve au travers de la marge d'appréciation conférée aux Hautes parties contractantes. La marge d'appréciation laissée aux Etats varie toutefois : selon les domaines considérés, selon l'existence ou non d'obligations positives dégagées par la Cour opposables aux États, selon le consensus existant entre les États parties à la

¹ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, § 2

² Voir, pour un exemple récent, C.Const. 6 août 2010, n°2010-24 Q.P.C, *J.O.R.F.*, 7 août 2010, p. 14617, considérant 9 : « Le législateur a pris en considération la situation particulière des travailleurs non salariés associés de ces sociétés et répondu à un objectif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ». Cette expression, moins couramment employé par la Haute juridiction administrative, n'est toutefois pas absente ; voir notamment en matière d'égalité devant les charges publiques : C.E., 22 novembre 2000, n°212002, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

³ Voir Partie 1 Titre 1 chapitre 1 section 1 § 2.

⁴ En ce sens, D. Martin, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2007, p. 210.

Convention, ou encore, selon le consensus parmi les peuples de ces différents États. Ainsi, lorsqu'elle est reconnue, la marge d'appréciation permet de ménager le pouvoir des Etats, ce qui revient approximativement de leur conférer une réserve d'intérêt « supérieur ». Cette affirmation est renforcée par le fait que la C.E.D.H. s'interdit de substituer son jugement à l'appréciation des autorités nationales.

519. La C.J.U.E. et la chambre sociale semblent avoir admis un motif commun, qui pourrait constituer l'expression d'une réserve d'un intérêt « supérieur ». En effet, les deux juridictions semblent admettre que la pénurie de candidats à un poste, résultant de l'état du marché du travail, justifie que l'employeur puisse majorer la rémunération¹. Cette justification renvoie au registre marchand, qui prend en considération la concurrence sur un marché, en l'occurrence l'emploi. Cette position permet de considérer que les personnes recrutées à ce moment-là puissent être mieux rémunérées que les autres recrutées antérieurement ou postérieurement, sans que cela ne constitue une discrimination prohibée par le droit communautaire² ou une inégalité de traitement injustifiée en droit interne³.

Toutefois, deux précisions méritent d'être soulevées.

Premièrement, la jurisprudence communautaire admet qu'une telle justification soit admise, mais elle renvoie l'appréciation des faits au juge interne, qui doit faire application du principe de proportionnalité⁴. Pour autant, cette justification n'est pas systématiquement acceptée. Secondairement, la jurisprudence de la chambre sociale était confrontée à un problème légèrement différent. Il s'agissait du recrutement d'un directeur de crèche, embauché en urgence, car si le poste était resté vacant trop longtemps l'établissement aurait perdu son agrément. Le problème ne réside pas alors dans une éventuelle pénurie du marché du travail, mais provient au contraire d'un problème dans l'organisation interne de l'entreprise. Il est évident que, dans cette affaire, l'intérêt de l'entreprise était en jeu, car la vacance du poste aurait entraîné la fin de l'activité et la raison d'être de l'entreprise. En outre,

¹ La Cour de cassation fait elle-même le rapprochement entre ces deux arrêts, dans son communiqué qui accompagne l'arrêt Soc. 3 mai 2006.

² CJCE 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby, *Rec.C.J.C.E.*, p. I-5535.

³ Soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658, *Bull. civ.* V, n° 206, *Dr. Soc.* 2005. 1047, obs. C. Radé.

⁴ C.J.C.E., 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5535, points 24 et s.

cette solution est sous-tendue par l'intérêt des enfants et de leurs parents. Dès lors, cette jurisprudence, encore isolée, pourrait constituer la première expression de la réserve d'un intérêt supérieur dans le cadre du principe d'égalité de traitement. Ainsi, les registres employés par la C.J.U.E., qui appartient à la cité « marchande », et par la chambre sociale, qui appartient à la cité « industrielle », ne sont pas les mêmes.

520. Présent implicitement dans les jurisprudences de l'une et l'autre des juridictions, l'intérêt de l'entreprise serait l'équivalent fonctionnel de l'intérêt général dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle et administrative¹.

La justification tirée d'un intérêt « supérieur » serait donc intimement liée à l'intérêt que représente le pouvoir contrôlé : l'intérêt général pour les autorités publiques, l'intérêt de l'entreprise pour l'employeur privé. Ce type de justification suppose qu'il s'agisse d'un intérêt particulièrement impérieux, par exemple, la viabilité de l'entreprise dans la jurisprudence de la chambre sociale ou la lutte contre le chômage invoquée par le législateur.

Si intérêt de l'entreprise et intérêt général peuvent occuper la même fonction au sein de l'égalité, ils se distinguent quant au registre de justification. En effet, si l'on se réfère à la théorie des grandeurs² l'intérêt de l'entreprise renvoie à la « cité marchande », ou à la cité « industrielle », alors que l'intérêt général renvoie à la « cité civique ». Or, les différentes jurisprudences rejettent les arguments purement budgétaires et financiers³ et qui relèvent de la logique du marché⁴. Au contraire les justifications tirées de la citoyenneté, sociale¹

¹ Le Rapport 2008 de la Cour de cassation semble suggérer une telle interprétation : *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008 : Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, mars 2009.

² Voir *infra*.

³ Voir par exemple C.J.C.E. 1^{er} octobre 2009, aff. 3/08, *Rec.* 2009 page I-9085 : « L'article 39 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les autorités compétentes d'un État membre appliquent une législation nationale qui, conformément à l'article 40, paragraphe 3, sous b), du règlement n° 1408/71, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 118/97, tel que modifié par le règlement n° 647/2005, subordonne l'ouverture du droit aux prestations d'invalidité à l'écoulement d'une période d'incapacité primaire d'un an, lorsqu'une telle application a pour conséquence qu'un travailleur migrant a versé au régime de sécurité sociale de cet État membre des cotisations à fonds perdus et est ainsi désavantagé par rapport à un travailleur sédentaire ».

⁴ Voir contra CJCE, 27 octobre 1993, C-127/92, (précité), qui fait référence à l'état du marché de l'emploi, qui permet de justifier l'employeur qui propose une meilleure rémunération pour les nouveaux embauchés afin de les attirer dans l'entreprise.

notamment, sont largement acceptée par les différentes juridictions. Cette différence de valorisation des registres de justification par les juges expliquent pourquoi certaines, les juridictions internes de droit public, intègrent l'intérêt général dans la définition même du principe d'égalité, alors que la justification fondée sur l'intérêt de l'entreprise n'apparaît qu'en filigrane de certains arrêts. Il convient d'ajouter que ce l'invocation de cet intérêt n'est admise que dans des conditions particulières, lorsque par exemple l'activité, dont l'entreprise est le support, risque de devoir être arrêtée.

521. Certains arrêts suscitent pourtant le trouble ou la dubitation. En effet, la réserve d'intérêt « supérieur » a été étendue pour justifier des discriminations directes, validant ainsi des mesures fondées sur des critères dont le recours est prohibé et qui ne devraient en principe supporter aucune sorte de justification.

522. Il s'agit de la « saga » jurisprudentielle dite « *Synchrotron* »², qui concerne le paiement d'une indemnité d'expatriation aux salariés de nationalité étrangère refusé aux Français, même lorsque ceux-ci vivaient à l'étranger. Une certaine interprétation de l'arrêt pourrait voir dans l'intérêt scientifique du projet international une justification de la différence fondée sur la nationalité³. Ce faisant, le prestige et l'utilité du projet commandent de mener une politique attractive et préférentielle à l'adresse des scientifiques étrangers. Une telle interprétation heurte toutefois le droit communautaire qui ne reconnaît aucune justification possible de recours au critère de la nationalité⁴, en dehors bien sûr des cas expressément prévus par le Traité.

Néanmoins, la jurisprudence communautaire semble victime des mêmes attermoiements que la chambre sociale. En effet, dans les jurisprudences *Kraus*⁵ et

¹ Voir *infra*.

² Soc. 17 avr. 2008, ESREF, pourvoi n° 06-45270 : *Bull. civ. V*, n° 95 ; voir déjà dans le même sens, Soc. 9 nov. 2005, pourvoi n° 03-47.720, *Bull. civ. V*, n° 312 ; voir aussi la Délibération de la Halde n° 2007-282 du 22 oct. 2007 ; L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *R.F.D.A.* 2010, p. 309.

³ Cependant les arrêts se gardent bien d'affirmer l'existence d'une discrimination.

⁴ Même la Charte de l'U.E. n'admet pas de dérogation à la discrimination fondée sur la nationalité.

⁵ C.J.C.E, 31 mars 1993, *Kraus*, C 19/92, Rec. 1993, p. I-1663

*Bachmann*¹, la C.J.U.E. a admis, sous couvert d'entrave à la liberté de circulation, que puisse être justifiée une distinction directement fondée sur la nationalité².

Faut-il déduire de ces atermoiements jurisprudentiels que certaines justifications, qui relèvent d'un intérêt supérieur tel, comme la mise en place d'un projet de recherche d'envergure internationale, permettent de justifier même des discriminations directes ?

523. Le contrôle de la justification est guidé par le souci de concilier la préservation de la liberté de choix inhérente à l'exercice du pouvoir et la nécessité d'éviter tout arbitraire dans l'exercice de celui-ci.

524. Le dialogue des juges impulsé tantôt par le juge européen tantôt par le juge communautaire a conduit le juge judiciaire français à renforcer son contrôle. Les juges constitutionnels et administratifs restent attachés à un contrôle plus respectueux des pouvoirs respectifs du législateur et de l'administration. Dans cette perspective, ils maintiennent un contrôle de l'adéquation. Les espaces de dialogues ne sont pas alors communs à toutes les juridictions. En particulier, le Conseil d'État prend grand soin de distinguer les espèces dans lesquelles il fait application du droit communautaire, et celles dans lesquelles il fait application du principe d'égalité - principe général du droit qu'il a lui-même reconnu et auquel il attache un contrôle moins intense.

525. Néanmoins, les décisions juges ne peuvent échapper à leur subjectivité. Malgré les efforts pour définir un contrôle qui relève apparemment de la rationalité, les juges opèrent bien souvent, si ce n'est systématiquement, un contrôle de la raisonnable, fondé sur des valeurs. Celles-ci rejaillissent en particulier lorsque l'on étudie les jurisprudences à l'aune de la théorie des justifications. Dans ce cadre, il apparaît clairement que les juges privilégient certains registres, en particulier civique, sur d'autres. L'exigence d'égalité ne peut se départir d'une appréciation des valeurs, qu'il s'agisse de déterminer ce qui peut être considéré comme similaire ou d'apprécier la justification de la distinction.

¹ C.J.C.E, 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.* 1992, p. I-249

² Voir D. Martin, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste, op.cit.*

526. Un ordre de justification particulier semble émerger, marquant une rupture avec la conception de l'égalité longtemps retenue par delà les particularités de chacune des juridictions étudiées. Certaines expressions apparaissent déjà dans les jurisprudences, qui visent la réalisation de l'égalité substantielle. Celle-ci se poursuit dans de véritables politiques dont l'objet est soit de compenser des situations défavorables de certaines personnes, soit de corriger les phénomènes discriminatoires. Ces politiques se retrouvent aujourd'hui synthétisées autour du thème de la *diversité*.

SECTION 2 : VERS UN NOUVEL ORDRE DE JUSTIFICATION : LA DIVERSITÉ ?

527. Les différentes juridictions sont confrontées à une nouvelle mutation de l'exigence d'égalité. Plus précisément, la non-discrimination s'émancipe de son caractère péjoratif. Il est possible d'esquisser trois moments d'évolution du concept auxquels on peut attacher trois significations¹.

528. Dans un premier mouvement, il ne fait pas de doute que discriminer en droit revêt une signification péjorative. Une discrimination est, dans cette acception, signe d'arbitraire. La non-discrimination se traduit alors essentiellement par la prohibition de recourir à certains critères. Dans un deuxième temps, il est apparu nécessaire, dans certains cas, d'encadrer le recours aux critères discriminatoires. Sont alors apparues des règles de non-discrimination propres à certains critères mais qui impose cette fois-ci une obligation – positive - de tenir compte du trait discriminant. La prise en considération des critères ainsi identifiés est alors encadrée. C'est la *discrimination-suspicion*. Il serait sans doute possible d'inscrire dans cette dernière catégorie les discriminations dites « positives », en ce qu'elles autorisent de se fonder directement sur un critère discriminatoire. Toutefois, pour être exact, il conviendrait de préciser que la mesure de faveur ou préférentielle – auquel renvoie l'adjectif "positive" – vise à corriger dans les faits les phénomènes discriminatoires. Le concept de discrimination « positive » a ouvert la voie à un troisième mouvement, plus récent débarrassé de la connotation péjorative de la non-discrimination. Il s'agit alors de prendre en considération les

¹ Se reporter à la contribution de A. Lyon-Caen, « Les notions de discrimination, d'égalité et de diversité professionnelles », prononcée à l'occasion du Colloque du 18 juin 2010 à la Maison du Barreau de Paris, intitulé Discrimination, d'égalité et de diversité professionnelles.

différences afin d'apprécier la « *diversité* ». Émergent alors des politiques et des dispositifs orientés vers la prise de conscience du phénomène discriminatoire.

529. Un nouvel ordre de justification semble poindre alors, celui de la diversité, qui charrie avec lui la reconnaissance de catégories ou de groupes sociaux/sociétaux, détenteurs de prérogatives ou de droits. De plus, est présente l'idée selon laquelle la simple appartenance à une « communauté » ou un « groupe » ou à la « minorité » confère non pas simplement un droit à ne pas être discriminé, mais également le pouvoir d'opposer des droits aux autres, notamment contre les détenteurs d'un pouvoir, qui doivent alors les respecter.

Il convient donc, avant d'analyser les problèmes qu'engendre l'apparition du concept de « diversité », dont le sens et la portée sont encore aujourd'hui mal assurés, de décrire les politiques préférentielles qui constituent certainement la racine de ce nouveau concept.

En effet, les différentes juridictions - certaines depuis fort longtemps - admettent la possibilité pour les détenteurs de pouvoir de mener de véritables politiques préférentielles qui réservent un avantage seulement à certaines catégories de personnes du fait de leurs situations physiques et/ou sociales défavorables. Ainsi, elles créent sciemment un désavantage pour tous les autres catégories, favorisant une certaine redistribution.

Ces politiques s'inscrivent dans une conception active de l'exigence d'égalité qui instrumentalise le droit pour agir sur le « réel ». Du point de vue juridique, de telles politiques ne constituent pas le même défi selon qu'elles se fondent ou non sur des critères discriminatoires (§1). Les politiques de la diversité s'inscrivent dans le prolongement de ces politiques préférentielles dans la mesure où elles s'émancipent de la prohibition originelle de la discrimination, pour ne pas dire qu'elles la piétinent. De cette manière, elles imposent une prise de conscience générale des phénomènes discriminatoires, pour mieux les combattre (§2).

PARAGRAPHE 1 : DE L'ÉGALITÉ PAR LE DROIT À LA DISCRIMINATION « POSITIVE »

530. Le législateur et l'exécutif, comme l'employeur au sein de l'entreprise, doivent pouvoir distinguer afin d'exercer pleinement leurs pouvoirs et de mieux « cibler » les politiques qu'ils entendent mener. Il leur est possible de prendre en considération les différences de situations afin d'adapter leurs actions en conséquence. Au-delà de l'efficacité,

voire de l'efficacité, de leurs actions, la question s'est posée de savoir s'ils pouvaient adopter des mesures favorables aux uns et défavorables aux autres.

531. Certains considéreront que de telles politiques sont de nature à "restaurer" les privilèges dans le paysage juridique français, pourtant bannis depuis l'ère révolutionnaire. D'autres, au contraire, préféreront voir dans ces politiques préférentielles une volonté politique de compenser des inégalités de faits et ainsi de tendre vers une égalité « concrète » ou « substantielle ».

532. Ces politiques ont un objet quelque peu à part du point de vue de l'exigence d'égalité. En effet, l'objet du dispositif ne tient plus seulement dans l'avantage lui-même, mais également dans l'égalisation recherchée. L'exigence d'égalité fait partie intégrante de l'objet de l'acte ou du traitement. C'est à cette condition, particulière, que le « privilège » ainsi institué sera conforme à l'exigence d'égalité, entendue ici dans son versant *concret*¹.

533. Les politiques préférentielles ne visent pas n'importe quelle création de catégories. Elles visent à « modifier le réel » ; elles ne cherchent pas simplement à en tenir compte. Il est nécessaire de distinguer au sein de ce type de politiques, celles qui sont directement fondées sur un critère prohibé et les autres. Les premières doivent reposer sur des justifications particulièrement impérieuses² pour que les juges admettent le recours à un critère discriminatoire en dehors des cas où le recours est directement autorisé par la règle de non-discrimination. Les juges exercent alors un contrôle strict et n'admettent comme justifications de ces politiques que celles qui visent précisément à lutter contre les discriminations. Il s'agit des discriminations « positives », dont la reconnaissance et la définition sont encore mal assurées dans les différentes jurisprudences (II). Les politiques préférentielles qui ne sont pas directement fondées sur un critère discriminatoire doivent, quant à elle, satisfaire au principe

¹ On pourrait même suggérer que l'exigence d'égalité peut alors être vériste, c'est-à-dire qu'elle s'écarte de la représentation conventionnelle, notamment celle offerte par les catégories forgées par le législateur, pour privilégier la description de la réalité concrète, de la société.

² F. Stasse, « Égalité et discrimination positives », Regards sur l'actualité, *La documentation française*, 1997, p.19 : l'auteur distingue entre « discrimination positive » et « discrimination justifiée ». Ces dernières renvoient à « toutes différences de traitement que la jurisprudence admet lorsqu'elles sont décidées pour un motif d'intérêt général - ce que la Déclaration de 1789 appelle "l'utilité commune". La discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, qui retient la réduction d'une inégalité comme motif d'intérêt général ».

d'égalité ou d'égalité de traitement (II). L'auteur doit alors justifier la préférence instituée. Généralement, cette justification repose sur une idée de compensation, c'est-à-dire qu'elle vise à rétablir un équilibre. Elles instituent une préférence pour certains afin de compenser leur situation défavorable. Elles instituent alors un « différentialisme compensatoire »¹.

I. LES POLITIQUES PRÉFÉRENTIELLES À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

534. Certaines politiques préférentielles visent à accorder un avantage à une population « cible » que l'auteur de la mesure estime être dans une situation défavorable par rapport au reste de la population. L'auteur de la décision a alors pour objectif de compenser le désavantage constaté. L'identification de la « population cible » ne repose pas nécessairement sur un critère discriminatoire. L'avantage peut être accordé en fonction du revenu, du lieu de résidence, etc. sans considération du sexe, de l'origine, de la nationalité du bénéficiaire. Dans ces conditions, la mesure ne relève pas, *a priori*, de la non-discrimination, mais du principe d'égalité ou d'égalité de traitement.

Dans cette perspective, les politiques préférentielles ne posent pas particulièrement de difficulté : elles sont soumises au contrôle habituel du principe d'égalité ou d'égalité de traitement. Elles présentent néanmoins la particularité d'afficher une politique volontariste, qui s'émancipe de l'égalité formelle, pour une approche plus substantielle.

Par ailleurs, l'exigence d'égalité ne constitue plus un « accessoire » de l'acte ou du traitement². Celle-ci doit s'adapter à l'objet de ceux-là. Pourtant, l'égalisation des conditions des personnes constitue l'objet même de ces politiques.

L'exigence d'égalité n'est plus une condition qui encadre la production normative - la prise de décision - , elle devient l'objet de cette dernière. Il est alors évident que la démarche rompt avec l'égalité formelle et abstraite : ayant constaté une inégalité de fait, l'auteur de la mesure veut l'atténuer.

¹ Sur cette notion et ces différentes applications dans des politiques publiques, voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Corpus, 2004.

² Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Elle s'inscrit toutefois aisément dans le droit communautaire. En effet, la C.J.U.E. fait référence au « principe d'égalité de traitement »¹. Il s'agit d'une appellation, reprise par les directives communautaires, et qui vise l'application du droit au fait et la prise en considération des cas concrets. Dans le même sens, la chambre sociale a repris cette appellation à son compte. La Haute juridiction judiciaire française affirme en effet clairement que les juges du fond doivent vérifier concrètement la pertinence de la justification de la distinction par rapport à l'espèce qui leur est soumise². L'employeur peut ainsi prendre en considération la différence de situations juridiques des salariés qui accomplissent des activités similaires, afin de mieux compenser financièrement la situation du plus précaire³. Ce type de politique compensatoire et correctrice semble également admise par la C.E.D.H. dès que cette dernière ne conclut pas par principe à la violation de l'article 14. La Cour vérifie simplement que le but est légitime et la mesure proportionnée. Par exemple, elle a admis qu'une loi anglaise puise « *corriger un déséquilibre dans les relations entre bailleurs emphytéotiques et preneurs occupants* »⁴.

En revanche, La démarche empreintée par le juge judiciaire français et par les deux juges européens ne semble pas celle suivie par le Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Le juge administratif et le juge constitutionnel demeurent rétifs à l'accueil de ce type de dispositifs. En effet, l'un et l'autre restent attachés à la conception abstraite de l'égalité⁵. A leurs yeux, ces politiques, qui distinguent entre les citoyens, apparaissent comme contraires au principe d'égalité devant la loi. Le propos doit néanmoins être nuancé. En réalité, le Conseil d'Etat, comme le Conseil constitutionnel, admettent dans certaines circonstances l'égalité

¹ Voir Introduction et conclusion de la Partie 1.

² Soc. 1^{er} juillet 2009, précité.

³ Soc.28 avril 2006, n° de pourvoi: 03-47171, *Bull.civ. V.*, n° 152, p. 146 : « *Attendu, cependant, qu'il n'y a pas méconnaissance du principe "à travail égal salaire égal" lorsque l'employeur justifie par des raisons objectives la différence des rémunérations allouées aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ; que pour l'application de ce principe, la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'en l'espèce le statut d'intermittent du spectacle d'une salariée, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, pouvaient justifier à son seul profit la différence de rémunération, la cour d'appel a violé les textes visés* ».

⁴ C.E.D.H. 21 février 1986, affaire James et autres c. Royaume-Uni.

⁵ A propos de l'égalité formelle, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

« dans » et « par » la loi¹. En particulier, l'égalité par la loi leur a permis de valider des politiques volontaristes telles que les politiques dites de « zonage »².

Le cœur de leur contrôle est l'objet de la mesure³. Le principe d'égalité ne suppose pas de contrôler celui-ci ; il commande seulement de vérifier l'adéquation entre lui et la distinction opérée⁴. Dans ces conditions, « *il est loisible* »⁵ au législateur ou au pouvoir réglementaire d'initier une politique préférentielle. Ainsi, des politiques préférentielles en matière d'urbanisme sont régulièrement déclarées conformes par le Conseil constitutionnel, le législateur étant fondé à prendre en considération la situation géographique⁶ ou économique. En particulier, le législateur peut adopter des politiques volontaristes au travers des politiques de « zonages ».

Les politiques dites de « zonage » consistent pour le législateur de délimiter les territoires qui bénéficieront de dispositifs avantageux. Ces politiques territoriales se concrétisent souvent par des mesures d'incitations fiscales⁷ ou sociales, comme des exonérations⁸. Il est remarquable que le Conseil constitutionnel, pour admettre la justification

¹ Sur ces trois conceptions du principe d'égalité voir J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'association Henri-Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, tome XIV, Dalloz, Paris, 1965, p. 343-360 ; + Partie 1, titre 1, chapitre 1.

² Voir *infra*.

³ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2, mais également Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 2.

⁴ Voir section 1, §2 *supra*.

⁵ Pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel, cf. par exemple C. const. 2000-442 DC du 28 décembre 2000 – Loi de finances pour 2001 : « *Considérant qu'en instituant un abattement sur certains revenus de capitaux mobiliers, en particulier ceux correspondant à des dividendes d'actions émises en France, le législateur a principalement entendu encourager l'acquisition de valeurs mobilières par de nouveaux épargnants ; qu'il lui était loisible, au regard de cet objectif, de supprimer cet avantage fiscal pour les contribuables dont le revenu net imposable excède le montant mentionné à la dernière tranche du barème de l'impôt sur le revenu ; que, loin de méconnaître l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une telle limitation du champ d'application des abattements en cause permet de mieux prendre en compte les facultés contributives des redevables concernés ; que, par suite, l'article 3, dont les effets de seuil ne sont pas excessifs, est conforme à la Constitution* ».

⁶ Voir par exemple C.const. 2000-436 DC - 07 décembre 2000 - Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains). De leur côté, les juridictions administratives considèrent traditionnellement qu'il est dans la « nature même » de la réglementation d'urbanisme de distinguer, en fonction de critères essentiellement géographiques, des zones dans lesquelles les prescriptions édictées par l'autorité compétente ont vocation à s'appliquer de manière différenciée, voir notamment C.E., 3 nov. 1982, n° 30396, Bonnaire, *Rec.* 1982, p. 363.

⁷ Voir en ce sens F. Mélin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité devant le service public à la diversité des territoires », *Cah. C.N.F.P.T.*, n° 48, 1996, p. 48.

⁸ Voir par exemple l'article 42 modifié de la loi d'orientation relative à l'aménagement et au développement du territoire n° 95-115 du 4 février 1995. Cet article fixe le régime des zones de redynamisation urbaine (ZRU), des

de telles politiques, se fonde le plus souvent sur l'intérêt général, en lieu et place de la différence de situation constatée dans les faits. Ainsi, dans sa décision du 26 janvier 1995¹, le Conseil valide une politique de « zonage » en ces termes :

« Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général »².

La distinction au sein même de la norme a pour objectif de tendre vers une véritable égalité dans les faits³. Une telle acception permet au législateur de mettre en place des dispositifs de solidarité et des politiques de redistribution⁴. Parfois, le Conseil constitutionnel souligne l'objectif d'égalisation poursuivie par le législateur. Il indique parfois que, loin de constituer une inégalité, un tel objectif en est l'expression même⁵.

Le principe constitutionnel d'égalité revêt deux aspects complémentaires : l'un, plutôt négatif, consiste à proscrire les discriminations arbitraires ou insuffisamment justifiées ; l'autre, davantage positif, repose sur le raisonnement suivant : pour parvenir à une égalité de fait, il est nécessaire de conférer des avantages aux uns qui engendrent des désavantages aux autres⁶.

La validation des politiques préférentielles connaît des prolongements en droit social. C'est ainsi que le Conseil a validé la troisième voie d'accès à l'École Nationale

zones urbaines sensibles (ZUS) et des zones franches urbaines (ZFU) qui permettent de concentrer des aides les plus fortes sur les quartiers les plus en difficulté.

¹ C.const. 94-358 DC - 26 janvier 1995 - Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire

² *Ibid*, Considérant 34.

³ Y. Madiot, « La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995. Présentation », *R.F.D.A.* 1995, p. 868 ; D. Rousseau, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement territorial », *R.F.D.A.* 1995, p. 876.

⁴ Par exemple, le Conseil constitutionnel, après avoir constaté que la région parisienne était placée dans une situation privilégiée notamment au regard des recettes fiscales, a estimé que l'institution d'un régime de solidarité intercommunale, s'exerçant au détriment de cette région et au profit d'autres régions moins favorisées, n'était pas contraire au principe d'égalité, cf. C.const. 91-291 DC, 6 mai 1991- Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, Rec. 1991, I, p. 445.

⁵ Dans la décision n°94-358 précitée le Conseil précise même à propos d'une procédure dérogatoire d'agrément pour la construction, la reconstruction, l'extension, le changement d'utilisateur ou d'utilisation de locaux servant à des activités professionnelles qu'une telle procédure « ... loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre », cf. Considérant 29 : C.const. 94-358 DC - 26 janvier 1995 - Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

⁶ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

d'Administration spécifiquement réservée aux personnes ayant exercé des fonctions électives pendant huit ans¹. Le droit de la fonction publique prévoit des avantages professionnels pour les enseignants en « zone prioritaire d'éducation » en matière d'ancienneté et de bonification indiciaire². Il n'est pas rare que ces politiques soient citées pour illustrer la politique de discrimination « positive à la française ». Toutefois, il paraît hasardeux d'y voir de véritables dispositifs de discriminateurs, car ils ne se fondent pas directement sur des critères appartenant à une liste discriminatoire. Ils font référence à des critères « sociogéographiques ».

Toutefois, il est évident que certains dispositifs, apparemment neutres au regard du droit antidiscriminatoire, sont en vérité des politiques qui visent à avantager des populations « cibles » définies sur un critère discriminatoire. La meilleure illustration provient de la Nouvelle-Calédonie. La France, bien avant le statut d'autonomie³ et pour mettre fin aux discriminations subies par la population kanakes, a mis en place un dispositif de recrutement préférentiel en faveur de ceux qui ont accompli leur formation sur le territoire d'outre-mer. Il est clair que le législateur entendait de cette manière favoriser le recrutement des kanakes et instituer une sorte de préférence « ethnique ». Le Conseil a validé la loi. Il a considéré que le législateur avait pris grand soin de ne pas se référer sur l'origine des personnes, mais sur le lieu de résidence et de formation. Cette utilisation des faux-semblants permet de valider de véritables politiques de discrimination « positive » sous couvert de politiques préférentielles qui ne sont soumises qu'à un contrôle « normal » du juge constitutionnel.

Cependant, le dialogue des juges peut susciter des situations embarrassantes. Ainsi, des politiques préférentielles qui ne seraient pas fondées directement sur un critère discriminatoire pourraient néanmoins tomber sous le coup des droits européens antidiscriminatoire. En effet, si des politiques de « zonages », telles que la création des Z.E.P. ou des Z.U.P., élaborées sur des critères territoriaux et sociaux, ne sont pas directement

¹ C.const. 82-153 DC, 14 janv. 1983, Troisième voie d'accès à l'ENA : *Rec.* 1983, p. 35.

² Voir la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991, *J.O.R.F.* du 18 Mars 1992 et la loi du 25 juillet 1994. Ces dispositifs n'ont pas été contestés sur le terrain du principe d'égalité, mais ils se sont vus étendus aux psychologues scolaires (cf. C.E. 14 juin 1996, Req. n° 153577) et aux rééducateurs en psychomotricité, cf. C.A.A. de Lyon 20 février 1998 (Req. N° n° 95LY02115).

³ Diverses lois ont eu trait à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, dernièrement voir : loi du 22 janvier 1988, dite " *statut Pons II* ".

discriminatoires, il est pourtant possible d'y déceler un effet discriminatoire en ce sens que ces politiques bénéficient à une population composée majoritairement de personnes portant un trait génératif de discrimination.

Ainsi, eu égard au phénomène discriminatoire dans la société française, ces dispositifs fondés sur des critères géographiques et sociaux recourent dans les faits des populations discriminées. Le caractère ethnique ou racial de telles politiques est souvent dénoncé¹.

Cependant, ce n'est qu'à travers le concept de discrimination indirecte qu'un tel phénomène discriminatoire peut être démontré. Or, le Conseil constitutionnel n'a pas recours à un tel concept, si bien qu'une loi validée par la juridiction constitutionnelle peut être considérée comme contraire aux législations européennes, qui appliquent aux critères de race et d'ethnie la discrimination indirecte. Différemment, les dispositifs créés par le législateur français pourraient également être soumis au « test » de la discrimination indirecte en raison du sexe, afin de vérifier si autant d'hommes que de femmes bénéficient des avantages ainsi créés.

Le dialogue des juges montre ici que la validation par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe d'égalité ne suffit pas à présumer le dispositif comme conforme à l'exigence d'égalité dès lors que celle-ci se déploie par delà les frontières nationales. Une personne pourra ainsi contester ces dispositifs, sur le fondement des droits européens, et demander à en bénéficier arguant d'une discrimination indirecte.

Ces considérations éclairent sans doute la récente décision du Conseil constitutionnel, du 30 juillet 2010², qui s'est résolument emparé de la nouvelle fonction dont l'a dotée le constituant. En effet, dans cette décision, il s'est fondé sur la pratique de la garde à vue qui est devenue – selon ses propres termes – « *la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause* »³. Il ajoute, au vu de l'augmentation du nombre de fonctionnaires de la police nationale et de militaires de la gendarmerie nationale, seuls habilités à mettre des personnes en garde à vue, ainsi que du

¹ Voir notamment G. Calvès, *La discrimination positive*, Que sais-je ?, P.U.F., Paris 2008, p.27.

² C.const.2010-14/22 - Q.P.C. du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres *Journal officiel du 31 juillet 2010*, p. 14198.

³ C.const., 2010-14/22 - Q.P.C. du 30 juillet 2010, *op.cit.*, considérant 16.

nombre important de mesures de garde à vue en 2009¹, que « *ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées* ».

Ainsi, la question prioritaire de constitutionnalité permet aujourd'hui au Conseil constitutionnel de remettre en cause la constitutionnalité d'une loi eu égard à sa mise en œuvre. Un tel raisonnement ne pourrait-il pas être appliqué aux politiques préférentielles ? Une réponse affirmative n'est pas exclue si l'on constate que la juridiction constitutionnelle s'est fondée sur des éléments de « faits », et en particulier des données statistiques. Celles-ci constituent en effet une méthode reconnue pour mettre à jour les phénomènes discriminatoires, notamment en matière de discrimination indirecte.

Enfin, un autre problème peut surgir du fait que les listes discriminatoires ne concordent pas en tout point de sorte qu'elles peuvent être source des divergences entre les jurisprudences sur un même dispositif.

Il en est ainsi à propos du critère de l'âge. Le critère de l'âge est souvent utilisé dans le cadre de politiques sociales qui visent à favoriser l'emploi des « seniors » et des « jeunes », qui sont les catégories de travailleurs les plus exposées au risque du chômage. Dès lors, nombre de dispositifs d'aides de retour à l'emploi ou d'assouplissement dans les conditions d'emplois sont destinés spécifiquement à ces catégories définies sur un critère d'âge.

Au regard du dialogue des juges et s'agissant de ces politiques d'emploi, une difficulté existe : l'âge ne figure pas parmi les critères discriminatoires institués par le constituant français ; de même, il n'est pas considéré par le C.E.D.H. comme appartenant au « noyau dur »². Or, ce critère est inscrit à la liste discriminatoire communautaire.

L'opposition entre le juge communautaire et les juges constitutionnel et européen réside alors dans la nature et l'intensité du contrôle.

La CJ.U.E admet parfois le recours au critère de l'âge en application du régime spécifique de la règle de non-discrimination. Pour autant, elle applique systématiquement un

¹ 790 000 mesures de garde à vue en 2009, cf. Considérant 18.

² Voir l'arrêt C.E.D.H. 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, (précité), s'agissant de l'âge de départ différencié à la retraite entre les hommes et les femmes.

contrôle strict pour apprécier la proportionnalité entre la discrimination en considération de l'âge et les objectifs des politiques préférentielles¹. Dans cette optique, elle considère généralement que le recours au seul critère de l'âge ne procède pas d'un « ciblage » suffisant sur les personnes qui éprouvent effectivement des difficultés pour retrouver un emploi.

En revanche, le Conseil constitutionnel admet facilement les politiques uniquement construites sur le critère de l'âge. Celles-ci sont justifiées selon lui par un motif d'intérêt général².

L'opposition porte alors sur la nature du contrôle : le Conseil constitutionnel et la C.E.D.H. opère un contrôle « normal », du principe d'égalité, alors que la C.J.U.E. opère un contrôle strict et propre à la non-discrimination. Par conséquent, des dispositifs respectueux, aussi bien de la jurisprudence constitutionnelle que de la jurisprudence européenne, ont de grandes chances de se voir déclarés comme contraire au droit communautaire.

535. Le problème des politiques préférentielles est tout autre lorsqu'elles sont directement fondées sur un critère discriminatoire. Il s'agit alors d'une discrimination « positive ».

II. LES PHÉNOMÈNES DISCRIMINATOIRES À L'ÉPREUVE DE LA NOTION DE DISCRIMINATION « POSITIVE » ?

536. La discrimination « positive » s'entend d'une politique qui vise à favoriser une catégorie de personnes physiques délimitée en fonction d'un critère discriminatoire. Une telle politique ne vise pas tant à compenser³ une discrimination passée ou actuelle, elle vise plus exactement à corriger, voire à effacer les phénomènes discriminatoires.

¹ Voir en particulier C.J.C.E. (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, *Rec. 2005 p. I-9981*.

² Voir par exemple C. const.2006-535, 30 mars 2006, Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, J.O. 2 avril 2006, p.4964, à propos du « contrat première embauche » qui ne peut être signé que par un salarié de moins de six ans, le Conseil affirme : « *les différences de traitement qui en résultent sont en rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution* » (considérant 17).

³ Cf. supra, introduction.

537. Pourtant, la définition de la notion de discrimination « positive » est sujette à caution¹. D'une part, elle fait l'objet de définitions doctrinales contrastées, si ce n'est divergentes (A). D'autre part, l'absence de définition commune aux différentes juridictions explique en grande partie le tâtonnement de leurs jurisprudences respectives (B).

A. LES DIVERGENCES DOCTRINALES

538. Certains inscrivent, à l'image des juridictions de droit public, les règles de non-discrimination dans le sillage du principe d'égalité. Dès lors, la définition des discriminations positives est large et recouvre une multitude de dispositifs juridiques.

À titre d'illustration, Madame Calvès désigne comme discrimination « positive »² tout à la fois une forme « *équitable de l'égalité* » et un instrument de lutte contre la discrimination³. Cette acception large permet d'inclure certainement les dispositifs propres à l'État providence qui substituent un principe d'égalité compensatrice ou correctrice à « *une stricte égalité entre les ayant-droits et entre les usagers* ». Mais sans doute comprend-elle également « *un traitement différencié et préférentiel qui vise à contrebalancer les effets de l'exclusion raciste ou sexiste* »⁴. Dans cette perspective, la discrimination « positive » vise à « *instaurer des inégalités pour promouvoir l'égalité* »⁵.

De manière proche, Monsieur Mélin-Soucramanien, dans sa thèse⁶, définit la discrimination « positive » comme « *une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser*

¹ A.-M. Le Pourhiet écrit d'ailleurs « *la discrimination est donc toujours un concept double face, de telle sorte que parler de discrimination seulement positive est un faux conceptuel, une imposture intellectuelle tendant à masquer, à mettre un cache, sur la face négative que l'on veut occulter* », cf. A.-M. Le Pourhiet « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001, p.168 ; Voir également D. Tharaud, *Contribution à une étude générale des discriminations positives*, Thèse Université de Limoges, 2006 : l'auteur évoque la pluralité des significations de la notion la métaphore d'un « serpent de mer juridique », p. 4

² Certains auteurs soulignent que la discrimination « positive » implique l'exclusion de certaines catégories de personnes du bénéfice de l'avantage. Dès lors la discrimination positive aurait pour envers une discrimination à rebours, cf. R. Pelloux, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *R.D.P.* 1982, p.909.

³ G. Calvès, *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La Documentation française, 1999.

⁴ *Ibid* p.3.

⁵ *Ibid*.

⁶ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op.cit.*

une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles »¹.

Cette définition appelle une première remarque : aucune jurisprudence étudiée n'impose de contrôle sur le caractère temporaire² d'une discrimination « positive », peu important que la notion soit définie de manière ample ou stricte. D'ailleurs, l'auteur lui-même, dans ses exemples, fait référence à des dispositifs qui ne sont aucunement temporaires. Il cite notamment la loi du 7 juillet 1979 portant suppression des limites d'âge d'accès aux emplois publics pour certaines catégories de femmes³. Outre le problème posé par la définition de cette notion aux contours incertains, l'auteur entend s'inscrire dans l'idée d'une « *discrimination positive à la française* »⁴, qui se distinguerait des politiques américaines connues sous le nom de « affirmative action ». Selon l'auteur « *contrairement au cas américain [...] où ces distinctions visent essentiellement à favoriser des minorités raciales afin de permettre leur intégration sociale, en France, ces mesures ont surtout pour objectif d'établir une plus grande égalité dans le domaine de l'emploi et en matière fiscale, non seulement entre les personnes en prenant en compte leur sexe, leur âge, ou l'existence d'un handicap, mais également entre les différentes composantes du territoire national* »⁵.

Néanmoins, il est possible de retenir avec l'auteur que la discrimination « positive » repose pour l'essentiel dans l'intention de son auteur de tendre vers « l'égalité réelle ».

¹ *Ibid*, p.207.

² En réalité, seul l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discriminations raciales (CERD) du 21 décembre 1965 prévoit ce caractère temporaire en ces termes : « *Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient.* ».

³ Loi n° 79-569 du 7 juillet 1979 portant suppression des limites d'âge d'accès aux emplois publics pour certaines catégories de femmes, *Journal officiel* du 8 juillet 1979. Voir F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op.cit.* p. 230. Sur une critique de la définition par Monsieur Mélin-Soucramanien, voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op.cit.*, p.210.

⁴ Dans le même sens J. Donzelot, C. Mével, A. Wyvekens, *Faire société. La politique de la ville aux États-Unis et en France*, Paris, Seuil, 2003 p.42.

⁵ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op.cit.* p.229. Pour une approche sociologique et comparative de cette question entre la situation de la France et des États-Unis d'Amérique, Voir L. Wacquant, *Parias urbains. Ghetto, banlieues, État*. La Découverte, Paris, 2006.

D'autres auteurs encore insistent sur la démarche concrète de la discrimination « positive ». Pour Monsieur Auvret, ces politiques « consistent... à concevoir le principe de non-discrimination comme une dynamique qui prend en compte le contexte social »¹ et l'auteur d'ajouter que leur « finalité est [...] d'assurer au principe d'égalité sa force réelle, c'est-à-dire rapprocher l'égalité de fait de l'égalité de droit »².

539. Dans une perspective analogue, peut-on citer encore la référence aux vases communicants. Ainsi, Madame Le Pourhiet précise « qu'une différenciation... n'est discriminatoire que si elle conduit à accorder aux uns des "avantages" qu'elle refuse aux autres, c'est-à-dire que la discrimination suppose un système de vase communicant, qui sera d'autant plus visible dans un contexte de rareté (emplois, places, postes, ou même simplement exonérations fiscales des uns se répercutant directement ou indirectement sur les autres contribuables) »³. La référence aux vases communicants fait référence aux quotas, qui permettent de lutter contre l'exclusivité d'accès à l'avantage par ceux qui ne portent pas le caractère discriminant et permettent de ménager une place à ceux qui sont discriminés. Ainsi, la loi du 11 février 2005⁴ impose une proportion de 6 % de personnes handicapées⁵ dans l'effectif⁶ de toutes entreprises occupant 20 salariés et plus⁷. Cette proportion équivaut à la proportion de personnes handicapées dans la population française. Le quota vise ainsi à ce que l'effectif de l'entreprise reflète la population française. L'image des vases communicants illustre l'idée de correction inhérente à la discrimination positive. Ainsi, les procédures d'entrée à Science Po » en faveur d'élèves de certains lycées en ZEP⁸ ou la troisième voie de recrutement à l'E.N.A., souvent présentés comme des politiques de discrimination

¹ P. Auvret « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *R.D.P.* 1983, p.1571.

² *Ibid* p.1594

³ A.-M. Le Pourhiet, « Discrimination positive ou injustice », *R.F.D.A.*, Paris, mai-juin 1998, p.521.

⁴ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁵ Ce quota ne vise pas uniquement les personnes handicapées, mais également les victimes d'accidents du travail, les personnes bénéficiant d'une pension invalidité, les veufs ou orphelins de guerre.

⁶ L.5212-2 du Code du travail.

⁷ L.5212-1 du code du travail.

⁸ A titre d'illustration, dans l'arrêt du 17 septembre 2007, le Conseil d'État affirme qu'il n'y a pas de rupture d'égalité dans l'attribution de bourse au mérite spécifiquement aux étudiants provenant des établissements situés en ZEP et les autres bourses du même type, dans la mesure où les premières ressortent d'un contingent supplémentaire, dont l'attribution repose sur la prise en considération de leur situation différente. C.E., 4ème sous-section jugeant seule, 17 septembre 2007, 291548, *Inédit au recueil Lebon*.

« positive », n'entrent pas en réalité dans cette qualification, car ces voies d'accès n'emportent pas de réduction des postes dans les autres voies¹.

La critique que l'on peut adresser à chacune de ces définitions est qu'elles sont trop englobantes. Elles visent pour l'essentiel à démontrer que les juges ne se sont pas arrêtés à une conception formelle de l'égalité et ont permis aux autorités nationales de conduire de véritables politiques préférentielles à destination de catégories précises de bénéficiaires. Établir une définition aussi compréhensive, conduit à inclure dans la catégorie des discriminations « positives », des politiques dont il n'a jamais fait de doute qu'elles étaient soumises au contrôle du principe d'égalité, et, en particulier, qu'il est possible de les justifier par le constat d'une différence de situation² ou encore par l'invocation de l'intérêt général³. Mais dans ces hypothèses, il ne s'agit en aucun cas de politique qui recourent à un critère discriminatoire jugé en principe illicite. Certes, ces politiques visent à instituer une « préférence », mais elles ne sont pas soumises au même contrôle par les juridictions, c'est pourquoi d'autres auteurs retiennent une définition plus étroite.

540. Madame Renault apporte sans doute la définition la plus restrictive de la discrimination positive. Selon elle, « pour identifier une discrimination positive, il faut que l'on soit en présence d'un groupe d'individus suffisamment défini, d'une discrimination structurelle dont les membres de ce groupe sont victimes, et enfin d'un plan établissant des objectifs et définissant des moyens à mettre en œuvre visant à corriger la discrimination envisagée. Selon les cas, le plan est adopté, voire imposé par une autorité publique ou est le fruit d'une initiative privée »⁴. La discrimination « positive » tend à « corriger une situation discriminatoire engendrée par un comportement collectif et inconscient »⁵.

¹ Voir O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit p.208.

² Comme c'est souvent le cas par exemple en matière fiscale. Voir Partie 1 Titre 1 ; voir également, P. Delvolvé, *Le Principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit.

³ Comme c'est le cas s'agissant de l'âge : voir sur cette question E. Durlach-Vallerin, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006.

⁴ B.Renault « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », R.T.D.H., 1997, p. 425 p.427. Dans le même sens O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit p. 208 et suivantes.

⁵ *Ibid* p.209.

Reprenant cette définition, Madame Bui-Xuan¹ fait ressortir trois critères déterminants. Tout d'abord, les personnes avantagées sont toutes des individus appartenant au groupe auquel l'autorité entend consentir certains droits et certaines garanties propres. Cela suppose qu'ils aient en commun un trait distinctif stable, parfois qualifié de « *marqueur social ascriptif* »². Cette référence au groupe n'est pas habituelle en droit positif français. Comme l'explique Madame Lochak, « *Les "catégories" ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'abstrait qui rassure ; les groupes ont, à l'inverse, une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent* »³. Ensuite, il importe que les membres de ce groupe aient été victimes en droit ou en fait de pratiques discriminatoires qui, généralement, sont répétées et symptomatiques. Enfin, les mesures juridiques prises dans le cadre de la politique de discrimination « positive » doivent chercher la réalisation d'un certain résultat. Ce peut être l'égalité avec l'ensemble de la population ; ce peut être encore la volonté que le groupe considéré acquière une certaine représentativité au sein de la société civile, au sein de l'entreprise, etc. au regard d'un pourcentage prédéfini.

Cependant, une telle définition n'apparaît plus d'actualité. En effet, la discrimination « positive » est ouverte, notamment à tous les critères discriminatoires de la liste communautaire⁴. Or, parmi ces critères figurent les croyances et la religion. La règle de non-discrimination vise à protéger non plus un trait phénotypique, mais une liberté. Si certaines communautés religieuses peuvent éventuellement être qualifiées de « groupes », toutes les

¹ *Ibid* p. 213

² D. Sabbagh, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, 1999, p.177.

³ D. Lochak, « L'autre saisi par le droit », in *L'autre, Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Presses de Sciences po', 1996, p.192.

⁴ Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail - 27 novembre 2000 *Journal officiel* n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022, voir article 7 « *Action positive et mesures spécifiques. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1er. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail* ». et Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *Journal officiel de l'UE* n° L 180 - 19/07/2000, Directive 2006/54/CE du parlement européen et du conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *Journal officiel de l'UE* L 204 - 26/07/2006.

croyances ne donnent pas lieu à identification suffisamment forte pour constituer une « communauté d'appartenance », qu'il s'agisse de croyances philosophiques ou des agnostiques ou athées. En effet, ces dernières croyances sont également protégées par la règle de non-discrimination et aucune disposition ne les exclut d'éventuelles politiques de discrimination « positive »¹. Il apparaît alors que la discrimination « positive » est une justification ouverte à tout auteur de politique préférentiel à une catégorie de personnes définie sur le fondement d'un critère discriminatoire. La discrimination « positive » suppose donc le recours direct à un critère suspect, en dehors des cas où ce recours est autorisé. Elle vise une politique préférentielle qui vise toutes les personnes appartenant à la catégorie, peu importe qu'elles aient été victimes de discrimination par le passé. Enfin, la discrimination « positive » n'est admise que si elle vise l'objectif d'éradiquer la discrimination de droit ou de fait. Elle vise donc un résultat. Une telle définition permet de mieux rendre compte de l'orientation des jurisprudences.

B. LE TÂTONNEMENT JURISPRUDENTIEL

541. La tâche des juges face à une politique de discrimination « positive » est mal aisée. D'un côté, la discrimination directe impose de tenir tout recours à un critère discriminatoire comme suspect et fait l'objet d'un contrôle strict. D'un autre côté, la discrimination « positive » s'inscrit dans une exigence de justice sociale qui vise à réaliser la finalité ultime des règles de non-discrimination, à savoir l'élimination des phénomènes discriminatoires. Les juges sont donc confrontés à des actes ou traitements, qui *prima facie* devraient être condamnés, mais qui constituent dans le même temps des moyens pour parvenir à l'objectif qui leur est assigné. La gêne est d'autant plus grande que la discrimination « positive » est une politique de faveur au bénéfice d'une catégorie définie sur le fondement d'un critère discriminatoire et contrevient à « l'aveuglement » souvent prescrit par les règles de non-discrimination. Les jurisprudences relatives au critère du genre sont à cet égard éloquentes.

Le droit communautaire s'est montré depuis longtemps ouvert aux discriminations « positives ». La commission européenne a initié un certain nombre de politique qui

¹ Il n'en va pas toujours ainsi selon les motifs. En effet, dans le droit du travail français l'article L.1142-4 réserve la discrimination « positive » uniquement en faveur des femmes.

s'inscrivent dans une politique en faveur des femmes. La directive 76/207 du 9 février 1976, la première, prévoyait en son article 2§4 la possibilité de recourir à ce type de politique. Toutefois, la C.J.U.E. s'est toujours montrée stricte en la matière. Dès sa décision du 25 octobre 1988¹, la Cour censure certaines dispositions de droit interne qui laissaient survivre des règles en faveur des femmes en dehors même des exceptions définies alors par le pouvoir réglementaire. Ainsi, le droit communautaire, contrairement à ce que semblait admettre le droit français, ne considère pas comme admissibles toutes politiques en faveur des femmes. Le principe est la neutralité dans la considération du sexe des individus, alors même que l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 vise une garantie en faveur des femmes. La C.J.U.E. précise en outre :

« ... la directive ne fait obstacle ni aux mesures relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ni à celles visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affecteraient les chances des femmes dans les domaines couverts par la directive »².

La C.J.U.E. va réaffirmer son contrôle strict à l'égard des politiques de discriminations positives dans la jurisprudence *Kalanke*³. En l'espèce, une loi du land de Brême prévoyait que, lors des recrutements, dans des secteurs où les femmes étaient sous-représentées, les candidates ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins devaient être prises en considération en priorité. La Cour adopte une solution très ferme pour censurer un tel dispositif :

« Il y a donc lieu de répondre à la juridiction de renvoi que l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive s'oppose à une réglementation nationale qui, comme en l'espèce, accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de

¹ C.J.C.E. 25 octobre 1988, Commission des Communautés européennes contre République française, Aff. 312/86, *Rec. 1988 p. 6315*.

² *Ibid.*

³ C.J.C.E., 17 oct. 1995, aff. C 450/93, E. Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, *Rec. C.J.C.E. 1995, I, p. 3069*, spécialement point 22.

personnel concernée et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme »¹.

La doctrine a souligné l'interprétation particulièrement stricte de la Cour². Toutefois, la position ferme de la Cour a incité les juges nationaux à opérer un contrôle strict sur tous les dispositifs qui réservent un traitement préférentiel aux femmes³. Le simple fait de considérer que le dispositif institue un bénéfice en faveur de la catégorie la plus généralement victime de discrimination ne suffit pas à la justifier sur le terrain de la discrimination « positive ». La jurisprudence communautaire interdit donc des mesures trop systématiques et trop générales. La fermeté de la C.J.U.E. n'a pas échappé aux juridictions nationales. Nombreuses sont celles qui ont modifié leur jurisprudence qui était souvent bienveillante à l'égard des mesures préférentielles en faveur des femmes.

Néanmoins, la C.J.U.E. a assoupli sa jurisprudence. Dorénavant, elle interdit essentiellement les politiques de discrimination « positive » assises sur des quotas⁴ rigides⁵. La Cour admet désormais des quotas dits « flexibles » ou « souples ». Ces qualificatifs visent en particulier ceux comprenant une « clause d'ouverture »⁶.

Les juges français, judiciaire et administratif, ont adopté la même fermeté. Cependant, jamais ils n'ont défini positivement ce que l'un et l'autre entendaient par politique dite « d'action positive » ou par « discrimination positive » ni même déterminé quelques critères permettant de les caractériser. Si ces politiques ont bel et bien fait l'objet d'un dialogue, les juges nationaux se conformant à la jurisprudence de la C.J.U.E., leur définition reste pour l'instant indéterminée. En outre le dialogue est entravé du fait que la Cour de cassation et le

¹ *Ibid*, Point 24.

² Voir en particulier, M.-T. Lanquetin, « De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke », *Dr.Soc.* 1996, p. 498.

³ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2.

⁴ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2.

⁵ A l'exception des politiques en faveur des personnes handicapées. Toutefois, une telle ouverture en faveur des politiques d'insertion professionnelle des handicapés peut s'expliquer en raison de la nature de la règle discriminatoire qui vise non pas la prohibition du recours à ce critère mais bien l'encadrement de son utilisation par des règles procédurales et de justification. Voir la jurisprudence Kalanke (précitée) et C.J.C.E., 6 juill. 2000, aff. C 407/98, Katarina Abrahamsson et Leif Anderson contre Elisabet Fogelqvist, Rec. 2000, I, p. 5539.

⁶ C.J.C.E., 11 nov. 1997, aff. C 409/95, H. Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen : Rec. 1997, I, p. 6383; C.J.C.E., 28 mars 2000, aff. C 158/97, G. Badeck et a. c/ Hessische Ministerpräsident : Rec. 2000, I, p. 1875, spécialement point 38.

Conseil d'Etat connaissent peu de contentieux en la matière, si bien que les occasions de dialogue sont rares.

Les seules mesures qui, dans toutes les jurisprudences, peuvent être directement fondées sur le genre sont celles qui protègent *ex ante* et *ex post* la maternité. En effet, il serait difficile de nier que seules les femmes¹ portent l'enfant, et sont donc en mesure de jouir de ce régime protecteur. La C.J.U.E.², reprise par la chambre sociale de la Cour de cassation³, a décidé que l'employeur pouvait décider de verser une indemnité aux femmes sur le seul fondement de leur grossesse, afin de compenser les implications désavantageuses de leur état sur leur carrières⁴. Dès lors, l'employeur peut améliorer le régime protecteur de la maternité, sans que cela ne constitue une discrimination.

Du point de vue du dialogue des juges, il est intéressant de souligner que la Cour de cassation, lorsqu'elle censure des décisions rendues en la matière par les juges du fond, n'a de motivation que celle contenue dans la décision de la C.J.U.E. saisie à l'occasion d'une question préjudicielle. La chambre sociale montre ainsi sa volonté de se conformer au droit communautaire. En l'espèce, il apparaît pourtant que ni la juridiction communautaire, ni la juridiction judiciaire n'assimilent le régime protecteur de la grossesse à une politique de discrimination « positive ».

Le législateur communautaire a pris grand soin d'ailleurs de toujours distinguer les deux⁵. La protection de la grossesse repose bien sur une règle de non discrimination ; mais il convient immédiatement de préciser qu'il s'agit d'une règle de non-discrimination dont la

¹ A l'exception des transsexuels qui sont civilement des hommes, mais qui auraient conservé leurs organes reproducteurs féminins. Voir la dépêche A.F.P du 3 juillet 2008 relatant l'accouchement d'un transsexuel américain.

² C.J.C.E. 16 septembre 1999, Abdoulaye, aff. C-278/98, *Rec.p.* I-5723.

³ Deux arrêts : Soc. 11 octobre 2000, 98-46.433, Inédit et Soc. 11 octobre 2000, 98-44.191, Inédit.

⁴ « Mais attendu que, dans un arrêt du 16 septembre 1999 (Abdoulaye et Régie nationale des usines Renault), la Cour de justice des communautés européennes a décidé que le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 119 du traité CE ne s'oppose pas au versement d'une allocation forfaitaire aux seules salariées qui partent en congé de maternité dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour celles-ci de leur éloignement du travail ; que les moyens ne sont pas fondés » Soc. 11 octobre 2000, 98-46.433.

⁵ Ainsi dans la directive 2006/54, *op.cit.*, le législateur communautaire réserve la possibilité d'« actions positives » en son article 3, qui sont distinguées des mesures en faveur de la grossesse et la maternité prévues dans son article 29.

teneur ne consiste pas en une prohibition, mais en un encadrement du recours au critère du sexe. Ainsi peut-on la qualifier de manière plus précise de discrimination-suspicion¹.

Le simple fait de ne pas respecter ce régime conduit, en général, au constat d'une discrimination. La finalité de ce régime consiste non seulement à protéger la femme enceinte, mais également à protéger l'enfant à naître. Ainsi, ce type de règle de non-discrimination permet d'inclure aussi bien des mesures de politiques natalistes², que des mesures visant à corriger les effets négatifs sur leurs carrières. La C.J.U.E. d'ailleurs invite à prendre de telles mesures « positives », notamment en matière de formation ou de maintien de la rémunération³ au moment du retour du congé maternité. Les juges vérifient donc que la mesure soit directement en lien avec la grossesse.

Ils n'appliquent pas le contrôle strict propre à la discrimination « positive ». Ces jurisprudences concordantes entre la C.J.U.E. et la chambre sociale, incitent donc à distinguer selon l'objet de la règle de non-discrimination. Ainsi, lorsque la règle de non-discrimination vise la prohibition du recours au critère discriminatoire, son utilisation ne peut être justifiée uniquement par l'exception d'exigence essentielle et déterminante de l'activité ou la discrimination « positive ». En revanche, si la règle de non-discrimination vise à encadrer le recours au motif discriminatoire – peu important sa visée préférentiel –, il suffit de constater que cette utilisation est conforme aux prescriptions procédurales et de justifications. Le régime de la grossesse⁴ illustre bien le difficile départ entre ce qui relève, au sein des règles de discrimination, de la prohibition et de la suspicion. En outre, les jurisprudences *Abdoulaye*⁵ impliquent que, lorsque le législateur fixe une règle de non-discrimination qui vise à encadrer le recours à un critère discriminatoire particulier, l'employeur est, dans le même temps, habilité à poursuivre l'œuvre du législateur. Ainsi, les mesures d'aménagements raisonnables

¹ Voir sur ce concept Partie 2 Titre 1 Chapitre 2

² Il s'agit de politiques visant à encourager les femmes à avoir des enfants. Ainsi en est-il des allocations familiales dont le montant augmente de manière exponentielle en fonction du nombre d'enfants.

³ A propos du régime de la maternité dans le dispositif antidiscriminatoire communautaire, cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, II, B.

⁴ M.-T. Lanquetin « Application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes à deux salariées de sexe féminin », *D.* 1998 p. 259.

⁵ C.J.C.E. 16 septembre 1999, *Abdoulaye*, aff. C-278/98, *Rec.* p. I-5723 et Soc. 11 octobre 2000, 98-46.433, *Inédit* et Soc. 11 octobre 2000, 98-44.191, *Inédit*. En effet, outre que les juridictions ont eu à se prononcer sur la même espèce, leur motivation et, consécutivement, leur solution sont concordantes.

prises en faveur de personnes handicapées ne constituent pas une politique de discrimination « positive ». En effet, les aménagements raisonnables font l'objet d'applications concrètes au cas par cas, variables selon la nature du handicap, ou des aménagements possibles du poste ; ils ne traduisent que la prise en compte de l'état de santé du salariés.

En revanche, la fixation du quota rigide d'emploi de 6 % de personnes handicapées dans les entreprises peut être qualifiée de discrimination « positive »¹. Cela poursuit une politique publique globale qui vise à ce que la population au sein de l'entreprise soit à l'image de la société².

Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à connaître de contestation relative au quota des handicapés prévu par le Code du travail³. En l'instituant, le législateur n'a pas entendu distinguer selon le type de handicap⁴, ou selon le type de poste. Mais ce qui est le plus remarquable tient à l'obligation pour l'employeur, au moment du recrutement, de prendre en considération le handicap. Il ne peut donc ignorer l'état physique, physiologique ou psychique du candidat à l'emploi ; obligation qui se trouve amplifiée par l'existence d'un quota « rigide ».

Finalement, la discrimination « positive » consiste à prendre en compte un critère discriminatoire, en principe prohibé, soit pour fixer des quotas « rigide » soit pour tendre vers un objectif - ce qu'on appelle également des quotas « souples » - en vue de compenser la fragilité physique ou sociale des certains groupes de personnes. Cependant, on ne saurait parler de discrimination « positive » par le seul fait de prendre en compte la situation et la fragilité de ces personnes.

¹ Art. L. 5212-2 *Code du travail* : « Tout employeur emploie, dans la proportion de 6% de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13 ».

² Une telle orientation constitue d'ailleurs les prémices de la diversité, voir section 2, *infra*.

³ Les dispositifs en faveur des personnes handicapées font rarement l'objet d'une saisine du Conseil, en raison du caractère consensuel de ces politiques. La seule contestation sur le fondement du principe d'égalité relative au dispositif applicable aux personnes handicapées concerne l'exclusion du bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés aux personnes affectées des incapacités les moins graves, qui a été rejeté par le Conseil, cf. C. Const. 29 décembre 1993, n° 93-330 DC, Loi de finances pour 1994. Mais on ne peut exclure qu'elle puisse un jour être contestée par le biais de l'exception de constitutionnalité récemment instaurée.

⁴ Précisions toutefois que l'article L. 5212-13 contient une liste des personnes qui « bénéficient de l'obligation d'emploi institué par l'article L. 5212-12 ». Toutefois, il est fait référence au 1° de cet article des « travailleurs reconnus handicapés reconnus par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées [...] »

542. Le Conseil constitutionnel a adopté une jurisprudence concordante avec celle de la C.J.U.E. Il retient une conception restrictive en particulier s'agissant de la discrimination « positive » en raison du genre¹ et de la question de la parité hommes-femmes. Dans une décision de 1982², il censure une disposition de la loi dite « Roudy » qui prévoyait que les listes électorales ne pouvaient être constituées à plus de 75 % de membres d'un seul genre. Une telle disposition visait à ce que les listes électorales soient composées d'au moins 25 % de femmes. Il faudra une révision de la Constitution pour surmonter l'obstacle jurisprudentiel, et affirmer ainsi la parité en politique³. Par la suite, la réticence du juge constitutionnel restera palpable. Ainsi a-t-il refusé l'extension de la « parité » aux listes présentées lors des élections au Conseil supérieur de la magistrature⁴. Il a admis, mais sous réserve d'interprétation, l'objectif d'une représentation équilibrée d'hommes et de femmes dans la composition des jurys en charge de la validation des acquis de l'expérience⁵. A cet égard, il convient de

¹ Notons que bien avant que le débat sur la discrimination « positive » pénètre en France et soit saisi par les politiques et les juristes, le Conseil constitutionnel avait validé des dispositifs qui peuvent être qualifiés comme tel, cf. C.const. 60-6 DC du 15 janvier 1960 Décision n° 60-6 DC- Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 et C.const. 99-410 DC - 15 mars 1999 - Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. Voir également du statut de la Corse cf. C.const. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, cf. B. Genevois, « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *R.F.D.A.* 1991 p. 407.

² C. const., 18 novembre 1982, déc. n° 82-146 DC : *Rec.* 1982, p. 66.

³ Révision constitutionnelle loi n°99-569 ; C. const., 30 mai 2000, déc. n° 2000-429 DC, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives : *Rec.* 2000, p. 21, spécialement point 7 ; loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 et n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs ; loi n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général, cette dernière n'ayant pas fait l'objet de contestation sur el fondement d'une discrimination en raison du genre.

⁴ C.const., 19 juin 2001, déc. n° 2001-445 DC, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, spécialement point 57.

⁵ C.const. 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, cf. « 115. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux jurys prévus par les articles 134 et 137 de la loi déferée, les membres desdits jurys occupent des " dignités, places et emplois publics " au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que les articles 134 et 137, qui reprennent la formulation retenue par la loi susvisée du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que, sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution ».

remarquer que le Conseil d'État a fait sienne la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel¹.

543. La fermeté du Conseil constitutionnel n'est pas sans rappeler celle des juges communautaires quant à l'appréciation restrictive des politiques préférentielles en faveur des femmes.

Dans un autre domaine, il² a eu à connaître en 2003 de la réforme du régime des retraites³. Le législateur a en effet fait suite aux jurisprudences conjuguées du Conseil d'État et de la C.J.U.E.⁴, qui avaient qualifié de discriminatoires les dispositions en matière de pensions vieillesse en faveur des femmes. Le législateur a alors décidé de maintenir une majoration, tout du moins à titre transitoire, de leur durée d'assurance pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant⁵. Cette disposition a été validée par le Conseil en ces termes :

« Considérant que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ;

Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieure de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait

¹ C.E., 22 juin 2007, n° 288206, Lesourd ; P. Cassia, « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », J.C.P.-A- 2007, n°41, p.35.

² C. Const., n° 2003-483 DC du 14 août 2003.

³ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, J.O. du 22 août 2003, p.14310.

⁴ C.E. 29 juillet 2002, n°14112, Griesmar et C.J.C.E., 29 novembre 2001, aff. C-366/99, Joseph Griesmar c/ République française.

⁵ Article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale.

maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ;

Considérant que les requérants demandent au Conseil constitutionnel de juger qu'une mesure analogue à celle prévue à l'article 32 devra intervenir pour les hommes comme pour les femmes ; que le Conseil constitutionnel ne saurait, sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution, adresser une telle injonction au législateur ; qu'au demeurant, la mesure demandée ne ferait, en l'état, qu'accroître encore les différences significatives déjà constatées entre les femmes et les hommes au regard du droit à pension » .

Le Conseil constitutionnel semble ébaucher les conditions de validité d'une discrimination « positive »¹. Tout d'abord, il constate le caractère discriminatoire *prima facie* de la mesure, c'est-à-dire qu'elle est directement fondée sur un critère prohibé, en l'occurrence le sexe². Ensuite, il prend en considération la volonté du législateur de vouloir lutter contre une inégalité de fait constatée entre les hommes et les femmes dans le niveau des pensions et souligne les effets discriminatoires à l'encontre des femmes si une telle disposition était supprimée³. Enfin, il affirme ne pas lui appartenir d'imposer au législateur une égalité entre les hommes et les femmes⁴ : ce dernier est en droit de distinguer entre les hommes et les femmes en particulier lorsqu'il vise à combattre une inégalité de fait. La seule condition exigée par le juge constitutionnel consiste dans la conformité de l'objectif à l'intérêt général⁵.

Pour autant, on ne saurait nier que l'interprétation du Conseil constitutionnel demeure stricte. Il considère en effet que « *si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraires aux exigences constitutionnelles [...], elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la*

¹ Dans le même sens D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2003 », *R.D.P.* 2004, n° 1, spécialement p. 30 et G. Calvès « Le Conseil constitutionnel français et la réforme des retraites : une occasion manquée pour le développement du contentieux de l'égalité entre les sexes (à propos de la décision 2003-483 DC du 14 août 2003) », in M. Tsujimura et D. Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Société de législation comparée, 2006.

² Considérant 24.

³ Considérant 25.

⁴ Considérant 26.

⁵ Considérant 25.

considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »¹. La juridiction constitutionnelle a invalidé, comme contraires au principe d'égalité, des dispositions imposant le respect de proportions déterminées entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle. En particulier était visée la parité au sein des organes collégiaux des sociétés privées et des entreprises² du secteur public, mais encore dans les listes de candidats aux élections prud'hommales et professionnelles dans l'entreprise et la fonction publique. La démarche du Conseil constitutionnel est intéressante à plusieurs égards. En effet, elle reconnaît au législateur la possibilité de rechercher « *un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives* »³. Néanmoins, ce qui pourrait justifier une politique de discrimination « positive » se trouve confronté à une règle d'égalité établie par le constituant lui-même : l'accès aux emplois doit se faire sur la base de considération fondée sur la « capacité » et « l'utilité commune ». Le législateur ne peut écarter sous prétexte de discrimination « positive » l'illicéité des critères de distinction décidée par le constituant lui-même. Ces deux références peuvent dérouter. En effet, « l'utilité commune » est un concept visé à l'article 1^{er} de la D.D.H.C. et la capacité est visée à l'article 6 du même texte. Or, le Conseil n'est jamais venu préciser la signification de ces deux concepts. Communément, en doctrine, l'« utilité commune » se voit assimilée à l'intérêt général⁴ tandis que la référence aux capacités est réservée à l'accès aux emplois publics. Or, la loi, en l'espèce, vise également des personnes morales ou des institutions de droit privé.

¹ C. const., 16 mars 2006, déc. n° 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

² Cette question a été récemment débattue devant l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010 suite à la proposition de loi n°2140 déposée le 3 décembre 2009 par quatre députés de la majorité parlementaire. Celle-ci ne vise pour l'heure que les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes cotées en bourse mais suggère l'instauration d'une parité absolue. Cf. www.assemblee-nationale.fr

³ Considérant 15. L'interprétation restrictive qui cantonnait la « parité » au domaine des élections politiques n'est plus aujourd'hui de mise, car la réforme constitutionnelle du 21 juillet 2008 a introduit la possibilité de recourir à la différenciation « positive » en faisant passer la protection de l'égalité des sexes de l'article 3 à l'article 1er de la Constitution et en y ajoutant un nouvel alinéa ainsi rédigé : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

⁴ G. Braibant dans « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État » in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989. Voir également, d'un point de vue privatiste, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 2004.

En considérant que « *la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités ne peut faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune* », le Conseil constitutionnel étend donc le champ d'application des dispositions constitutionnelles. De cette manière, il parvient à censurer des quotas « rigides », qui imposaient des proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein de différents organes¹.

544. S'il est possible d'estimer que les juges communautaires et constitutionnels peuvent amener à des solutions antagonistes en matière de discrimination « positive », elles apparaissent tout du moins concordantes sur deux points. Tout d'abord, elles sont attachées à la prohibition du recours au critère du genre, dont l'utilisation, au sein de la discrimination « positive », ne peut être qu'exceptionnelle et suppose donc une interprétation stricte. En outre, les deux juridictions condamnent, s'agissant des règles de non-discrimination-prohibition, les quotas « rigides », qui fixent une proportion, un pourcentage à respecter ou du moins à atteindre².

545. En revanche, toutes les deux admettent, toujours à propos de règles de non-discrimination-prohibition des quotas « souples » pour la C.J.U.E., des objectifs « paritaires » pour le Conseil constitutionnel, qui permettent de prendre en compte d'autres critères que le critère discriminatoire dans la sélection opérée. Elles évincent ainsi toute automaticité fondée sur le critère discriminatoire.

546. Cette convergence s'explique essentiellement par l'adhésion commune à l'égalité des chances. Celle-ci est difficile à appréhender et fait l'objet de débat quant à son contenu même. Selon Monsieur Poirmeur, « *l'idée de chance renvoie donc à la fois à un objet valorisé, dont l'obtention est considérée comme un bonheur, et au caractère incertain, hasardeux et*

¹ En l'occurrence au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique.

² Le réalisme du législateur le conduisant en effet, s'agissant de l'emploi des handicapés, à prévoir des dispositions permettant aux employeurs de « *s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi* » prévu à l'article L. 5212-2 du Code du travail, cf. articles L. 5212-6 et s. *Code du travail*. Il s'agit là, d'une discrimination-suspicion, qui semble pouvoir receler des quotas « rigides ».

aléatoire de son obtention »¹. L'égalité des chances vise une concurrence « parfaite », dépourvue de tous les stéréotypes qui pourraient entraver une bonne évaluation des capacités et mérites de chacun des concurrents. C'est une égalité de départ et non de résultat.

547. Le président Lyndon Johnson lors de la mise en place de politiques d'« affirmative action » en faveur de l'intégration des « Noirs » a utilisé une métaphore qui illustre la philosophie de l'égalité des chances : « *On n'efface pas les cicatrices laissées par les siècles en disant : "maintenant tu es libre d'aller où tu veux, de faire ce que tu désires, de choisir les dirigeants qui te conviennent". On ne prend pas quelqu'un qui, pendant des années a été entravé par des chaînes pour le libérer, l'amener sur la ligne de départ d'une course, lui dire "tu es libre de concourir avec tous les autres", et croire qu'ainsi on a été complètement loyal* »².

548. Ainsi, la discrimination « positive » vise l'égalisation sur la « ligne de départ » et non sur celle d'arrivée. Pour cette raison, la C.J.U.E. et le Conseil constitutionnel refusent les quotas « rigides » en matière de discrimination sexuelle, car ceux-ci imposent une égalité sur la « ligne d'arrivée » ; du moins si l'on veut bien admettre que l'important aux yeux des juges est l'embauche, l'accès à ce « bien » qu'est l'emploi³. L'utilisation de quotas supposent ainsi la mise à l'écart de candidats qui, éventuellement, sont plus aptes. Les deux juridictions veillent donc à ce que soit préservée la sélection sur les mérites respectifs des concurrents. Dès lors, la discrimination « positive » est réduite à l'autorisation de prendre en considération un critère discriminatoire, à condition qu'il ne constitue pas l'unique critère de sélection et qu'il ne supplante pas l'objet même de la sélection, à savoir recruter une personne compétente. Dans cette perspective est la discrimination « positive » apparaît bien comme une justification du recours à un critère discriminatoire en dehors des cas où celui-ci est autorisé, à

¹ Y. Poirmeur, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (sous la direction de), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, spécialement p. 93.

² Nous reprenons la traduction du discours d'Howard réalisée par G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., 1998 p. 31.

³ Cf. J. Rawls, *La théorie de la justice*, Seuil, 1997, C. Audard (trad.)

condition de poursuivre une finalité d'égalisation des conditions et de demeurer un critère accessoire dans le processus de décision¹.

549. Enfin, la C.E.D.H. n'a pas été confrontée à de véritables dispositifs de discrimination « positive ». En matière de discrimination sexuelle, la Cour affirme clairement le caractère suspect d'un tel critère de distinction et affirme que seuls des « motifs impérieux » peuvent justifier son utilisation². Néanmoins, dans différents arrêts, la Cour admet une différence en faveur des femmes : il en est ainsi en matière d'âges de départ à la retraite³, ou encore la prescription du droit de contestation de paternité appartenant à la mère qui est plus longue que celle du géniteur supposé⁴.

550. Lorsque la Cour admet le recours au critère du genre, deux situations sont envisageables : soit il s'agit d'un domaine dans lequel les États jouissent d'une grande marge d'appréciation, comme en matière économique et sociale ; soit il s'agit d'un fondement mettant en jeu des raisons très fortes comme la protection de l'intérêt de l'enfant. Dans ces deux hypothèses, une politique de discrimination « positive » pourra être admise par la Cour de Strasbourg, s'il est nécessaire que l'auteur de l'acte s'appuie sur un motif particulièrement impérieux quoique appartenant au « noyau dur ».

551. Les politiques préférentielles, inscrites dans le principe d'égalité ou dans la discrimination « positive », ont transformé l'exigence d'égalité.

En effet, elles visent des catégories de personnes, considérées généralement comme victimes de discrimination. A leur égard, la pratique a tenté de transformer les règles de protection sous un jour plus positif. Il ne s'agit plus dès lors de venir en aide à certaines

¹ En vérité ce caractère accessoire peut rapidement devenir vain. En effet, D. Sabbagh a souligné que les universités américaines qui ne voulaient pas courir le risque d'être condamnée pour discrimination si elle affichait une politique d'« affirmative action », il lui suffisait de masquer sa politique de quota par la décision discrétionnaire du jury. Ainsi, le voile que vise à faire tomber les règles de non discrimination afin de révéler le phénomène discriminatoire, peut être utilisé pour mettre en place une politique de discrimination « positive » qui ne dirait pas son nom, cf. D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, collection "Études politiques", 2003. Prix François Furet 2004.

² Voir par exemple C.E.D.H., 21 févr. 1997, n° 2060/92, Van Raalte c/ Pays-Bas : Rec. 1997-I, spécialement point 42.

³ C.E.D.H. 12 avril 2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, précité.

⁴ C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, précité.

« populations », mais au contraire, de tirer bénéfice des différences entre les individus. C'est ainsi qu'émergent des politiques dites de la « diversité », dont certaines problématiques apparaissent dans les jurisprudences.

PARAGRAPHE 2 : LA DIVERSITÉ : VERS UN PRINCIPE DE DIFFÉRENCE ?

552. Le thème de la diversité, au cœur de l'actualité politique¹, est d'apparition récente dans les dispositifs juridiques français et européens². Il apparaît dans des domaines très divers, comme le droit de l'environnement³, les territoires⁴ ou l'habitat⁵. La variété de ces applications ne semble pas entrer en contradiction avec une unité de régime qui, progressivement, semble se faire jour au côté du dispositif antidiscriminatoire.

553. Monsieur Sorman a souligné la continuité entre les deux dispositifs : « Passer des quotas à la diversité fut un peu plus qu'un exercice de casuistique : l'« affirmative action », fondée sur des quotas, était une réparation morale des torts passés, renvoyant à la vieille culpabilité des Blancs envers les minorités de couleur. La diversité est, en revanche, une projection vers le futur : pas de repentance, mais un moyen d'édifier une société meilleure. La notion de diversité est aussi plus vaste que celle de la race, car elle renvoie à une expérience historique ou culturelle dont la race peut être une composante, mais non exclusive. Ainsi le sexe, un handicap ou des pratiques sociales différentes participent-ils tout autant d'une expérience que le principe de diversité inclura ; telle est la thèse des partisans de cette diversité »⁶.

¹ Voir en dernier lieu le rapport de Monsieur V. Chriqui « La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger », remis à Monsieur E. Besson, Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire le 13 juillet 2010, rapport consultable à l'adresse suivante : http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=1215.

² Voir L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Dr.Soc.* 2006, p. 968.

³ L'article L.110-1 du Code de l'environnement définie parmi les cinq finalités du développement durable : « ... 2° La préservation de la biodiversité, des milieux et des ressources ; ... ».

⁴ Voir par exemple « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », F. Mélin-Soucramanien, *R.F.D.A.* 1997 p. 906.

⁵ Loi n°95-74 du 21 janvier 1995 relative à la diversité de l'habitat.

⁶ « Made in USA : regards sur la civilisation américaine » par Guy Sorman (Prix France - Amérique 2005).

554. En effet, l'apparition de la diversité dans le sillage de l'exigence d'égalité provient de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique¹ qui, s'agissant d'un dispositif d'« *affirmative action* » dans une université, admet la justification selon laquelle il est nécessaire d'accueillir des personnes de diverses origines sociales, raciales², etc. La conception issue de la tradition américaine du « *melting pot* » voit comme une nécessité le fait de retrouver dans toutes les institutions sociales une population qui reflète la diversité de la société. Il s'agit d'apprécier cette diversité à l'aune des critères discriminatoires afin, éventuellement, de conférer une préférence à certains candidats d'une population sous-représentée comparativement à la composition de la société dans son ensemble.

Le contenu notionnel de la diversité demeure encore aujourd'hui flou. L'apparition récente de ce concept explique en grande partie cet inconvénient. Par ailleurs, les entreprises³, les partenaires sociaux⁴ s'en sont également emparés. La France a même encouragé⁵ un tel

¹ Arrêt Cour suprême 2003, voir D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op.cit.*

² Nous rappelons que dans le droit américain, comme dans le droit applicable au Royaume-Uni, la race est une notion juridique.

³ Certaines entreprises ont mis en place des dispositifs de « *monitoring* » afin de suivre les évolutions de carrières et d'éviter tout phénomène discriminatoire. Certaines n'hésitent pas à recourir à des « *testing* » sur leur propre politique de gestion du personnel, en s'appuyant éventuellement sur les « *bonnes pratiques* » définies par la HALDE (voir en particulier 2e Guide de la Halde « *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la Halde ?* », sept. 2007. Note 6 V. *J.C.P. S.* 2006, act. 370.), cf. C.Artus-Jegou et Y. Beatrix, « *Lutte contre la discrimination - Fiche pratique* », *J.C.P. S.* 2007, 1776. Différentes entreprises ont adopté des « *Charte de la diversité* », initiée par l'institut Montaigne, d'autres, comme Alcatel, S.N.C.F., Casino, B.N.P. Paribas, Total, P.S.A. Peugeot Citroën, Snecma ont conclu des accords collectifs sur ce thème. Selon L.I.M.S. Entreprendre pour la cité a réalisé une étude sur le contenu des accords d'entreprise relatifs à la diversité (« *Analyse du contenu des accords d'entreprises en lien avec la diversité en France* », document consultable à l'adresse suivante :

http://www.imsentreprendre.com/documents/synthese_IMS_accords_diversite.pdf). Dans les cinq accords étudiés (P.S.A. Peugeot-Citroën, Eau de Paris, Axa, Casino et Total), il semble selon l'étude « *que les motivations principales de la contractualisation n'aient pas été juridiques mais plutôt politiques, sociales et économiques. La volonté des entreprises signataires est d'aller au-delà de l'obligation juridique de ne pas discriminer, en enclenchant (ou en poursuivant) une démarche volontariste en faveur de la diversité, motivée par des enjeux business* ».

⁴ Voir en particulier le 12 octobre 2006, un accord national interprofessionnel (A.N.I.) sur la diversité dans l'entreprise, signé par toutes les organisations syndicales à l'exception de la C.F.E.-C.G.C.. Il a été étendu par un arrêté du 22 février 2008 (Arrêté « *portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* », publié au *Journal officiel* du 1 mars 2008 page 3727). Pour une étude du projet d'accord, voir F. Favennec-Héry, « *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* », *J.C.P. S.* 2006, 1914.

⁵ L'Union européenne n'est pas en reste, voir notamment le rapport de la Commission, « *Arguments économiques en faveur de la diversité: bonnes pratiques sur le lieu de travail* » du 29 novembre 2005, qui

phénomène en instaurant un label « diversité »¹ ; elle l'a également élevé au niveau de principe dans la loi du recrutement par Curriculum Vitae anonyme² ; elle a créé au sein du gouvernement un « Commissaire Diversité et à l'Égalité des chances »³.

Malgré cet engouement, ce phénomène n'a pas encore pénétré les prétoires. Il n'est pas encore un objet du dialogue des juges. Il n'est donc pas question d'étudier l'appréhension par les jurisprudences de ce concept⁴. Néanmoins, la démarche initiée au travers de la diversité, plus dynamique⁵, vise la prise de conscience des phénomènes discriminatoires au travers du recours aux critères jugés discriminatoires. La seule prise en considération de ces critères, au-delà même de l'interdiction dont ils font l'objet, ne seraient pas pertinents pour opérer une sélection efficace⁶. Il ne s'agit donc plus d'être aveugle à l'utilisation de critères discriminatoires - démarche qui se rapproche sensiblement des politiques de « discrimination positives » - mais plutôt d'évaluer le phénomène discriminatoire ainsi que l'efficacité éventuelle des dispositifs de diversité. Une telle évaluation suppose donc des instruments, notamment statistiques, entièrement construits sur les critères discriminatoires. Pour certains d'entre eux – comme le sexe⁷ - aucun obstacle ne s'y oppose ; pour d'autres, se préparent de redoutables défis, comme l'orientation sexuelle ou les convictions, qui relèvent de l'intime.

souligne le bénéfice sur le plan économique des mesures de la diversité et le livre vert intitulé « Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie » (COM/2004/0379 final).

¹ Le décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, a été publié au Journal officiel du 19 décembre 2008. La Halde s'est prononcée sur les différentes initiatives en direction des entreprises ou prises directement prises par elles, cf. Délibération n° 2008-113 du 2 juin 2008.

² Article 24 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

³ Monsieur Y. Sabeg, commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, a remis le 7 mai au président de la République un rapport intitulé « Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances ». Voir, Voir par exemple Y. et Y. Sabeg, *Pour une discrimination positive - et vite !*, Calmann-Lévy, Paris, 2004.

⁴ Pour un éclairage utile sur la notion de diversité voir F. Guiomard et S. Robin-Olivier, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts » in *Diversité et discrimination raciales - une perspective transatlantique*, sous la direction de F. Guiomard et S. Robin-Olivier, Thèmes et Commentaires - Actes, Dalloz, Paris, 2009.

⁵ Voir en ce sens l'article 3 de l'accord du 14 février 2007, précité.

⁶ Voir en ce sens l'étude de la Commission européenne, précitée.

⁷ Comme par exemple la répartition des rémunérations en considération du genre dans le bilan social, cf. article L.2323-68 et R.23223-17 et suivants du code du travail.

Déterminer le fondement sur lequel il serait possible d'obliger les personnes à révéler de telles informations¹ semble en effet constituer une gageure.

De surcroît, les statistiques ethniques ou raciales suscitent un débat passionné, auquel le Conseil constitutionnel a contribué en posant leur prohibition de principe². La diversité suscite ou renouvelle des questions sur lesquelles les juridictions ont déjà été amenées à se prononcer, tout du moins en partie. En effet, la diversité suppose d'emprunter les catégories protégées par la non-discrimination et pousse à réfléchir à travers elles. Une telle démarche tend vers la reconnaissance d'intérêts catégoriels, qu'il s'agisse de « groupe » ou qu'il s'agisse de « communauté » (I). Elle renforce également les droits de l'individu. Ce dernier n'est plus envisagé pour lui-même, mais au travers de son appartenance à un « groupe » ou une « communauté » discriminés. Émerge alors la question de savoir si l'individu peut opposer son appartenance à un groupe ou à une communauté non seulement pour ne pas être discriminé, mais encore pour opposer des droits qu'il tient de cette appartenance. Cette dernière démarche suppose que la personne humaine puisse faire valoir un trait qui lui est propre afin d'avoir des droits ou des avantages spécifiques en considération de celui-ci. Par exemple, un salarié peut-il obtenir de ne pas travailler certains jours afin de pouvoir se consacrer à la pratique de sa religion ? Ce faisant, le salarié porte une revendication qui lui est

¹ Si les convictions religieuses, politiques et philosophiques n'ont généralement que peu à voir avec la performance sur un poste de travail, elles peuvent difficilement faire l'objet d'une enquête de l'employeur lors du recrutement. La jurisprudence de la chambre sociale relative à la vie personnelle invite à protéger ces convictions de toute immixtion de la part de l'employeur, qui ne pourra les prendre en considération que de manière très exceptionnelle, lorsqu'elles viennent troubler objectivement le fonctionnement de l'entreprise (Mixte 18 mai 2007, n°05-40803). Sur la notion de vie personnelle, voir en particulier *P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen-salarié, Editions Liaisons, Coll. « Droit Vivant », 2003.*

² Sur cette question voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, II. Toutefois, le débat n'en avait pas pourtant pas totalement été clos dans la mesure où la question de l'opportunité de la mise en œuvre de « statistiques ethniques » a été renvoyée au Comité pour la mesure et l'évaluation de la diversité et de la discrimination (COMEDD), présidé par Monsieur F. Héran. Le rapport de la COMEDD rendu avec plus de six mois de retard en février 2010 préconise que les statistiques publiques recense la nationalité et le pays ou le département de naissance des parents, mais écarte la notion de « *ressenti d'appartenance* » appelé de ses vœux par la commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, Monsieur Y. Sabeg, cf. « Un outil prudent pour calculer la diversité », *Libération* en date du 5 février 2010. Toutefois, ce rapport ménage la possibilité d'études ciblées et objective reposant sur le « l'appartenance auto-déclarée » (question ouverte ou cochant dans une liste), sous contrôle de la C.N.I.L. En sens inverse, le Comité de réflexion sur le Préambule sous la présidence de Madame S. Veil a rapidement dégagé un consensus pour refuser la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion. Dans le même sens, la Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations (Carsed), dont les travaux ont été publiés (*Le retour de la race*, 2009, éd. de l'Aube), se positionne contre les statistiques ethniques.

personnelle, « déconnectée » des droits des autres salariés. Autrement dit, il revendique un droit spécifique et individuel, il se singularise. La question est alors de savoir si la personne peut-elle alors opposer sa *singularité* au détenteur du pouvoir (II) ?

I. L'ÉMERGENCE D'INTÉRÊTS CATÉGORIELS

555. La reconnaissance d'intérêts catégoriels suscite de violents débats en France. Depuis la Révolution française, l'État n'admet aucun corps intermédiaire entre lui et les citoyens, ce qui avait amené à interdire les corporations¹. Cette conception s'oppose au droit anglo-saxon, qui reconnaît au contraire des communautés infra-étatiques.

556. La République française est fondée sur l'universalisme, qui renvoie à « l'ensemble de la collectivité considérée à la fois dans chacun des individus qui la composent et dans la totalité abstraite qu'elle constitue »². Cet universalisme se conjugue donc avec l'individualisme libéral. La souveraineté du peuple conduit, au sein de l'universalisme français, n'envisage l'homme que comme un citoyen et ce faisant, comme une entité abstraite du corps politique, qui sont chacune identiques les unes par rapport aux autres³.

557. Ainsi, la tradition française s'oppose à la reconnaissance et à la prise en considération par le droit de groupes ou des minorités, car tous appartiennent à la Nation indivisible. Monsieur Attal-Galy précise dans sa thèse « *contrairement aux minorités proprement dites qui revendiquent une autonomie voire une autodétermination, et l'institutionnalisation de leurs particularismes par rapport au groupe dominant, les catégories d'individus partagent des caractéristiques propres tenant à un phénomène de minoration des droits et réclament à ce titre une protection au nom du principe d'égalité. Il existe donc une contradiction*

¹ Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 et le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. La suppression des corporations, au-delà de sa signification politique, avait également une visée économique : mettre fin aux monopoles et permettre ainsi à la liberté d'entreprendre de prospérer.

² G. Timist, « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p.208.

³ En ce sens J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, GF Flammarion, 1992, p. 40 : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout ». Voir également O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit p.4

fondamentale entre la logique à visée intégrative des politiques catégorielles et la logique pluraliste ouverte par les revendications des minorités »¹. Notons toutefois, que la visée « intégrative » et la logique pluraliste ne sont pas exclusive l'une de l'autre, un groupe religieux peut revendiquer le respect d'un rituel qui lui est propre, mettant en avant sa différence, tout en demandant à ne pas être discriminé².

558. L'émergence de la diversité concrétise certainement un tournant dans les politiques publiques françaises. En effet, dans le sillage de l'idéal républicain français, ces politiques étaient pour l'essentiel tournées vers l'intégration. Parmi elles, l'immigration tenait une grande place. La problématique de l'intégration, sans disparaître totalement, tend à être éclipsée par celle de la reconnaissance de la diversité et la reconnaissance des minorités, dont les revendications sont de plus en plus fortes³. Autrement dit, l'idéal d'intégration supposait le refoulement de l'appartenance communautaire dans la sphère privée, et les revendications identitaires n'avaient pas lieu d'être dans la sphère publique.

559. A l'opposé, la discrimination « positive » et la diversité supposent de placer l'appartenance à un groupe au cœur de politique publique. L'idéal républicain français se trouve ainsi directement mis en cause par ce type de politiques.

560. Cette opposition semble se matérialiser au sein du dialogue des juges au travers duquel s'exprime un désaccord entre les juges internes et le juge communautaire⁴. Ce dernier invite en effet à évaluer les politiques de non-discrimination et non à simplement interdire le recours aux critères discriminatoires. Si le droit communautaire n'impose pas en soi ces évaluations, il est clair que la discrimination indirecte et le risque de la condamnation pour discrimination incitent les entreprises à mettre en place des dispositifs dit de diversité. Ceux-ci sont susceptibles de générer des contentieux dans lesquels les juridictions internes et

¹ Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, L.G.D.J., 2004 p.26.

² Nous reprenons ici l'objection de Madame O. Bui-Xuan in *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op.cit* p.13.

³ Voir par exemple le Conseil représentatif des associations noires (CRAN).

⁴ Rapport pour la Commission F.Cantelli, M.Roca, "Introduction générale" (avec J. Stavo-Debauge et L. Pattaroni), *Sensibilités pragmatiques. Enquêter sur l'action publique*, P.I.E Peter Lang, vol. 5, coll. Action Publique, 2009, pp. 11-36.

communautaires risquent de s'opposer, à moins que toutes les juridictions érigent la diversité comme une justification du recours à un critère discriminatoire.

Il convient toutefois de nuancer l'opposition éventuelle entre l'idéal républicain français et la politique de la diversité. En effet, le droit positif français compte nombre de dispositifs qui reconnaissent des communautés ou des collectivités. Il en est ainsi des D.R.O.M¹, de la Corse², de l'Alsace-Moselle³ qui bénéficient en certaines matières de régimes dérogatoires. En outre, l'idéal universaliste et égalitaire n'a pas empêché la mise en place de politiques préférentielles ou de politiques inscrites dans un « différentialisme compensatoire »⁴. Enfin, le droit français reconnaît également des droits individuels, mais d'exercice collectif, en particulier en droit du travail. L'exercice du droit de grève est souvent présenté ainsi⁵. Il en est de même du principe de participation, qui se trouve au fondement des droits reconnus aux travailleurs. Inscrit à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, on peut y lire : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Nous pourrions ajouter que la reconnaissance de personnes morales, comme les organisations syndicales, les associations de la loi de 1901 ou les sociétés civiles ou commerciales. Chacune d'elles vise à rendre effectives des libertés fondamentales – en l'occurrence, la liberté syndicale, la liberté d'association⁶ et liberté d'entreprendre – pour une pluralité d'individus, réunis dans un même « collectif ». Ajoutons enfin que le Conseil constitutionnel a reconnu

¹ Les Départements et Régions d'Outre-mer - Communautés d'Outre-mer. Voir en particulier pour la Nouvelle Calédonie, cf. *supra*.

² Par exemple C.const. 91-290 D.C. - 09 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse - *J.O.* du 14 mai 1991, p. 6350. La Corse est une collectivité d'outre-mer (COM).

³ Voir le droit local en Alsace et Moselle.

⁴ Sur cette notion O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op.cit.*

⁵ Voir notamment J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2004, n°176-178, p.678. Néanmoins, la nature de droit subjectif de la grève a été relancé à l'occasion de la loi du 21 août 2007, n° 2007-1124, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres et réguliers de voyageurs, cf. E. Peskine, O. Leclerc, G. Borenfreund, « Le droit de grève dans les services publics de transport : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p.664.

⁶ A laquelle le Conseil d'Etat a reconnu dès 1956 une valeur constitutionnelle et plus précisément la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, Ass. 23 juillet 1956, Amicales des Annamites de Paris), solution confirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision DC n°71-44, 16 juillet 1971.

lui-même les communautés de travailleurs¹. Le droit français reconnaît donc depuis longtemps des corps intermédiaires. Néanmoins, si la tradition française s'accommode de l'existence de « collectivités », elle demeure rétive à reconnaître juridiquement des « communautés » ou des groupes qui revendiquent la reconnaissance de leur identité.

561. La C.E.D.H. a dans un premier temps partagé les réticences françaises face aux groupes. En particulier à propos des Roms et Tsiganes, souvent stigmatisés et discriminés². Si la Cour reconnaissait les violations les plus graves commises à l'encontre de certains d'entre eux, elles refusaient toujours de reconnaître le caractère discriminatoire de l'acte en cause³. Face aux espèces nombreuses dans lesquels les victimes poussaient la Cour à reconnaître le caractère discriminatoire des crimes et mesures de rétorsion prises à l'encontre des Roms et Tsiganes, la C.E.D.H. a procédé par « petits pas ».

562. Dans un premier arrêt⁴, sans reconnaître la discrimination, elle a condamné l'État pour ne pas avoir procédé à une véritable enquête sur les faits de discrimination reprochés aux policiers. Ces derniers avaient en effet abattus d'une balle dans le dos un Rom, poussés, semblait-il, par des motivations racistes. La Cour reconnaît alors une « égalité procédurale »⁵, c'est-à-dire oblige l'Etat à assurer une enquête effective lorsqu'une plainte pour discrimination raciale est déposée. Ce n'est que dans un second temps que la C.E.D.H., en reconnaissant la discrimination indirecte, accepte de prendre en considération la politique systématique à l'encontre des enfants Rom⁶. Dès lors, la Cour admet de considérer la communauté Rom, en tant que telle, dans son ensemble afin d'établir la preuve d'une discrimination à leur encontre. Dorénavant, il est donc possible de prendre en compte l'ensemble des mesures prises contre les membres d'une communauté. Il ne s'agit pas là toutefois de reconnaître un intérêt communautaire. Cette reconnaissance supposeraient en

¹ Voir la loi 20 août 2008 sur les salariés mis à disposition qui est venue limiter cette reconnaissance constitutionnelle en imposant une conception très restrictive des collectivités de travailleurs.

² Voir récemment l'appel du comité d'experts de l'O.N.U. à l'adresse du gouvernement français.

³ C.E.D.H. 11 juillet 2002, Grande chambre, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, Recueil 2002-VI, §85 et C.E.D.H. 26 février 2004, Natchova et autres c. Bulgarie, recueil 2005-VII, requêtes n°43577/98 ; 43579/98.

⁴ C.E.D.H. 6 juillet 2005, aff. Natchova et autres c. Bulgarie, Requêtes n°s 43577/98 et 43579/980.

⁵ Cf. D. Rosenberg, « Quand la grande chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination... l'épilogue de l'affaire Natchova », *R.T.D.H.* 2006, p. 655.

⁶ C.E.D.H. 16 mars 2010, Orsus et autres c/ Croatie, requête n°15766/03.

effet la reconnaissance et l'institutionnalisation de la communauté¹. Mais un pas a été incontestablement franchi par la C.E.D.H. : la non-discrimination entraîne une reconnaissance indirecte de certaines communautés qui, comme les Roms ou les Tsiganes, sont plus exposées aux discriminations en raison de leurs modes de vie.

563. La non-discrimination et la diversité n'imposent pas de reconnaître les communautés, elles imposent de penser en termes d'atteintes portées à la collectivité discriminée et non pas des seuls préjudices de celui qui agit en justice. Elles supposent en effet de réfléchir en termes collectifs et non uniquement individuels. La diversité suppose alors de rompre également avec l'individualisme libéral. La non-discrimination et la diversité tirent également leur légitimité de l'idée de démocratie. En effet, elles permettent de protéger la minorité² contre la « tyrannie de la majorité »³.

Si la non-discrimination et la diversité n'obligent pas à reconnaître des « intérêts catégoriels », elles y contribuent indirectement dès lors qu'une population est stigmatisée en référence à un « trait » qui lui est propre. Elles obligent, au nom de la non-discrimination ou du droit à la différence, de prendre en compte ce « trait » pour identifier la discrimination ou ce qui est « divers ».

Une autre question émerge à côté de celle des intérêts catégoriels, celle du droit des individus d'opposer leur singularité au détenteur du pouvoir.

¹ En ce sens voir E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2006, p. 851. On pense, également, à l'instauration de « class action » (cf. S. Guinchard, « Les class action à la française », *D.* 2005, p. 2180) ou d'une action dans l'intérêt collectif de la communauté qui permettraient à des associations de défense des droits des Rom ou à des associations de défense des droits des minorités d'agir en justice en réparation du préjudice causé à cet intérêt de la communauté. La reconnaissance des actions en justice collective suppose en effet la reconnaissance d'un intérêt catégoriel ou d'un intérêt collectif. La représentation en justice d'intérêts catégoriels existe depuis longtemps, avec l'action en justice des organisations syndicales au nom de l'intérêt collectif de la profession, cf. L.2132-3 du Code du travail.

² Sur la question du statut des minorités, voir notamment G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française », in A. Fenet, G. Koubi, I. Schulte-Tenckhoff et T. Ansbach (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.197 ; D. Lochak, « Les minorités et le droit public français du refus des différences à la gestion des différences », in A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits*, L'Harmattan, Paris, 1989, p.111.

³ Expression chère aux auteurs libéraux. On la retrouve notamment sous les plumes d'A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 2 tomes, Flammarion, Paris p. 1981 et de J.-S Mill, *De la liberté*, trad. par Laurence Lenglet, Paris, Éditions Gallimard, 1990.

II. LA SINGULARITÉ FACE À L'ÉGALITÉ

564. Un travailleur peut-il opposer un caractère qui lui est singulier à son employeur¹ ? Ce trait spécifique, qui peut tenir de sa croyance, religieuse ou non, de son orientation sexuelle, ... peut relever de la protection offerte par la non-discrimination. La question est alors de savoir à quelles conditions une telle singularité peut être revendiquée et protégée en tant que telle. Le travailleur peut-il exiger de l'employeur un traitement spécifique en considération de ce trait, lorsqu'il relève de la liste des critères de la non-discrimination. Une telle revendication s'inscrit pleinement dans la diversité, car il s'agit de reconnaître et de valoriser la différence, en l'occurrence le trait singulier et non plus d'y être aveugle. Bien évidemment, nous ne traitons pas ici des discriminations-suspensions qui visent précisément à encadrer le recours à un motif discriminatoire. La singularité revendiquée pose problème lorsqu'elle se fonde sur un critère prohibé. Le raisonnement consiste alors à affirmer que non seulement l'individu ne doit pas être discriminé, mais plus encore, la non-discrimination doit lui permettre d'exercer tous les droits et libertés protégés par la règle de non-discrimination. Autrement dit, la non-discrimination ne serait plus seulement « un bouclier », qui permet de protéger contre les stigmatisations et les stéréotypes, mais deviendrait un « glaive » qui permettrait à certaines libertés, comme la liberté religieuse, de se déployer : les salariés pourraient non seulement demander à ne plus être discriminé en raison de leurs croyances, mais également demander certains droits ou avantages spécifiques en vue de pratiques relatives à leur foi, dont le refus par l'employeur constituerait une discrimination. Les solutions jurisprudentielles sont jusqu'ici contrastées, d'autant que les décisions de justice ne sont pas toutes directement fondées sur la non-discrimination. Il convient de distinguer selon que la revendication de la singularité revendiquée repose sur un caractère phénotypique, sur l'état de la personne ou bien sur une liberté.

565. Parmi les critères discriminatoires phénotypiques, la race et l'origine sont certainement ceux qui suscitent les débats les plus vifs. En effet, le droit français se refuse de définir la race ou l'ethnie, ce qui a poussé le Conseil constitutionnel à interdire, par principe, toutes mesures

¹ En ce sens qu'un travailleur peut tout à la fois revendiquer l'appartenance à une collectivité (de travailleurs) et à une communauté (religieuse, ethnique, etc.). Nous visons ici cette dernière revendication.

ou évaluations sur ce fondement¹. Dans ces conditions, toutes revendications singulières invoquant un « droit à la diversité » renvoyant à l'un ou à l'autre de ces phénotypes apparaissent compromises. Il existe une exception, celles des dispositifs de différentialisme reconnaîtifs², par lesquels l'État reconnaît des identités collectives infra-étatiques. Ces dispositifs, qui ne visent pas nécessairement à corriger une discrimination à l'encontre d'une certaine population, tendent à reconnaître des spécificités culturelles propres. La philosophie de ces dispositifs est de permettre aux individus de s'épanouir en tant que membres de leur communauté. L'érection de tels dispositifs constitue un ébranlement du « modèle » républicain³. Ainsi, la Constitution elle-même distingue au sein de la Nation à l'article 53 les populations vivant dans un Territoire d'outre-mer⁴ et définit un régime spécifique (transitoire) pour la Nouvelle-Calédonie⁵. En outre, certains dispositifs reconnaissent l'existence de groupes linguistiques localisés, par exemple l'article 53 de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse qui prévoit l'insertion de l'enseignement de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire des établissements situés dans la collectivité territoriale de Corse. Cette disposition n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel⁶, alors même que les requérants invoquaient le principe constitutionnel d'égalité. La loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage constitue également une reconnaissance du mode de vie spécifique à un groupe. Elle permet de reconnaître, au moins indirectement, la spécificité culturelle de ce groupe. L'ensemble de ces dispositifs tend à se fonder directement sur l'origine des individus. Toutefois, ils ne s'inscrivent pas dans la singularité, car la reconnaissance du différentialisme reconnaîtif, suppose une reconnaissance préalable de l'État. Ce dernier, pas plus qu'un employeur, n'est contraint de reconnaître l'existence d'un « groupe » ou d'une « minorité ». La singularité du groupe n'est donc pas première ; et, loin

¹ Sur ce débat, voir Partie 2, titre 1, Chapitre 2, Section 1, sur le signifiant du critère discriminatoire.

² O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p.375 et suivantes.

³ O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p.397 et suivantes.

⁴ « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». Cette disposition vise les cas où les habitants d'un Territoire d'outre-mer souhaitent accéder à l'indépendance, cf. cf. C.const. 87-226 D.C., 2 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. 4 juin 1987, p. 6058.

⁵ Articles 76 et 77 de la Constitution.

⁶ C. const. 9 mai 1991, D.C. n° 91-290, loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

de pouvoir s'imposer à l'Etat, elle dépend directement du pouvoir de l'Etat à qui il revient de définir un régime propre.

566. Autrement dit, la singularité, qui découle de l'appartenance à un « groupe » ou une « minorité », n'est pas opposable en tant que tel à l'Etat. Le système juridique français reste attaché à un principe d'indifférence¹. Toutefois, celui-ci connaît de sérieuse brèche car il n'empêche pas le législateur de reconnaître certaines spécificités. Le législateur peut alors, ponctuellement, prendre en considération, au-delà de la différence, la spécificité ou singularité.

567. Concernant l'appartenance à une collectivité, la singularité revendiquée des travailleurs à l'égard de l'exercice d'une liberté ou d'un droit, comme le droit de grève, est pour l'instant refusée quelles que soient les jurisprudences.

568. Les juges imposent à l'employeur d'être aveugle en ce sens qu'il peut prendre en considération l'exercice de ce droit ou de cette liberté. Ainsi, la chambre sociale condamne l'employeur dès qu'il est établi que celui-ci a pris en considération le fait que le travailleur soit syndiqué ou qu'il ait participé à un mouvement de grève. C'est ainsi qu'un employeur a été condamné pour avoir pris en compte, lors de l'évaluation annuelle, le temps imparti pour l'exercice de son mandat syndical du salarié². De même, la retenue de salaire pour fait de grève doit être strictement proportionnelle au temps de l'arrêt de travail et l'employeur ne peut prendre en considération le temps de remise en route des machines.

569. La liberté religieuse, depuis qu'elle est protégée par une règle de non-discrimination au niveau communautaire, promet un contentieux riche et épineux qui n'a pas encore percé de manière décisive les différentes jurisprudences³. Le droit de la fonction publique semble

¹ G. Koubi, « Le droit à l'indifférence, un droit à l'indifférence ? », *R.R.J.* 1993, p.451. L'attachement du droit français à l'indifférence, dont on peut rappeler qu'il trouve un fondement dans le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la République, se traduit notamment dans le principe de laïcité auquel il donne une coloration particulière.

² Précisons encore que, indépendamment du caractère discriminatoire, la loi impose à l'employeur de considérer le temps consacré à l'exercice d'un mandat de représentant des salariés comme du temps de travail effectif et ce, quel que soit les conséquences à en tirer. Cf. articles L. 2143-17, L. 2315-3 et L. 4614-6 *C. trav.*

³ Nous pouvons néanmoins citer la jurisprudence Painsecq de la chambre sociale qui est rendu au visa de l'article L.122-45 du code du travail, c'est-à-dire l'article relatif, alors, à la non-discrimination. Sur cette question voir O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, *op. cit.*, p.143.

constituer le modèle. En effet, l'égalité devant le service public conjuguée à la laïcité interdit aux fonctionnaires et agents publics toute manifestation de leurs croyances¹. En effet, le dispositif fait prévaloir l'égalité des usagers sur la liberté de conscience des agents publics. Les usagers ne doivent en aucun cas être favorisés ou défavorisés sous le seul prétexte qu'ils appartiennent à la même communauté de croyance ou non de l'agent public qu'ils rencontrent. L'exigence d'égalité est alors commandée par la neutralité, qui emporte que la liberté de conscience et de croyance est refoulée dans la sphère privée et n'a pas droit de citer dans la sphère publique. L'agent public doit représenter l'État et non une communauté spécifique. La Cour de cassation semble reprendre une telle neutralité. En effet, elle a décidé qu'un salarié, boucher de son état, qui avait embrassé la religion musulmane, ne pouvait demander à son employeur de ne plus être amené à toucher de la viande porcine, en application de sa nouvelle religion². La chambre sociale a, en substance, rejeté la revendication du salarié, car cette revendication était contraire à son obligation essentielle décidée lors de son embauche, c'est-à-dire préparé la viande quelle qu'elle soit. Jusqu'à présent ces décisions se fondent plus sur l'obligation essentielle du salarié qui lui imposerait une neutralité : les croyances et les opinions doivent demeurer dans la sphère privée à l'exclusion de la vie professionnelle. Toutefois, en pratique, dans certains secteurs d'activité, les employeurs décident des aménagements du temps de travail pour permettre à leurs salariés juifs ou musulmans de respecter certains rites et fêtes religieuses qui ne concordent pas avec les congés et jours chômés de la semaine³.

Le raisonnement de la chambre sociale qui, selon toute vraisemblance, induit du contrat de travail une obligation de neutralité à l'égard du salarié, mérite deux précisions.

¹ En particulier en matière de fonction publique, le principe de neutralité risque de se heurter à la non-discrimination religieuse. En effet, le principe de neutralité interdit aux fonctionnaires d'afficher leurs convictions, religieuses notamment, dans l'exercice de leurs fonctions, cf. CE avis, 3 mai 2000, Mlle Marteau ; A.J.D.A. 2000, p. 673, chron. M. Guyomar et P. Colin.

² Soc. 24 mars 1998, Bull. civ., V, n° 171 p. 125. La Cour, au visa des articles 1^{er} et 75 (sic) de la Constitution du 4 octobre 1958 et des articles 1134 et 1147 du Code civil, décide : « *Attendu, cependant, que s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public* ».

³ Voir Voir M. Miné, *En quête de la personne du travailleur dans le droit du travail contemporain*, thèse soutenue à Paris X Nanterre, 2000.

D'une part, la Cour ménage probablement ainsi le cas des entreprises de tendances, dont l'objet est de défendre, parfois de prôner, une certaine philosophie, croyance ou politique. Si ces entreprises ne peuvent imposer à leurs salariés d'adhérer aux idées qu'elles promeuvent, elles peuvent néanmoins prendre en considération des éléments de la vie privée ou personnelle qui, dès lors qu'ils sont connus, peuvent constituer un trouble pour l'entreprise. Ainsi, dans une jurisprudence *Painsecq*¹, la Cour de cassation a refusé le licenciement d'un sacristain du fait de son homosexualité, orientation sexuelle contraire au dogme de l'Église catholique, car celle-ci, au moment de la rupture du contrat, n'était pas connue de la communauté des croyants. En l'espèce, l'employeur ne pouvait rapporter la preuve d'un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise². Une telle jurisprudence démontre que le salarié ne peut revendiquer sa singularité, en particulier lorsqu'elle est contraire aux idées promues par l'entreprise. D'autre part, la place faite aux obligations inhérentes au contrat de travail peut étonner. En droit du travail, il a été démontré que le contrat est une puissance moyenne³, qui devrait céder face à l'exigence d'égalité⁴. Le renforcement des droits et libertés fondamentaux des salariés pourrait faire vaciller une telle jurisprudence. En effet, il apparaît que ces droits et libertés peuvent conditionner la validité même de certaines clauses, comme la clause de non-concurrence face à la libre activité professionnelle⁵. Ils sont également en mesure de limiter la mise en œuvre de certaines clauses pourtant valides ou de limiter un changement des conditions de travail⁶. Les droits et libertés fondamentaux, plus particulièrement la vie personnelle, tendent à préserver une certaine autonomie au salarié dans

¹ Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* 1991, V, n° 201 p. 122.

² Cf. Mixte, 18 mai 2007, *Bull. civ.* 2007, Chambre mixte, n° 3 ; J. Mouly, « Secret des correspondances, trouble objectif dans l'entreprise et vie personnelle du salarié : le rejet du « tout disciplinaire » », D. 2007, p.2137.

³ Cf. A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299.

⁴ En ce sens J.-M. Béraud et A. Jeammaud (dir.), *Le singulier en droit du travail*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p.79.

⁵ Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ.* 2002, V, n° 239 p. 234.

⁶ Voir à propos d'une clause de mobilité, cf. Soc. 13 janvier 2009, *Bull. civ.* 2009, V, n° 4, qui décide : le juge du fond doit contrôler « *d'une part si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas une atteinte au droit de l'intéressée, laquelle faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants, à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et est proportionnée au but recherché et d'autre part si la modification des horaires journaliers de travail est compatible avec des obligations familiales impérieuses* ».

l'entreprise¹. Cette autonomie limite la subordination du salarié sur le lieu et le temps de travail. Elle lui permet de « résister » à la décision de l'employeur. Une telle « résistance » c'est pour l'essentiel exprimé dans le concept spécifique de la vie personnelle². Il est envisageable que « l'autonomie » puisse un jour se fonder également sur la non-discrimination qui viendrait au renfort de certaines libertés qu'elle protège, comme celle de la liberté religieuse. Dès lors, il est probable que la jurisprudence ne décide plus d'une stricte neutralité, mais recherche à concilier l'exercice de la liberté avec les impératifs de l'entreprise, à l'image de l'article L. 1121-1 du Code du travail³.

570. Cependant, les salariés peuvent rechercher un fondement utile dans la jurisprudence de la C.E.D.H. à leur revendication de singularité. Dans la jurisprudence *Thlimmenos*⁴, la Cour impose au législateur grec de différencier entre les personnes condamnées pour crimes et celles qui ont été condamnées pour objection de conscience, en application de leur croyance religieuse. En effet, la législation interdisait à Monsieur *Thlimmenos* de devenir expert-comptable en raison de sa condamnation pénale. La Cour européenne condamne cette législation trop générale. Selon elle, aucune raison ne justifie l'exclusion des objecteurs de conscience de la profession d'experts-comptables alors que, pour des raisons déontologiques évidentes, l'exclusion des autres anciens criminels apparaît comme justifiée. Cet arrêt, considéré comme un précédent par la Cour elle-même⁵, peut être une ressource utile pour un salarié. Il pourrait ainsi affirmer et opposer sa singularité et exiger que son cas spécifique soit

¹ P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons 2003, p. 123. Voir également E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 1998, p. 6, qui à propos de la liberté de se vêtir écrit : « un employeur aurait-il le droit d'imposer, en dehors de toute contrainte objective liée au fonctionnement de son entreprise, un uniforme à tous ses employés ? La liberté individuelle - ou mieux encore la liberté personnelle - et le droit à la vie privée, qui s'appliquent aussi dans l'entreprise, au moins dans une certaine mesure, s'y opposeraient sans aucun doute : il ne s'agit donc pas d'une forme de liberté si secondaire qu'il y paraît ; et un juge, pour s'opposer à une telle restriction, pourrait certainement invoquer le caractère fondamental de cette liberté personnelle en tant qu'elle implique cette application particulière. Cette liberté n'a pas non plus le même sens pour le transsexuel ou au contraire pour l'élève qui voudrait se permettre telle extravagance vestimentaire. Mais, il en irait encore différemment pour l'élève qui voudrait ainsi témoigner de son appartenance religieuse - dans la rue au moins, où nulle exigence liée au bon fonctionnement du service ne saurait l'entraver. Quant à la liberté de ne pas s'habiller du tout (ou très peu), on comprend bien qu'elle ne présente pas non plus le même sens, ni la même valeur, selon les lieux et les circonstances... ».

² P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, op. cit., p. 123.

³ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁴ Sur cet arrêt voir Partie 1, titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2 et Section 2 §2.

⁵ Voir par exemple C.E.D.H. 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, précité, point 129.

traité comme tel. Si les conditions de mise en œuvre de cette jurisprudence demeurent floues, il est possible d'avancer que la liberté protégée est la liberté de conscience ; cette dernière peut être considérée comme faisant partie de la liste européenne des critères particulièrement suspects, et donc discriminatoires. Dès lors, tout critère discriminatoire pourrait être mobilisé par un travailleur pour affirmer sa singularité. Néanmoins, la C.E.D.H. a confirmé récemment la validité de l'interdiction du port du foulard islamique dans un établissement scolaire public¹. La jurisprudence *Thlimmenos* apparaît bien comme une ressource utile pour la revendication de sa singularité religieuse des salariés du droit privé. Rien n'en est moins sûr concernant les agents publics à qui il est possible d'imposer une exigence de neutralité.

571. En conclusion, si la diversité ne constitue pas aujourd'hui une notion juridique et une catégorie du droit positif clairement identifiée, elle permet sans doute de mieux comprendre les évolutions que connaît aujourd'hui l'exigence d'égalité et la non-discrimination plus particulièrement. Plus largement, elle donne à voir une nouvelle manière de penser le respect des libertés et des droits fondamentaux dont personne, aujourd'hui, ne conteste l'importance et leur portée florissante.

¹ C.E.D.H. 4 décembre 2008, *Dogru c/ France*, requête n°27058/05.

CONCLUSION DE CHAPITRE

572. L'étude des justifications au sein de l'exigence d'égalité fait apparaître la réalité du contrôle de pouvoir qu'elle suppose. Ainsi, les juridictions ont en commun d'imposer certaines règles d'ordre procédural, comme la transparence, qui permet leur contrôle juridictionnel. En ce qui concerne l'intensité du contrôle lui-même, si celui de pertinence semble se déployer, le contrôle d'adéquation reste quant à lui cantonné aux principes d'égalité constitutionnel et administratif. Sur les justifications en elles-mêmes, apparaissent au grand jour les valeurs qui guident le travail des juges. Ces derniers n'hésitent pas à valoriser le registre des justifications « civiques », alors que les justifications « marchandes » tendent à être écartées, y compris par le juge communautaire, qui doit veiller au respect des libertés économiques¹.

L'érection de l'égalité au rang de valeur, l'égalisation, a pour conséquence que l'exigence d'égalité est susceptible de faire office de justification de l'action pour l'auteur d'une décision. Cette fonction de justification bouleverse l'économie des contrôles tels que dessinés jusqu'alors par les différentes juridictions dans le cadre des règles de non-discrimination et des principes d'égalité ou d'égalité de traitement. Cette volonté de « rendre égal » se prolonge aujourd'hui dans ce qu'il est convenu d'appeler la « diversité ».

573. Discrimination « positive » et diversité apparaissent comme des justifications de recours à des critères discriminatoires qui s'inscrivent dans une perspective assurément collective, en ce sens qu'elles visent des « groupes », des « communautés » ou bien des

¹ La tension entre les libertés de circulation, objet premier du droit de l'Union européenne, et les autres droits et libertés fondamentaux est au cœur de la polémique suscitée par les arrêts Laval, Viking, Rüffert et Luxembourg (sur ces arrêts voir notamment CJCE 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP, Ou Viking Line Eesti*, aff. C-438-05, *AJDA* 2008. 240, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RTD com.* 2008. 445, obs. G. Jazottes ; *D.* 2008. Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341-05, *AJDA* 2008. 240, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RTD com.* 2008. 445, obs. G. Jazottes ; *D.* 2008. Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *RDT* 2008. 80, obs. S. Robin-Olivier et E. Pataut ; CJCE 3 avril 2008, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG/Land Niedersachsen*, aff. C-346-06, *AJDA* 2008. 240, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDT* 2008. 412, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2008. Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; CJCE 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes/Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319-06, *D.* 2008. Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt). Pour un point de vue critique voir E. Dockès, « L'Europe antisociale », *R.D.T.* 2009, p.145.

« minorités », et qui ont pour finalité de corriger le « réel ». Elles ont pour finalité première le souci d'éliminer toute intention ou tout effet discriminatoire des décisions et traitements. La « validité » de ce type de justification particulier semble conditionnée par la teneur de la règle de non-discrimination. Il est possible de distinguer trois variantes « d'acceptabilité » des discriminations « positives » ou de diversité. Tout d'abord, les règles de non-discrimination qui imposent, sur le plan des valeurs de justice, la prohibition la plus forte, par exemple sur le terrain de la race ou de l'origine, interdisent toute démarche en termes de diversité ou de discrimination « positive ». Elles vont même jusqu'à interdire toute évaluation nationale des phénomènes discriminatoires ou des politiques de lutte contre la discrimination menées en la matière. C'est certainement à propos de ces règles de non-discrimination que les débats scientifiques, politiques et juridiques sont les plus âpres. Dès lors, il est possible que les positions jurisprudentielles soient amenées à évoluer en la matière. En sens inverse, certaines règles de non-discrimination accueillent sans difficulté l'évaluation du phénomène discriminatoire, afin de mieux l'identifier et renforcer son efficacité. Il en est ainsi du sexe et de la nationalité et certainement de la majorité des critères énoncés sur les listes discriminatoires. À l'image de la jurisprudence relative au genre, les politiques de discrimination « positive » ou de diversité sont admises à condition de n'arrêter que de simples « objectifs ». En revanche, ces politiques ne peuvent en aucun cas imposer des quotas dits « rigides ». Il est nécessaire alors de toujours disposer d'une clause « d'ouverture », qui interdit toute automaticité dans le choix en faveur de ceux qui bénéficient de la politique de discrimination « positive » ou de diversité. Jusqu'à présent, les jurisprudences semblent converger en ce sens, elles ne sont toutefois pas encore fermement établies.

Enfin, les règles de non-discrimination-suspicion, qui encadrent le recours au critère discriminatoire dans le cadre d'une procédure ou d'une exigence de justification, peuvent parfaitement faire l'objet d'évaluations, mais également de politiques de discrimination « positive » ou de diversité susceptibles de se fonder sur des quotas « rigides ». Ainsi en est-il s'agissant du quota des travailleurs handicapés applicables à tout employeur, soumis au droit privé ou au droit public.

CONCLUSION DE TITRE

574. Étudier les justifications au sein de l'exigence d'égalité permet de faire ressortir, malgré toutes les précautions des juges, le subjectivisme de la démarche, à laquelle ils ne peuvent échapper. En particulier, ils doivent déterminer ce que recouvre chaque critère discriminatoire, le signifié de celui-ci.

En outre, les juges doivent déterminer la nature et leur méthode de contrôle. À cet égard, la C.J.U.E. est en passe de réussir la diffusion du concept de discrimination indirecte, qui est appliqué par les autres juridictions au-delà des limites du droit de l'Union européenne. Les juges ont un usage variable du contrôle de la proportionnalité, les uns appliquant un contrôle d'adéquation, les autres de pertinence. Si cette diversité n'engendre pas nécessairement de conflit de jurisprudences, voire de divergence de jurisprudences, dans la mesure où ces contrôles variables sont appliqués dans des domaines différents, qui ne sont pas des espaces de dialogue entre les juges¹, elle ne va pas sans créer de tension et de confusion.

Le contrôle des justifications fait également apparaître les limites de l'autolimitation voulue par certains juges. Sous couvert de méthode objective, qui vise le contrôle de la cohérence entre l'objet de la décision et la distinction opérée, il ressort de l'étude des jurisprudences le choix des juges entre les différents registres de justification.

¹ Par exemple lorsque le juge administratif applique le principe d'égalité en dehors du domaine du droit communautaire.

CONCLUSION DE PARTIE

575. L'ensemble des juridictions assume les deux étapes de contrôle de l'exigence d'égalité¹ : la comparaison et la justification. Toutefois, ces deux opérations sont souvent imbriquées, au point que M. Martenet reconnaisse : « *même si chacune des deux étapes de l'examen de l'égalité remplit une fonction propre, il est parfois difficile de tracer la ligne séparant ces deux étapes, si bien que celles-ci sont fréquemment englobées dans une seule opération* »².

Au-delà du difficile départ entre les deux étapes, qui n'est pas toujours clairement affirmé par les juridictions, le dialogue des juges permet de mettre en exergue une tension qui existe dans les contrôles respectifs des juridictions. Il s'avère que chacune privilégie plutôt l'une ou l'autre des deux étapes du contrôle. Deux groupes peuvent être identifiés. Le premier est composé de la C.J.U.E.³, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État⁴. Ils privilégient le contrôle sur le fondement de la comparaison. L'essentiel de leurs décisions repose sur le constat de la comparabilité des situations. Le second regroupe la C.E.D.H. et la chambre sociale dans son application du principe d'égalité de traitement. La Cour européenne fait peu de cas de la question de la comparabilité, étape rarement discutée, et souvent déconnectée de la seconde étape, la justification, ce que regrettent certains⁵. De même, la Cour de cassation privilégie le contrôle de la justification de l'employeur. Il est symptomatique à cet égard que le communiqué de la Cour, qui a accompagné l'arrêt du 3 mai 2006⁶, ne vise que les justifications objectives d'une différence de traitement et non la comparaison.

¹ En dehors évidemment de la discrimination directe, qui peut être constatée par d'autres moyens que la comparaison et dont certaines règles de non-discrimination ne permettent pas la justification du recours au critère discriminatoire.

² V. Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Bruylant/ LG.D.J./Schultess, Bruxelles/Paris/Zurich, 2003, p. 161.

³ En particulier à propos de la discrimination directe. En matière de discrimination indirecte, une place est faite pour la justification de l'auteur de la mesure.

⁴ Ces deux juridictions privilégient le constat de la différence de situation pour reconnaître valable la différence de traitement et recourent que de manières subsidiaires au registre de justification qu'offre l'intérêt général.

⁵ Voir F. Edel, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme - Contribution à une théorie générale de l'égalité*, Thèse soutenue à Strasbourg, 2003, p.300.

⁶ Soc. 3 mai 2006, *Bull. civ.* 2006, V, n° 160 p. 155. Sur le communiqué voir Partie 1, titre 1, Chapitre 1, section 1, §2, I.

Face à ces deux tendances, il n'est pas possible d'affirmer que l'une procède d'une démarche plus objective que l'autre : assurément affirmer l'équipollence des situations est aussi subjectif, de la part des juges, que d'apprécier la raisonnable d'une mesure¹. À vrai dire, il serait certainement souhaitable pour les justiciables que l'ensemble des juridictions assume pleinement les deux étapes de contrôle. En effet, que le contrôle repose plutôt sur la comparabilité ou sur la justification a des répercussions certaines en matière de preuve. À grand trait, la question de la comparaison repose sur celui qui conteste la décision et la distinction opérée en son sein. La charge pèse alors sur celui qui se prévaut de l'exigence d'égalité. En revanche, le contrôle de la justification repose sur l'explication de l'auteur de la décision et fait donc porter la charge de l'allégation sur ce dernier.

¹ Voir dans le même sens E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p.541.

CONCLUSION GÉNÉRALE

576. L'expression du dialogue des juges est couramment utilisée pour démontrer la coopération entre les différentes juridictions¹. Il apparaît néanmoins, concernant l'exigence d'égalité, que ce dialogue n'a pas réalisé un parfait alignement des jurisprudences. Il permet toutefois d'éclairer certaines évolutions jurisprudentielles. Autrement dit, le dialogue n'annihile pas la diversité des conceptions au sein des différentes jurisprudences. Tout au plus permet-il, lorsque les juges en décident ainsi, de les mettre en cohérence ou de faire évoluer certains acquis jurisprudentiels. Le dialogue ne réduit pas nécessairement la diversité, il peut la transformer, faire « bouger les lignes ». Le dialogue sert bien souvent alors aux juges internes de choisir non seulement son interlocuteur (juges européens, constitutionnel, judiciaire ou administratif), afin de légitimer un revirement de jurisprudence ou une évolution jurisprudentielle. Ce dialogue est entièrement entre les mains des juges et caractérise l'un des traits saillants du droit contemporain : la mise en réseau des normes, dont les régulateurs sont les juges (1). Ce dialogue est souvent invoqué comme un instrument de mise en cohérence des différentes jurisprudences, afin de faciliter l'accessibilité et l'intelligibilité du droit pour les justiciables. Cependant, cette finalité n'est pas toujours accomplie, le dialogue peut être source de confusion. Le dialogue des juges n'est pas alors, nécessairement, un instrument de « stabilisation » du sens (2).

1. LE DIALOGUE DES JUGES : UNE LOGIQUE RÉTICULAIRE

577. Les signes de l'existence d'un dialogue ne font plus guère de doute : la réception de jurisprudences d'autres juridictions atteste de la volonté des juges de se mettre en rapport avec les décisions d'autres juges. Le dialogue des juges est suscité par la complexité croissante des sources du droit, qui voit s'entrelacer des normes nationales, européennes et internationales². À la pluralité des sources juridiques fait écho le concert des interprètes. La pluralité des juridictions « suprêmes », sans qu'il soit institué de hiérarchie entre-elles, pousse les juges à

¹ Voir en ce sens, B. Genevois et M. Auvray, *op. cit.*

² Selon M. Delmas-Marty, la complexité du droit voit jaillir les sources du droit « *de façon dispersée et imprévue, sans qu'on puisse les rattacher à un ordre juridique unique* », cf. *Le relatif et l'universel*, Paris, Ed. Seuil, 2004, p.171.

se projeter dans un réseau juridictionnel¹, « *divers et imbriqué* », qui viserait une coopération transversale². C'est ainsi, que les juges eux-mêmes, dans leur oeuvre doctrinale s'inscrivent dans un pluralisme ordonné³, selon lequel :

« *tout en conservant sa spécificité chacun [des juges] participe d'un ensemble judiciaire interétatique qui constitue un maillage de plus en plus serré* »⁴

L'affirmation d'une telle adhésion de la part des juges leur permet de s'émanciper d'une logique pyramidale pour adopter celle du réseau. Ainsi, un ancien juge de la Cour de Justice des Communautés Européennes a-t-il affirmé préférer « *le réseau plutôt que la hiérarchie, la coopération entre les juges plutôt que les mécanismes d'appel et de cassation au niveau européen* »⁵. Cette coopération permettrait plus sûrement d'assurer la cohérence du « réseau normatif », qui incombe aux juges⁶.

578. La référence à la logique réticulaire s'inscrit dans la pensée de Messieurs Ost et Van de Kerchove, pour qui « *une pyramide qui ne soit pas synonyme de tyrannie, une transcendance qui soit affranchie de dogmatisme [et] un réseau de mondes enchevêtrés qui ne soit pas synonyme de chaos, une immanence qui soit affranchie de l'insignifiance* »⁷.

Dans ce cadre les juges jouent un rôle primordial. En effet, de par leurs interprétations des différentes sources du droit, y compris les autres jurisprudences, ils permettent la coordination des différents ordres. Mieux encore, ils sont les artisans de la mise en ordre de ces sources plurielles. Ainsi, « *de gardien vigilant de la pyramide juridique, le juge [est] devenu, dans bien des cas, son architecte inventif, au point parfois d'en transformer*

¹ Cf. A. Rouyere, « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *Jcl. Libertés*, Fasc. 250, §109.

² G. Canivet, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *Les Petites Affiches*, 2004, n°199, p.45.

³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit - Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

⁴ G. Canivet, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », précité.

⁵ M. Wathelet, « Les méthodes et le périmètre de l'harmonisation », in D. Tricot, « Pour une justice économique efficiente en Europe - L'harmonisation par les juges », G.P. 21 août 2008, n°234, p.22.

⁶ Voir en ce sens les conclusions de M. Guyomar, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », concl., *R.F.D.A.* 2008, p.575.

⁷ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 9.

profondément la configuration »¹. Ce faisant, la coordination est tout entière entre les mains des juges, considérés ensemble :

*« l'idée de régulation s'est imposée pour qualifier l'intervention - régulatrice - des juridictions supérieures qui ne se contentent plus désormais d'appliquer la loi, comme dans le modèle pyramidal, mais qui en apprécient la juridicité au regard des équilibres aménagés entre pouvoirs et de la balance à établir entre droits et intérêts légitimes »*².

Le dialogue des juges participerait alors de cette régulation, le souci étant alors qu'ils expriment une conception cohérente, notamment à l'aune des autres jurisprudences, du droit et de la justice. Ainsi, le pluralisme, et à travers lui le dialogue des juges, obligerait ces derniers à recourir à des techniques d'interprétation « constructive » ou « harmonisante », qui permettent de rapprocher le sens de différents textes normatifs et ainsi éviter tout conflit. Par exemple, la C.E.D.H. recourt à la marge nationale d'appréciation, ce qui lui permet de ménager un espace pour l'interprétation du juge national. Dans le même sens, la C.J.U.E. définit souvent une répartition des rôles entre le juge national et elle-même³. En retour, les juges nationaux, y compris le Conseil constitutionnel, se fondent parfois directement sur les textes européens.

579. Le dialogue des juges est dans cette perspective souvent décrit comme :

*« un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent »*⁴.

Or, cette mise en ordre du droit n'est pas une obligation qui pèse sur les juges, mais relève bien plutôt d'un choix de leur part. Choix qui à chaque occasion, chaque contentieux, peut être remis en cause. L'enrichissement permanent que permettrait le dialogue des juges dissimule mal la dépendance de celui-ci vis-à-vis de la volonté des interlocuteurs d'entrer en dialogue ou non. Comme l'écrit Monsieur Brunet :

¹ *Op. cit.*, p.431.

² *Op. cit.*, p.27.

³ Par exemple, dans la mise en oeuvre de la discrimination indirecte, la C.J.U.E. renvoi l'appréciation de « l'impact disproportionné » au juge national, cf. *supra*.

⁴ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloges de la « bénévolence » des juges », *R.S.C.* 2005, p.817.

« si les juges veulent accréditer la thèse qu'ils ne se font pas la guerre, mais que, en dépit de fondement formels distincts, ils tendent vers les mêmes fins, ils n'ont d'autre solution que d'en appeler aux valeurs et de feindre parler le même langage : ainsi, non seulement le droit qu'il crée paraît objectif sinon prévisible et correspond à l'idée reçue que l'on se fait du « vrai » droit, mais encore, les juges peuvent prétendre établir entre eux un « dialogue » »¹.

Dès lors, si le dialogue des juges peut être compris comme un instrument du pluralisme ordonné, il n'en constitue en aucun cas une garantie. Le dialogue des juges est plus sûrement un instrument qui permet d'étudier l'oeuvre des juges, non seulement dans leur volonté de s'inscrire ou non dans cette doctrine, mais plus généralement dans leur volonté de se situer les uns en rapport (harmonieux, pacifié, divergent ou d'ignorance) aux autres. Cette volonté s'exprime dans les références, tues ou assumées, dans les extensions de certaines techniques juridiques, les phénomènes d'emprunts ou d'imitation. Dès lors, le dialogue des juges se place à tous les niveaux d'interprétation : la détermination des critères de qualification, du régime applicable, de l'intensité du contrôle juridictionnel, la « découverte » de principe... Chacun des choix des juges, dans l'interprétation, peut être influencé par la position prise antérieurement par un autre juge, par rapport auquel il va se situer.

Le dialogue des juges n'est donc pas réductible à la simple adaptation des jurisprudences les unes vis-à-vis des autres. Il peut même être source de confusion.

2. LE DIALOGUE DES JUGES : ADAPTATION OU CONFUSION ?

580. Le dialogue des juges permet de constater l'existence de transfert d'une jurisprudence à une autre. Ceux-ci n'interviennent pas nécessairement sur un même objet : ce qui est décidé par un juge peut être transplanté dans un autre domaine par un autre juge. Ainsi, la chambre sociale, sur le fondement de l'article 1315, a défini, pour le principe d'égalité de traitement, un aménagement de la preuve identique à celui que le droit communautaire définit par le droit de l'Union européenne pour le dispositif antidiscriminatoire. Ainsi, une technique juridique propre à la non-discrimination peut être étendue au principe d'égalité de traitement. Ce type

¹ P. Brunet, « Les juges européens au pays des valeurs », *La Vie des idées*, 9 juin 2009. ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html>.

de transfert tend à démontrer l'unité de l'exigence d'égalité, qui en son sein connaît des dispositifs divers.

En ce qui concerne la mise en oeuvre du droit de l'Union européenne par les juges nationaux, le système « So lange », qui semble s'être généralisé, consiste non pas à vérifier que la C.J.U.E. offre une protection « *de même portée* », mais qu'elle garantisse « *en général face à la puissance publique communautaire, une protection effective des droits fondamentaux dont [la loi fondamentale] fait un impératif, d'autant qu'elle garantit de façon générale la substance des droits fondamentaux* »¹. La coopération entre juges présuppose alors une équivalence des protections entre les jurisprudences, ce qui aboutirait à un contrôle purement formel de la part des juges, car ils ne vérifient qu'une « *concordance dans les grandes lignes* »². Toutefois, en matière d'exigence d'égalité, que ce soit dans le contrôle de la comparaison ou celui de la justification, le juge national est amené à porter sa propre appréciation. Or, ce faisant le juge interne adapte, éventuellement transforme, ce qu'a décidé le juge européen. Par exemple, dans la non-discrimination en raison du genre et des avantages en matière de liquidation de retraite en faveur des femmes, en considération de l'éducation des enfants, la C.J.U.E. a posé le principe de l'égalité des sexes, ce qui entraîne que les pères doivent également bénéficier de l'avantage. Or, la juridiction de l'Union européenne a invité les juges nationaux lors de la comparaison entre hommes et femmes, de vérifier si ceux-ci avaient concrètement participé à l'éducation des enfants. Le Conseil d'État, a renoncé à une telle vérification casuistique et se contente de vérifier que le requérant est bien le père, d'un point de vu juridique et s'il a bien contribué financièrement à l'éducation des enfants, comme il y'est tenu civilement. Le juge administratif, s'il reprend bien la solution de principe dégagée par la C.J.U.E., préserve alors sa démarche formelle habituelle. Ainsi, l'idée même d'adaptation qui sous-tend la coopération entre les juges engendre des interstices qui permettent aux juges nationaux d'interpréter et de « transformer » le dispositif juridique,

¹ M. Guyomar (concl.), « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », *R.F.D.A.* 2007, p.384.

² Expression de L. Limbach, « La coopération des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux, contribution à la redéfinition des rapports entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.* 2000, p. 371.

c'est-à-dire de ne pas appliquer de manière mécanique ce qui a été décidé par le juge européen.

Le dialogue des juges, tel qu'invoqué par les juges eux-mêmes, sert à cacher la tension qui existe entre l'implémentation du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire un droit qui vise à préparer, apprêter, façonner le droit national afin d'assurer la réception du droit européen¹ et le l'interprétation du juge interne, qui peut vouloir « protéger » son système national. L'interprétation peut alors se traduire aussi bien dans l'adaptation du droit national, comme de l'adaptation du droit européen. Or, ce faisant il n'existe pas de moyen pour domestiquer, de manière certaine, l'interprétation des juges internes, car comme l'écrivait Montaigne :

« l'opinion de celui-là ne me plaît guère qui pensait, par la multitude des lois, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux. Il ne sait point qu'il y'a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon »².

581. Ainsi, le dialogue des juges plus que la soumission des juges en démontrent leur liberté, car ils peuvent décider soit de se mettre en conformité avec les autres jurisprudences, ou au contraire « résister ». Sans compter que l'adaptation inhérente à la coopération des juges, si elle est décidée et acceptée par les juges internes, ne suppose pas un alignement parfait sur ce qu'ont décidé les juges européens. Le dialogue des juges, s'il vise à permettre les rapprochements, il se fonde également sur la conscience de la diversité et doit permettre une certaine « malléabilité », un certain « flou », des concepts et techniques juridiques, afin de ménager le pouvoir d'interprétation de chacun. Le dialogue n'est pas tant alors l'expression d'une limite au pouvoir d'interprétation des juges, mais en est le résultat même. En effet, les juges décident alors de reconnaître les autres juges et leurs jurisprudences. Décision sur laquelle ils peuvent revenir.

582. En matière d'exigence d'égalité, le dialogue des juges permet de repérer des transferts remarquables de la C.J.U.E. vers les autres juges : aussi bien l'aménagement de la charge de la preuve, que la discrimination indirecte, ou encore la conception qui semble aujourd'hui

¹ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire (...), op. cit.*, p.842.

² M. E. Montaigne, *Essais*, Livre III, Chapitre XIII, « De l'expérience », Gallimard, coll. La Pléiade, p.1987.

sous-tendre le dispositif antidiscriminatoire, tourné vers la révélation du phénomène discriminatoire... Mais cette transposition n'est pas sans emporter, quelquefois, une certaine confusion, comme le montre l'indétermination qui peut présider au tracé de la frontière entre discriminations directe et indirecte, aux régimes pourtant forts différents¹.

En matière de principes d'égalité, par exemple, une divergence conceptuelle forte demeure entre juges européens et internes. En effet, ces derniers refusent la bilatéralisation, c'est-à-dire obliger l'auteur de la décision à différencier lorsqu'il applique uniformément la même norme à des situations différentes. Les juges français contrôlent la différence de traitement et considèrent l'universalité du traitement comme conforme, par principe, à l'exigence d'égalité. Pourtant, jusqu'ici, tout conflit en la matière a été évité entre juges européens et internes. Le dialogue des juges n'a pas alors permis de transfert conceptuel en matière de principes d'égalité.

En conclusion, le dialogue des juges ne peut être tenu comme un instrument de coopération en lui-même. Il constitue plus sûrement un instrument d'analyse des rapports que les juges instituent entre eux, par le jeu de leur interprétation. Le dialogue des juges peut revêtir alors le masque apaisant de l'adaptation pour un droit toujours plus cohérent, car constamment enrichi par les arguments des uns et des autres², comme celui de l'irréductible réversibilité³ des règles juridiques, qui inscrit le droit dans le mouvement perpétuel de la reconstruction et de la déconstruction.

¹ Cf. *supra*.

² Voir en ce sens M. Auvray, *Le dialogue du Conseil d'État et Cours européennes, l'exemple significatif du principe d'égalité*, *op. cit.* p. 719 et suivantes.

³ Nous empruntons le terme à G. Lyon-Caen, *Le droit du travail - Une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- D. Alland et S. Rials** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.
- Aristote**, *Ethique à Nicomaque*, Pocket, coll. Agora, Paris, 2007.
- C. Atias**, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, p.107.
- J.-L. Aubert**, *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 1998.
- J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier**, *Introduction au droit européen*, PUF., coll. Thémis droit, Paris 2008.
- X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier**, *La technique de cassation*, 4^{ème} édition, Dalloz-Sirey, Paris, 1998.
- E. Badinter**, *Le conflit, La femme et la mère*, Flammarion, 2010.
- G. Becker**, *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press, 2^{ème} éd.1971.
- A. Bénabent**, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Montchrestien, Domat droit privé.
- J.-L. Bodiguel, C.-A. Garbar, A. Supiot**, *Servir l'intérêt général, Droit du travail et fonction publique*, PUF, Paris, 2000.
- M. Boudot**, *Le dogme de la solution unique - Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 1999.
- N.Bourbaki**, *Théorie des ensembles*, Hermann, Paris, 1954.
- P.Bourdieu et J.-C. Passeron**, *Les héritiers*, Ed. De minuit, Coll. Le sens commun, 1964.
- P.Boudieu**, *La reproduction*, Ed. De minuit, Coll. Le sens commun, 1970.
- P. Bourdieu**, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, éditions du Seuil, Paris, 2000.
- P. Bourdieu**, *La Domination masculine*, Points Essais, Seuil, 2002.
- P.Boudieu**, *La distinction* Ed. De minuit, Coll. Le sens commun, 2003.

- M. Borgetto et R. Lafore**, *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, 2000.
- R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet** (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 8ème éd., Dalloz, Paris, 2002.
- L. Cadet** (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF n° 2004.
- G. Calvès**, *La discrimination positive*, 2e éd., Paris, PUF « Que sais-je ? », 2008.
- Carré de Malberg**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1922, t. 2.
- P. Cassia et T. Olson**, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, coll. Droit et Justice, PUF, Paris, 2006.
- R. Castel**, *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio Essais, Paris, 1995.
- R. Castel**, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil/La république des idées, 2003.
- R. Castel**, *La discrimination négative, citoyens ou indigènes ?*, Seuil, La république des idées, octobre 2007.
- D. Chagnollaud et G. Drago** (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006.
- P. Chareaudeau et D. Maingueneau** (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil Paris, 2002.
- J. Chevallier**, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 1992.
- A. Cieslar, A. Nayer, B. Smeesters**, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque**, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz.
- G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2007.
- R. Dehousse** (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Science-Po, 2002.
- M. Delmas Marty**, *Le flou du droit*, Quadrige, PUF, 2004.
- M. Delmas-Marty**, *Le relatif et l'universel*, Paris, Ed. Seuil, 2004.
- M. Delmas-Marty**, *Les forces imaginantes du droit - Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.
- R. Demogue**, *Traité des obligations en général*, 1923-1933, 7 t.
- H. De Pansey**, *De l'autorité judiciaire*, 2^{ème} éd., 1818.
- J. Donzelot, C. Mével, A. Wyvekens**, *Faire société. La politique de la ville aux États-Unis et en France*, Paris, éd. du Seuil, 2003.

- E. Durkheim** *Le suicide. Étude de sociologie*, PUF, Paris 1981.
- R. Dworkin**, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Française révisée et présentée par F. Michaut, PUF, 1995.
- R. Dworkin**, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978.
- R. Dworkin**. *L'empire du droit*. Paris, PUF, 1994.
- R. Dworkin**, *Une question de principe (A Matter of Principle)*, PUF, 1996.
- F. Eymard-Duvernay et E. Marchal**, *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Métaillé, Paris, 1997.
- L. Ferry, A. Renaut**, *Philosophie politique*, t. 3, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985.
- D. Frison-Roche**, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 3^{ème} éd., Paris, 2005.
- M. Foucault** *Les mots et les choses*, Gallimard, collection Tel, 1966.
- H. Gaudin (dir.)**, *Droit constitutionnel, droit communautaire. Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, 2001.
- H.L.A. Hart**, *Le concept de droit* (1ère éd 1961, 2nde éd 1993), Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles.
- M. Heidegger**, *Etre et temps*, Gallimard, 1986.
- E. Heilmann (dir.)**, *SIDA et libertés : la régulation d'une épidémie dans un Etat de droit*, Actes Sud, Arles, 1991.
- J.-P. Jacqué et L. Favoreu, J. Gerkrath**, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruylant, 1997.
- H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, coll. La pensée juridique moderne, L.D.G.J. - Bruyant, Paris 6 Bruxelles, 1999.
- Kewening W.**, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, vol.I, Frankfurt am Main, Ed. Athenäum, 1972
- G. Koubi (dir.)**, *De la citoyenneté*, Paris, Ed. Litec, 1995.
- J.P. Le Crom (dir.)**, *Deux siècles de droit du travail*, Paris, Ed. De l'Atelier, 1998.
- P. Lockie et A. Lyon-Caen (dir.)**, *Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005.
- C. MacKinnon**, *Feminism Unmodified : Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

- C. MacKinnon**, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989 et A. Dworkin, *Intercourse*, Free Press, New York, 1987.
- P. Magnette**, *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2001
- S. Maillard**, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.
- T.H. Marsall**, *Citizenship and social class*, (sociologue anglais), Cambridge, Editions Cambridge University press, 1950, p. 154; réédité *Citizenship and social class*, T.H. Marshall et T.B. Bottomore, London, edition Pluto press, coll. Classic, 1992.
- V. Martenet** *Géométries de l'égalité*, Bruylant, 2003.
- K. Marx**, *Le Capital et Critique de l'économie politique*, dans *œuvres*, Paris, Gallimard, 1965
- K. Marx et F. Engels**, *L'Idéologie allemande*, Paris, Éditions Sociales, 1974.
- B. Mathieu**, *La loi*, Dalloz, coll. Connaissances du droit, Paris, 2010.
- J.-S. Mill**, *A system of logic*, Harper & Row Publishers, New York, 1843; version française: *système de logique*, P. Mardaga, coll. Philosophie et langage, Paris, 1988.
- A. Minc**, *La France de l'an 2000*, rapport au Premier ministre de la commission du Commissariat général du Plan, Odile Jacob, La Documentation française, Paris, 1994.
- Montesquieu**, *De l'esprit des lois*, Ed. Flammarion, 1993
- F. Ost et M. Von de Kerchove**, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989.
- F. Ost et M. Van De Kerchove**, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- F. Ost et M. Van de Kerchove**, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruxelles, 2002.
- I. Pernice**, *Les fondements constitutionnels de l'Union européenne*, Pédone, 2003.
- J. Picquart**, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009.
- K.-R Popper**, *La logique de la découverte scientifique*, Bibliothèque scientifique Payot, Paris, 1973.
- A. Przeworski et H. Teune**, *Logic of Comparative Social Inquiry* Krieger Pub Co (March 1982).**J. Rawls**, *Théorie de la justice* (1971), trad. par C. Audard, Paris, Seuil, 1987.
- J. Rey-Debove et A. Rey** (dir.), *Dictionnaire Robert 2008*, Paris 2008.
- G. Ripert** , *Les forces créatrices du droit* , L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1955.

- J. Rivero**, *Les libertés publiques*, T.1, PUF, 2 éd., 1978.
- Robert, Paul**, *Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, deuxième édition dirigée par Alain Rey, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2001, en 8 volumes.
- H. Roland**, *Lexique juridique - expression latines*, Objectif droit, Litec, Paris, 2010.
- H. Roland et L. Boyer**, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd. 1999, n° 453.
- P. Rosanvallon**, *Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1992, Folio-Histoire, 2001.
- P. Rosenvallon**, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. Seuil, 2008.
- F. de Saussure**, *Cours de linguistique générale*, 5ème édition, Payot, 1955.
- A. Sen**, *Repenser l'inégalité*, trad. P. Chemla, Seuil, Paris, 2000 et plus récemment du même auteur, *L'idée de justice*, trad. P. Chemla et E. Laurent, Flammarion, Paris, 2010.
- E. Serverin**, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, Presse universitaire de Lyon, 1985.
- F. Stasse** « Égalité et discrimination positive », Regards sur l'actualité, *La documentation française*, 1997.
- Y. Stavo-Debaugue Rapport pour la Commission** Cantelli, F., Roca M., "Introduction générale" (avec J. Stavo-Debaugue et L. Pattaroni), *Sensibilités pragmatiques. Enquêter sur l'action publique*, P.I.E Peter Lang, vol.
- A. Supiot**, *Critique du droit du travail*, Quadriga, PUF, Paris, 2002.
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette**, *Droit civil - les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009.
- M. Troper** *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994.
- M. Troper**, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, PUF, 2001.
- M. Troper**, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF 2003.
- A. de Tocqueville**, *De la Démocratie en Amérique*, Folio histoire, Paris, 2001.
- G. Tusseau** (dir.), *Les notions juridiques*, Ed. Economica, Coll. Etudes juridiques, 2009.
- C. Volpilhac-Auger, C. Verdier, et Société Montesquieu**, *Œuvres complètes de Montesquieu*, Oxford, Voltaire Foundation, 2008.
- F. Zenati**, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

MÉLANGES

Études offertes à J.-M Auby, *Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques* Dalloz 1992.

Mélanges en hommage à J. Boulouis, *L'Europe et le droit*, Dalloz, 1991.

Mélanges en l'honneur de G. Braibant, *L'Etat de droit*, Dalloz, 1996.

Mélanges R. Cassin, *Protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, tome 3, A. Pédone, Paris, 1971.

Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

Mélanges J.-P. Colson, *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité*, Presses universitaires de Grenoble, 2004.

Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presses de l'université de sciences sociales, Toulouse, 2001.

Mélanges en hommage à R. Drago, *L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996.

Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975.

Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch, *Les droits de l'homme et la Constitution belge*, Bruylant, Bruxelles, 1972, T.II.

Mélanges B. Genevois, *Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.

Mélanges en hommage à G. Isaac, *50 ans de droit communautaire*, vol. II, Toulouse, Presse de l'Université de Science sociales, 2004.

Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, *Les mutations contemporaines du droit public* - Dalloz, 2002.

Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, *Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007

Mélanges P. Lambert, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000.

Mélanges offerts à Gérard Lyon-Caen, *Les transformations du droit du travail*, Dalloz, Paris, 1989.

Mélanges M. Miaille, *Autour de critique du droit*, Faculté de Droit de Montpellier, collection Mélanges, 2009.

Mélanges en l'honneur du professeur R. Ottenhof, *Le champ pénal*, Éd. Dalloz, 2006.

Mélanges en l'honneur de J. Pelissier, *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004.

Mélanges R Ryssdal, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal : the European perspective : studies in memory of Rolv Ryssdal, Protecting human right - C. Heymanns, 2000.

Mélanges en l'honneur de J. Savatier, *Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF, Paris, 1992.

Études en hommage à Mme le professeur H. Sinay, *Le droit collectif du travail*, Francfort - Berne, Peter Lang éd., 1994.

Mélange offert à P. Teitgen, *Etudes de droit des communautés européennes*, Paris, Pedonne, 1984.

Mélanges en l'honneur de F. Terré, *L'avenir du droit*, Dalloz, Paris, 1999.

Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001.

Mélanges offerts à M. Waline, *Le juge et le droit public – 1974*.

THÈSE

Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, L.G.D.J., 2004.

N. Boccadoro, *Le droit au logement*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2007.

M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, Cujas, Paris, 1987.

D. Decheneaud, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., Paris, 2008.

E. Durlach-Vallerin, *Droit à l'emploi et droit du travail*, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006.

- F. Ewald**, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.
- N. Font**, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, collection « Nouvelle bibliothèque de thèse », volume 85, 2009.
- F. Gény**, *Méthodes et sources d'interprétation en droit privé positif*, tome 1, L.G.D.J., 2ème éd., 1919.
- V. Gimeno Cabrera**, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004.
- C. Guelfucci-Thibierge**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé. 1992.
- O. Jouanjan**, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll. Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992.
- P. Mavridis**, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003,
- M. Mercat – Bruns**, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Paris, L.G.D.J., 2001.
- A. Pinna**, *La mesure du préjudice corporel*, L.G.D.J., Paris, 2007.
- J. Porta**, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J, 2008.
- A.-S. Lucas-Puget**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2005.
- D. Sabbagh**, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Economica, 2003.
- M. Touzeil-Divina**, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart, 1799-1860*, L.G.D.J., 2007.
- G. Tusseau**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.
- C. Vigour**, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*. Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2004.
- G. Weiszberg** *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, G. Weiszberg, thèse soutenue le 7 novembre 2003 à l'Université Panthéon-Assas.

ARTICLES

- J. Affichard, A. Lyon-Caen, S. Vernac**, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail - Quelques leçons d'un programme de recherche », *R.D.T.* 2009, p.631.
- D. Béchillon**, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p.973
- J. Bell**, « Le règne du droit et le règne du juge : vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit », in *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, 1996, p.15.
- M.-C. Belleau**, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D. Civ.* 2001 p. 1.
- D. Berland et R.-A. Hansen**, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne », *Dr.Soc.* 1998, p. 919.
- C. Blumann**, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2001, p. 277.
- S. Bonnafous et P. Fiala**, « Est-ce que dire la race en présuppose l'existence », *Mots*, n°33, 1992, p. 11.
- G. Braibant**, « La Charte des droits fondamentaux », *Dr. Soc.* 2001, p.69.
- P. Brunet**, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Paris, Economica, 2006, p.207.
- P. Brunet**, « Les juges européens au pays des valeurs », *La Vie des idées*, 9 juin 2009. ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html>.
- G. Canivet**, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *Les Petites Affiches*, 2004, n°199, p.45.
- G. Canivet**, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloges de la « bénévolance » des juges », *R.S.C.* 2005, p.817.
- N. Catala**, « Coopération des États européens dans le domaine social. Libre circulation des travailleurs », *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 600, n°52.
- M.-F. Christophe-Tchakaloff**, « Fonction publique et droit communautaire », *A.J.F.P.* 2001, p.4
- L. Cluzel-metayer** « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *R.F.D.A.*, 2010, p. 309.

- Constantinesco**, « La constitutionnalisation de l'Union européenne » in *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, J. Rideau (dir.), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 133.
- P. Deumier**, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *R.T.D. civ.* 2007, p.536.
- F. Favennec-Héry**, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué » *Dr. Soc.* 2007, p. 4.
- A. Fenet et G. Soulier (dir.)**, *Les minorités et leurs droits*, L'Harmattan, Paris, 1989, p.111.
- L. Ferry et A. Renaut**, « Droits-libertés et droits-créances. Raymon Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, n°2/1985, p. 75-84 s.
- R. Guastini**, « Interprétation et description de normes », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p.98.
- P. Gérard**, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », in M. Van De Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1978, p.62.
- F. Guiomard et S. Robin-Olivier**, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts » de F. Guiomard et S. Robin-Olivier, in *Diversité et discrimination raciales - une perspective transatlantique*, sous la direction de F. Guiomard et S. Robin-Olivier, Thèmes et Commentaires - Actes, Dalloz, Paris, 2009.
- G. Haarscher**, « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 25-46.
- J.-J. Israël**, « La non-discrimination raciale dans les textes constitutionnels français : présence ou absence » *Mots* n°33, 1992, p. 343.
- A. Jeammaud**, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299.
- E. Jeuland**, « L'égalité dans les liens de droit », *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, t.1p.29 2008.
- O. Kaufmann**, « Le droit social comparé », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org/>
- K. Kmiec**, « The origin and current meanings of «judicial activism» », *California Law Review*, p.1441.

- F. Kessler**, « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », *R.D.S.S.* 2007, p.197.
- H. Labayle et J.-L. Sauron**, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *R.F.D.A.* 2005, p.1
- S. Latraverse**, « Traditions françaises et politique européenne de lutte contre les discriminations. À la lumière de trois directives européennes récentes », *Informations sociales*, 2005/5, n° 125, p. 94.
- S. Latraverse**, « Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques », Colloque DRESS – MIRE et HALDE, BNF mercredi 2 décembre 2009 http://www.halde.fr/IMG/pdf/Colloque_DRESS_MiRe_HALDE.pdf
- J.-M. Lemoyne de Forges** « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *A.J.D.A.* 2003 p. 1917.
- J.-M. Lemoyne de Forges**, « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *A.J.D.A.* 2005 p. 2285.
- A.-M. Le Pourhiet**, « Discrimination positive ou injustice », *R.F.D.A.*, Paris, mai-juin 1998, p.521.
- A.-M. Le Pourhiet** « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001, p.168.
- J.-P. Lhernould** : « Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales », *R.J.S.* 2004 p.263-265.
- A. Linden**, « Le juge et la discrimination », *S.S.L.* 2006, n° 1256, p. 21.
- D. Lochak**, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.
- D. Lochak**, « La race : une catégorie juridique ? » in Actes du colloque *Sans distinction de... race* (27 et 28 mars 1992) publiés par les Presses de la FNSP, revue *Mots* no 33.
- D. Lochak** « L'autre saisi par le droit », in *L'autre, Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Presses de Sciences po', 1996.
- D. Lochak** « Loi du marché et discrimination », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003.
- J.-P. Marguénaud et J. Raynard** : « Sources internationales. Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible », *R.T.D.civ.* 2004 p.373-375.

- C. Mascret**, « Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France », *R.D.S.S.* 2008, p.497.
- B. Mathieu**, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? » *D.* 1996, p. 282.
- F. Mélin-Soucramanien** « Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité - à propos du découpage électoral », *R.F.D.A.* 1999, p.815.
- L. Milano**, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *R.F.D.A.* 2006, p.447.
- M. Miné**, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni = Racial discrimination in the workplace : Legal approaches in France and the United Kingdom », *Travail et emploi*, ISSN 0224-4365 1999, n°80, p. 91-107.
- F. Moderne**, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.* 1999, p.722.
- R. Pelloux**, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *R.D.P.*, 1981, p. 53-68.
- C. Perelman**, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Arch. philo. dr.*, t. 23, 1978, p. 35-42, repris dans « Le raisonnable et le déraisonnable en droit- réflexions sur le droit », (Choix d'articles), *bibl. philo. droit*, vol. 29, *L.G.D.J.*, 1984, préf. M. Villey.
- C. Perelman**, « Égalité et Justice », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J Montchrétien, 1984.
- C. Perelman** « Égalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. 1, Etudes publiées sous la direction de Ch. Perelman, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruyant, Bruxelles, p. 322.
- C. Pérès**, « L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence », *D.* 2007, p.2439.
- C. Pettiti**, « Le travail de nuit des femmes, Aspects nationaux et internationaux », *Dr.Soc.* 1988, p. 302.
- E. Picard**, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, p.6.
- M. Pochard** « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *A.J.D.A.* 2003, p. 1906.
- Y. Poirmeur**, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000.

- J. Pouillon**, « L'œuvre de Claude Lévi-Strauss », *Race et histoire*, Denoël, Gallimard, Folio essais, Paris, 1987, p. 51.
- J. Rawls**, "Justice as fairness", 67, *Philosophic Review*, 164, (1958).
- S. Rials**, « L'office du juge », *Droits*, n°9, 1989, p.4.
- P. Rodière**, « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *J.C.P.* 2005, éd. G, I, 136.
- S. Rozez**, « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres (suite et fin) », *Chronique de droit européen*, VI. Droit de la sécurité sociale, *petites affiches*, 21 mai 2003.
- D. Sabbagh**, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, 1999, p.177.
- G. Sartori**, « Bien comparer, mal comparer », *Revue internationale de politique comparée*, vol.1, n°1, 1994 p. 22.
- A.-M. Schlesinger**, « The Supreme Court : 1947 », *Fortune*, January, 1947
- O. de Schutter**, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de « pleine reconnaissance » », in D. Borillo (sous la direction de), *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 64.
- S. Slama** « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *A.J.F.P.* 2003 p. 4.
- A. Spire et D. Merllié**, « La question des origines dans les statistiques en France. Les enjeux d'une controverse », *Le Mouvement social*, n° 188, p. 119-130.
- J. Stavo-Debaugé**, « Prendre position contre les catégories ethniques. Le sens commun constructiviste, une manière de se figurer un danger » in *Historicité de l'action publique*, Laborier Pascale & Trom Dany, Paris, PUF.
- J. Stavo-Debaugé**, « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations », *Carnets de Bords n°6 et 7*, 2003-2004.
- D. Simon**, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe* 2006, Rep. 2.
- P. Simon et J. Stavo-Debaugé**, « Les politiques antidiscriminations et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemporaines*, 53/2004, p. 57-84.
- Y. Struillou**, « L'office du juge administratif en contentieux public du travail », in M. Keller (dir.), *Procès du travail et travail du procès*, L.G.D.J., 2008, p.279.

- P.-A. Taguieff**, *Les fins de l'antiracisme*, Michalon, coll. Idées et Controverses, Paris, 1995, p. 568.
- M. Touzeil-Divina**, « L'article L.122-12 du code du travail confronté au droit public », *A.J.F.P.*, juillet-août 2006, p.172.
- M. Troper**, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, 1991, p.191
- K. Vasak**, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, p. 11-23.
- P. Waquet**, « Regard sur le Tribunal des conflits », *D.* 2002, p. 742.
- P. Westen**, "The empty idea of equality", *Harvard Law Review*, January 1982, Vol. 95, p. 537.
- C. Willmann**, « Le Conseil constitutionnel et les statistiques ethniques en entreprise », *Dr. Soc.* 2008, p. 166.
- C. Wolmark**, « La mise à nu de l'étranger », in *Frontières du droit, critique du droit. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., coll. Droit et Société. Recherches et Travaux, vol. 14, 2002, p. 155-159.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE DROIT PUBLIC INTERNE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- J.-M. Adam et F. Revaz**, *L'analyse des récits*, Paris, Seuil, 1996.
- E. Aubin et F. Fabbri**, L'individualisation des modes de recrutement, facteur de performance ?, ENACT Angers, mars 2006 ; Emploi public et performance : d'une gestion individuelle à une performance collective, ENACT Angers, Pôle de compétences ressources humaines, mars 2006.
- E. Ayoub**, *La fonction publique en vingt principes*, préface de Y. Gaudement, Editions Frison-Roche, 2^{ème} éd., Paris, 1998.
- V. Bernaud et L. Favoreu**, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- R. Bonnard**, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1943.
- M. Borgetto et R. Lafore**, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, Paris, 2000.
- M. Borgetto et R. Lafore**, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Paris, Montchrestien, 2009.
- G. Calvès**, *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La documentation française, 1999.
- G. Calvès**, *La discrimination positive*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.
- R. Chapus**, *Droit administratif général*, t. I, 13^e éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 1999, n° 140.
- R. Chapus**, *Droit du contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 2008.
- J. Chevallier**, *Science administrative*, PUF, 2^{ème} éd. 1994.
- C.-A. Colliard, G. Conac, J. Beer-Gabel**, *La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990.
- A. De Praneuf**, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, P. Dupont, 1868.
- P. Delvolvé**, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 12^e éd., 1992.
- O. Duhamel et Y. Mény**, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.
- L. Duguit**, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Boccard, 1923.

- C. Eastwood et P. Gay**, *La devise de la République est liberté, égalité, fraternité : Constitution de 4 octobre 1958*, Paris, Seuil jeunesse, 1999.
- C.Eisenmann**, *Cours de droit administratif 1949-1950*, Tome II, L.G.D.J., 1983.
- C.Eisenmann**, *Cours*, Paris, Droit public, 1957-1958.
- A. Esmein**, *Eléments de droit constitutionnel*, 6ème éd., Sirey, 1914.
- M. Espagne**, *Les transferts culturels franco-allemands*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- L. Favoreu, L. Philip**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2005.
- L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Trémeau**, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2002.
- L. Fougère** (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, coll. "histoire de l'administration française", Paris, C.N.R.S., 1974, XVI-1012.
- J. Foyer**, *L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008.
- F. Furet**, *Penser la Révolution française*, Gallimard, Paris, 1978, rééd. Folio histoire, 1985.
- F. Furet et M. Ozouf** (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1988.
- B.-A. Garner** (dir.), *Le Black's Law Dictionary*, St Paul, West Group, 7th ed.
- A. Heymann-Doat et G. Calves**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 9ème éd., 2008.
- E. Husserl**, *Logische Untersuchungen*, 1913, Vol. 2, 1^{re} partie.
- B. Jeanneau**, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954.
- G. Jeze**, *Les principes généraux du droit administratif*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Bibliothèque Dalloz, tome 2, 3ème éd.
- C. Kaftani**, *La formation du concept de fonction publique en France*, préface de G. Conac, L.G.D.J., 1996.
- G. Koubi** (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996.
- J.-F. Lachaume**, *Grands services publics*, Masson, 1989.
- P.Legrand**, *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 1996.
- M. Letourneur**, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Etudes et Documents 1951.

- M. Long, P. Weil, P. Delvolve, B. Genevois, G. Braibant**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Grands arrêts, 17e éd., 2009.
- F. Melleray**, *Droit de la fonction publique*, Ed. Economica, Coll. Corpus, 2005.
- G. Merland et D. Rousseau**, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- Y. Michaud** et Université de tous les savoirs-la suite (Paris), *Égalité et inégalités*, Paris, O. Jacob, 2003.
- W.J. Miscellanea, Ganshof Van Der Meersch**, *Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Université libre de Bruxelles et Centre interuniversitaire de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1972.
- R. Odent**, *Contentieux administratif*, Tome 2 Fasc. I. à VI., Dalloz-Sirey, 2007.
- P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey université, Paris 2007.
- J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès**, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008.
- P. Portier**, *L'égalité*, Centre de recherche juridique de l'Ouest, 2004.
- F. Rangeon**, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.
- D. Rousseau**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Ed. Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 1998.
- D. Rousseau**, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, 1996.
- D. Rousseau et F. Sudre** (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, éd. STH 1990.
- J.-J. Rousseau**, *Du contrat social, ou, Principes du droit politique : avec le discours sur l'économie politique*, [Farmington Hills, Mich] Thomson Gale, 2005.
- E.- J. Sieyès**, *Qu'est ce que le tiers-état ?*, Ed. Du Boucher, Paris 2002.
- Y. Tanguy**, *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, Préf. J.-Cl. Hélin et Y. Parts, L.G.D.J. 1979.
- B. Thomas-Tual**, *Le droit de la fonction militaire*, Ellipses, 2005.
- E. Todd**, *Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Paris, Éditions du Seuil, 1994, p. 20.

D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J. 1977.

G. Vedel, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

PUBLICATIONS DU CONSEIL D'ÉTAT

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

– Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales :

Sur le principe d'égalité. (Études et documents n.48), La Documentation française, 1997.

– Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales :

L'intérêt général (EDCE, n° 50), 1999.

– Rapport public du Conseil d'État, 2003, Considérations générales :

Perspectives pour la fonction publique, 2003.

Collection « Les études de la Documentation française »

– Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

La justice administrative en pratique, nlle édition, 2001.

PUBLICATIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– Les cahiers du conseil constitutionnel : n°6, Collection : Cahiers du Conseil Constitutionnel Dalloz, 1999, *Sur la Coopération internationale et juridictions constitutionnelles étrangères*.

– Actes de colloque : *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la dir.), Publication dans la collection spécifique des Cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2007.

– Conseil constitutionnel, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989.

PUBLICATIONS DU CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

M. Monrique, *Place des femmes dans la professionnalisation des armées*, Avis et rapports du Conseil Economique et Social, 2004 cf. <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/doclon/04070920.pdf>

RAPPORTS

Travaux de l'association Henri-Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, tome XIV, Dalloz, Paris, 1965.

Rapport au Premier ministre : M. Pochard, *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, 25 septembre 2006, Paris, La Documentation française, 2007.

THÈSE

O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Paris, 2004.

G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, L.G.D.J., 1998.

S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française, (1789-1799)*, Economica-. PUAM, 1995.

F. David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, Thèse pour le Doctorat de l'Université de Poitiers, droit public 2001.

R. Debbasch *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988.

P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Thèse, L.G.D.J., 1969.

L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2008.

B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, STH, 1988.

B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954.

- O. Jouanjan**, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, PUAM 1992.
- D. Linotte**, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse de doctorat, [s.n.], 1975.
- F. Mélin-Soucramanien**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.
- V. Ogier-Bernaud**, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, thèse, Université Aix-Marseille III, sous la direction de M. le professeur Favoreu, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2003.
- G. Pélissier**, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse, Paris, dact., 1995.
- G. Pélissier**, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- S. Rials**, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., tome 135, Paris 1980.
- P. Sardan**, *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, thèse Bordeaux I, 1972.
- A. Zarca**, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, Thèse Paris 1.

ARTICLES

- P. Ardant**, « L'égalité des personnes en droit public ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine*, sujet de droit, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, Paris, PUF, 1994, p.143.
- P. Auvret** « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *R.D.P.* 1983, p.1571.
- R. Bonnard**, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoirs », *R.D.P.* 1923, p.362.
- E. Broussy, et F. Donnat et C. Lambert**: « Discrimination, L'actualité juridique » ; *D.A.* 2006 p.1153.
- G. Braibant** « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État » in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989.

J. Carbajo, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *A.J.D.A.* 1981, p. 179.

P. Cassia, « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », *J.C.P.-A-* 2007, n°41, p.35.

B. Castagnède, « Le contrôle de constitutionnel d'égalité fiscale », *L.P.A.* 2001 n°86-87 p.4.

G. Calvès « Communauté homosexuelle et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *D.*, 2005, p. 1497.

G. Calvés, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *A.J.D.A.* 2009, p.1386.

J.-F. Cesaro, « Différence de statut, différence de salaire et devoir de motivation », *J.C.P. S.* 2007, n°1909.

D. Chagnollaud, « La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives », *D.* 2005, p.100.

R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966.Chron.p.99 et s.

J. Chevallier, « L'intérêt général dans l'administration française », *R.I.S.A.* 1975, p.329.

C. Cournil, « A quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *R.D.S.S.* 2004 p. 872.

M. Deguegue, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *A.J.D.A.* 1995, n° spécial, p. 211.

M.-P. Deswarte, « Intérêt général, bien commun », *R.D.P.* 1988, p. 1289.

V. Fabre-Alibert, « Le principe d'égal accès aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle », *R.D.P.* 1992, p.425.

L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité », *Mélange Eisenmann*, (1976), Paris : Cujas, p. 235.

L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *R.D.P.* 1982, p.395.

L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars1986) », *R.D.P.* 1986, p.436.

L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *A.I.J.C.*, 1988, IV, p.51.

- L. Favoreu**, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », *R.F.D.C.*, 1990, p 72.
- L. Favoreu**, « L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1991, n°13, p 17.
- L. Favoreu**, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », *Mélanges J.M Auby*, Dalloz 1992.
- L. Favoreu**, « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p 25.
- L. Ferry et A. Renaut**, « Droits libertés et droits créances », *Droits* 2, 1985, p.75.
- R. Fournalès**, « La prévention de la discrimination entre hommes et femmes n'est pas une composante nouvelle de l'ordre public », *A.J.D.A.* 2006. 439.
- M-A. Frison-Roche et W. Baranès**, « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p.361
- J. Garagnon**, « L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques », *Sirey*, 1956, p.66.
- B. Gauriau**, « Commentaire de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises », *La Semaine Juridique Social* n° 11, 6 Septembre 2005, n°1121.
- B. Genevois**, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998.
- S. Gervasoni**, « Principe du concours et libre circulation des travailleurs », *A.J.D.A.*, n°32, 2003, pp. 1734-1739
- V. Goesel-Le Bihan**, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.* 1997, p.243.
- M. Guyomar**, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », (concl.), *R.F.D.A.* 2007, p.384.
- M. Guyomar**, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », (concl.), *R.F.D.A.* 2008, p.575.
- A. Haquet**, « L'accès des femmes aux corps de l'armée », *R.F.D.A.* 2000, p. 342.

L.Idot : « Egalité de traitement. Un transsexuel peut bénéficier d'une pension de réversion si la condition de mariage requise est objectivement impossible », *Europe* 2004 Mars Comm. n° 75 p.19.

O. Jouanjan « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n°16, 1992, L'Etat/2, p. 131.

O. Jouanjan, « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *Le principe d'égalité*, Conseil d'Etat, La Documentaiton française, Paris, 1998, p. 169.

G. Koubi, « Réflexions sur la qualité de fonctionnaire citoyen », *L.P.A.* 29 juillet 1989, p. 2.

G. Koubi, « Droits civiques des agents publics et application de l'article 5 du statut général des fonctionnaires », *D.* 1989, chron. p. 61.

G. Koubi, « Droit et minorités dans la République française », in A. Fenet, G. Koubi, I. Schulte-Tenckhoff et T. Ansbach (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.197

M.-T. Lanquetin, « L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires », *Dr. Soc.* 2002, p. 178.

C. Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.*1982, p. 295-353.

S. Le Gall-Sampaio, « L'accès des femmes à la fonction publique militaire », *Droit et Défense*, 1998, °2, p. 21.

D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr.Soc.* 1987, p. 785.

D. Lochak, « Les minorités et le droit public français du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (collectif), L'Harmattan, 1989, pp. 111-185.

F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *R.D.P.* 1981, p.313.

F. Luchaire, « La protection constitutionnelle des droits et libertés », *Economica*, 1987, p. 229.

F. Luchaire. « Un Janus constitutionnel : l'égalité » in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* p.1229, 1983.

R. Manal, « Progrès de la féminisation dans les armées », *R.A.*, 1985, p. 61.

Y. Madiot, « La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995. Présentation », *R.F.D.A.* 1995, p. 868

B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.* 1995, n°125, p.6.

- B. Mathieu et M. Verpeaux**, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.*, 1995, n°51, p.4.
- F. Mélin-Soucramanien**, « Les adaptations du principe d'égalité devant le service public à la diversité des territoires : » , *Cah. C.N.F.P.T.*, n° 48, 1996, p. 48.
- F. Miclo**, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *A.J.D.A.*, doct., 1982, p.115.
- G. Morange**, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p.768.
- G. Morange**, « Le déclin du principe d'égalité dans les concours », *Mélanges Waline*, 1974, p. 621.
- R. Pelloux**, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *R.D.P.* 1982, p.909.
- B. Quiriny**, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *R.D.P.* 2006, p. 375.
- J. Rivero**, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », p. 349, in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966.
- J. Rivero**, « Droit public et droit privé : conquête, ou statu quo ? », *D.* 1947, Chr., p. 69.
- D. Rousseau**, « Chronique de jurisprudence constitutionnel 1990-1991 », *R.D.P.* 1992, p.109.
- D. Rousseau**, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement territorial », *R.F.D.A.* 1995, p. 876.
- P.-E. Spitz**, « A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°96-377 D.C. du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme », *R.F.D.A.* 1997, p.538.
- G.Timist**, « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p.208.
- L. Vallée**, « L'application de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le juge administratif », in F. Sudre et H. Surré, (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, n° 81, p. 346.
- G. Vedel**, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, p.179.

A. Werner, « Le précédent administratif, source de légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1987, p. 438.

A. Zaraca, « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *A.J.F.P.* 2005, p. 10.

A. Zaraca, « L'application du principe d'égalité entre fonctionnaire de corps différents, face cachée de la jurisprudence », *A.J.F.P.* 2005, p. 60.

OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

J. Arrighi de Casanova : obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *A.J.D.A.* 2004.1534.

E. Aubin: obs. sous C.E. 9 février 2005, Synd. nat. unitaire indépendant officiers de police, *A.J.D.A.* 2005, p. 1238.

J.-M. Auby : obs. sous C.E. 25 juillet 1975, Chaigneau, *Rec.* p. 436, *R.D.P.* 1976, p.342.

J.-B. Auby : obs. sous C.E. sect. 12 décembre 2003, Req. n° 245607, Billiemaz, *D.A.* 2004, comm. 47 et repères 3.

A. Bacquet : conclusions Commissaire du gouvernement, C.E. 1 février 1980, Peintures Corona, *Dr. Soc.* 1980, p.310.

M. Borgetto : obs. sous C.E. 29 décembre 1997, Cnes de Gennevilliers et de Nanterre, *R.D.P.* 1998, p. 899.

N. Boulouis : obs. sous C.const. 82-146 D.C. - 18 novembre 1982, *A.J.D.A.* 1983, p.74.

G. Braibant : obs. sous C.E. 9 novembre 1966, commune de Clohars-Carnöet, *D.* 1967 p.92.

P. Cassia : obs. sous C.E. 18 octobre 2002, n° 242896, Catsiapis, *A.J.D.A.* 2002, p. 1353.

P. Cassia : obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *A.J.D.A.* 2004.1385, tribune.

F. Chaltiel: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *P.A.* 14-15 juillet 2004, p. 3.

D. Chamussy : obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *A.J.D.A.* 2004.1937.

R. Chapus : obs. sous C.E. 21 décembre 1960, Serra et Vica-Blanc, *D.* 1961, p. 421.

J. Chevallier : obs. sous CE, sect., 13 février 1970, Dame Vigan, *Rec.* p. 110, *J.C.P.* 1970. II. 16350.

A. De Laubadère : obs. sous CE, sect., 13 février 1970, Dame Vigan, *Rec.* p. 110, *R.D.P.* 1970, p.403.

M. Gautier et F. Melleray: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *A.J.D.A.* 2004.1537.

B. Genevois : obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *R.F.D.A.* 2004.651.

M. Gilli : obs. sous CE, 27 octobre 1965, min. Éduc. nat. *Rec.* 1965, p. 557, *D.* 1966, p. 145.

M. Guyomar : conclusions du commissaire du gouvernement : C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348, *R.F.D.A.* 2009, p.1125.

M. Guyomar et P. Collin : obs. sous C.E. Ass. 30 novembre 2001, Ministre de la Défense c. M. Diop, *A.J.D.A.*, 2001, p. 1039.

L. Favoreu et L. Philip : obs. sous C.const. 62-18 D.C. - 10 juillet 1962, *R.D.P.* 1962 p.161.

D. Jean-Pierre : obs. sous C.E. sect., 12 décembre 2003, n° 245607, Billiemaz, *J.C.P. A* 2004, comm. p.1071.

D. Jean-Pierre : obs. sous C.E. 9 février 2005, Synd. nat. unitaire indépendant officiers de police, *J.C.P. A.* 2005, p. 642-645.

G. Jèze : obs. sous C.E., 9 mai 1913, Roubeau, *R.D.P.* 1913, p. 685.

G. Jèze : obs. sous C.E. 4 février 1944, Guieysse, *R.D.P.* 1944, p. 158.

J.-P. Kovar: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004 *R.T.D. eur.* 2004.580.

L’Huillier : obs. sous C.E. 1^{er} juillet 1936, *S.* 1937, III, p.105.

G. Liet-Veaux : obs. sous C.E. ass., 28 mai 1954, Barel, *R.A.* 1954.393.

G. Liet-Veaux : obs. sous C.E. 6 janvier 1956, Syndicat national autonome du cadre d’administration générale des colonies et Sieur Montlivet, *R.A.*, 1956, p.33.

D. Loschak : obs. sous C.const. 82-146 D.C. - 18 novembre 1982, *Dr.Soc.* 1983, p.131.

X. Magnon: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *Europe*, août-sept. 2004, p. 6.

A. Mathiot : obs. sous C.E. ass., 28 mai 1954, Barel, *S.* 1954.3.97.

F. Mélin-Soucramanien : obs. sous C.E. 28 mars 1997, Sté Baxter, *Rec.* p. 114, *R.F.D.A.* 1997.450.

F. Moderne : obs. sous C.E. 18 mai 1973, syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés, *A.J.D.A.* 1973, p.482.

G. Morange : obs. sous C.E. ass., 28 mai 1954, Barel, *D.* 1954.594.

H. Oberdoff, J.-P. Camby, A. Levade, J. Roux: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *R.D.P.* 2004.

B. Pacteau : obs. sous C.E. 1^{er} octobre 1976, Soucasse, *D.* 1977, p. 552.

J. Rivero : obs. sous C.E., 8 décembre 1948, Pasteau, *S.* 1949, 3, p. 43,

R. Savatier : obs. sous CE, ass., 19 février 1960, Chambre syndicale des médecins de la Seine, *J.C.P.* 1960. II. 11550.

V. Silvera : obs. sous C.E. 16 mai 1962, Sieur Lasserre, *A.J.D.A.* 1962, p. 632.

V. Silvera : obs. sous C.E. 17 janvier 1964, Bigay, *Rec.* 1964, tables, p. 917, *A.J.D.A.* 1964, p. 387.

A. Taillefait : obs. sous C.E. 18 octobre 2002, n° 242896, Catsiapis, *J.C.P. A* 2002, n° 1177.

A. Taillefait: obs. sous C.E. 9 juillet 2003, Req. n° 252761, Charbonnier, *JCP A* 2003, n° 1893.

J. Théry : obs. sous C.E. sect., 13 février 1970, Dame Vigan, *R.D.P.* 1970.p.403.

M. Touzeil-Divina, « La constitutionnalité de la LRU n'implique pas nécessairement le respect de l'indépendance des universitaires », *G.P.* 2010, n°252, p.14.

M. Verpeaux, D. Bailleul: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *D.A.* 2004, n° 130.

M. Verpeaux : obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *A.J.D.A.* 2004.1497, tribune

M. Waline : obs. sous C.E. 6 janvier 1956, Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et Sieur Montlivet, *R.D.P.* 1956 p. 1295.

M. Waline : obs. sous C.E. 28 avril 1938, Weiss, *Rec.* p. 379, *D.* 1939 III p. 41.

M. Waline : obs. sous C.E. 8 décembre 1948, Pasteau, *R.D.P.* 1949, p. 73.

J.-C. Zarka: obs. sous C.const. n° 2004-496 D.C., 10 juin 2004, *J.C.P. G* 2004. II. 10116.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE DROIT PRIVÉ INTERNE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- J.-L. Aubert**, *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7ème éd., 1998, p.86.
- P. Auvergnon (dir.)**, *Genre et droit social : Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Presses universitaires de Bordeaux, DL 2008.
- J.-M. Béraud, A. Jeammaud (dir.)**, *Le singulier en droit du travail*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006.
- D. Berthiau**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J., Paris, 1999.
- G.-H. Camerlynck**, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1966.
- G. Couturier**, *Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3ème éd., 1996.
- G. Couturier**, *Droit du travail. 2/ Relations collectives de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.
- L. Cytermann, T. Wanecq**, *Les politiques sociales : droit du travail, politiques de l'emploi et de la cohésion sociale*, PUF, Paris, 2010.
- E. Dockès, E. Peskine, C. Wolmark**, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, Paris, 2010.
- E. Dockès**, *Valeurs de la démocratie - huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthode du droit, Paris, 2004.
- F. Gaudu, R. Vatinet**, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, L.G.D.J., 2001.
- A. Jeammaud et A. Lyon-Caen (dir.)**, *Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique*, Actes Sud, 1986.
- A. Lyon-Caen, G. Borenfreund, M. A. Souriac, I. Vacarie (dir.)**, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005.
- M. Miné, H. Rose, Y. Struillou, G. Gélineau-Larivet**, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 2ème Ed., 2002.
- J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès**, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 2008.

J. Pélessier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 22e éd., Dalloz, 2004, n° 1024.

B. Teyssié (dir.) *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998.

P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons 2003.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

DOSSIER

A.J.P. numéro 7-8/2008, dossier sur « La Lutte contre la discrimination : la voie pénale », 2008.

PUBLICATIONS DE LA COUR DE CASSATION

Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, Laboratoire d'Epistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, La Documentation française, 1994.

Cour de cassation, *Etudes et documents : Egalité*, in Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2003.

Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 2008.

PUBLICATIONS DE LA HALDE

Délibération relative au refus d'embauche d'une personne au motif qu'elle fume n° 2007-32 du 12/02/2007.

Délibération relative à une prime d'expatriation réservée aux salariés étrangers n° 2007-282 du 22/10/2007.

Délibération relative à une décision de licenciement faisant suite à l'action en justice engagée par la salariée pour discrimination à l'embauche en raison de sa grossesse n° 2007-316 du 26/11/2007.

THÈSE

- P. Adam**, *L'individualisation du droit du travail*, L.G.D.J, 2005.
- L. Aouar**, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, sous la direction du Professeur I. Vacarie, soutenue le 7 décembre 2009 à l'Université Nanterre Paris X, non encore publiée.
- L.-E Camaji**, *La personne dans la protection sociale - recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, L.G.D.J., Paris, 2008.
- I. Cornesse**, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris 2001.
- M. Danti-Juan**, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.
- A. Ghirardello**, *La discrimination sur le marché du travail [Texte imprimé] : du problème de coordination à l'égalité dans l'emploi*, thèse soutenue à Paris X Nanterre, 2003.
- A. Fabre**, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J., 2010.
- F. Géa**, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Collection des thèses (Fondation Varenne), Paris, L.G.D.J., 2009.
- B. Géniaut**, *La proportionnalité dans les relations de travail - De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009.
- F. Guiomard**, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2000.
- L. Joly**, *Discriminations et emploi des personnes handicapées*, en cours.
- E. Lafuma**, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, 2008.
- O. Leclerc**, *Le juge et l'expert*, L.G.D.J., 2005.
- P. Lokiec**, *Contrat et pouvoir*, L.G.D.J, 2004.
- S. Nadal**, *Genèse, actualité et avenir de la négociation collective en tant que source du droit social*, Thèse soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2006.
- T. Pasquier**, *L'économie du contrat de travail*, Thèse soutenue à l'Université de Nanterre Paris X en 2008.

T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse sous la direction de M. Borenfreund, soutenue à Paris Ouest Nanterre la défense le 24 octobre 2009.

A. Vittolo-Ludmann, *Egalité, liberté et relation contractuelle de travail*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004

ARTICLES

M.-C. Amauger-Lattes, « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *J.C.P.E.* 2004, p.154.

P.-H. Antonmattéi, « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », *Dr. Soc.* 2009.

C.Artus-Jegou et Y. Beatrix, « Lutte contre la discrimination - Fiche pratique », *J.C.P. S.* 2007, 1776.

T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations », *Dr. Soc.* 2005, p. 188.

T. Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », *J.C.P.E.* 2006, p.1909.

T. Aubert-Monpeyssen, « Egalité professionnelle et ancienneté : à propos de l'arrêt *Cadman* » *C.J.C.E.* 3 octobre 2006, aff. C-17-05, *R.D.T.* 2006, p.393.

T. Aubert-Monpeyssen, « On ne peut pas contourner le principe d'égalité de rémunération par accord collectif » Soc. 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.411, *publié au Bulletin* et Soc. 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.213, *inédit*, *R.D.T.* 2007, p.320.

T. Aubert-Monpeyssen, « Principe « à travail égal, salaire égal ». - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *J.C.P.E.* 2007, p.1960.

T. Aubert-Monpeyssen, « Diplôme et égalité de traitement » Soc. 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-42.107, *R.D.T.* 2009, p.173.

T. Aubert-Monpeyssen : « Égalité salariale et pluralité d'établissements » Soc. 21 janvier 2009, n° 07-43.452, *R.D.T.* 2009, p.321.

T. Aubert-Monpeyssen, « L'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération » Soc. 30 avril 2009, n° 07-40.527, *R.D.T.* 2009, p.516.

T. Aubert-Monpeyssen et J.M. Gasser, « Que peut-on attendre du principe « à travail égal, salaire égal » ? », *R.D.T.* 2007 p. 632.

P.-H. Antonmattéi, « La qualification de salaire », *Dr. Soc.* 1997, p.571.

G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2006, p.822.

O.Barrat et D.Meurs « Les écarts de rémunération hommes-femmes : une position défavorable des femmes dans les grilles de conventions collectives », *Premières Synthèses* n° 11.3, DARES, mars 2003.

J. Barthélémy « Des incertaines vertus du nouveau régime des heures supplémentaires et complémentaires », *R.D.T.* 2007, p.696.

J. Barthélémy « Le principe d'égalité de traitement – Difficultés de promotion », *S.S.L.n° n°1439* Supplément du 29 mars 2010.

J.M. Béraud, « Liberté syndicale et Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. Soc.* 1986, p.384.

K. Berthou et A.Masselot, « La CJCE et les couples homosexuels », *Dr. Soc.* 1998, p.1034.

R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1923, p.363.

L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, « La lutte contre la discrimination syndicale. Millésime 2005 », *Dr. Soc.* 2006, p. 393.

G. Borenfreund, L. Camaji, A. Fabre, O. Leclerc, T. Pasquier, E. Peskine, J. Porta, C. Wolmark, « Droit du travail septembre 2008 - décembre 2008 » *D.* 2009, p.590.

G. Borenfreund et M.-A. Souriac « La négociation collective entre désillusion et illusion », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XX^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p.181.

G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003. 72.

C. Brisseau, « La religion du salarié », *Dr. soc.* 2008, p. 969.

A. Bugada, « une raison de droit transitoire : Cass. soc., 11 janvier 2005 », *D.* 2005, p.1270.

G. Calvès, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des retraites... », in *l'égalité des sexes : la discrimination positive en question* (dir. M. Tsujimura et D. Lochak), Société de législation comparée 2006, p.105.

Carby-Hall, « Les «closed shop» », *R.I.D.C.* 1991, p.775.

G. Carcassonne, « Modernisation sociale et régression politique », *Dr. Soc.*, 2002 (3), p. 254.

N. Catala, « L'entreprise », in *Traité de droit du travail*, G.-H. Camerlynck (dir.) t. 4, 1980, n° 11.

J. Cavallini: « L'âge de départ à la retraite d'un transsexuel est celui applicable au sexe acquis », *La semaine juridique - Social* 2006 n° 1450 p.31.

A. Cerf-Hollender, « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », in *Le champ pénal*. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, *D.* 2006, p.367.

J.-F. Cesaro, « Discrimination : la réparation de la discrimination syndicale dans l'avancement de la carrière », *J.C.P. S* 2006, n°1043, p.22

J.-F. Cesaro : « Égalité de rémunération entre salariés embauchés avant et après un accord de RTT » *La Semaine Juridique Sociale* n° 4, 24 Janvier 2006, p.1071.

J.-F. Cesaro, « Qualification professionnelle et principe d'égalité », *J.C.P.* 2007, n°1017.

J.-F. Cesaro, « Temps de travail et discrimination indirecte », *J.C.P.S.* 2007, n°1137.

J.-F. Cesaro, « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *J.C.P.S.* 2007, n°1493.

J.-F. Cesaro « Le principe d'égalité appliqué au plan de sauvegarde de l'emploi », *J.C.P.S.* 2008, n°1274.

J.-F. Cesaro : « Contrat de travail à durée déterminée d'usage et égalité de rémunération en cas de changement de norme collective » *La Semaine Juridique Sociale* n° 5, 27 Janvier 2009, n°1040.

J.-F. Cesaro, « Preuve de l'usage et de la discrimination en matière de rémunération des V.R.P. », *J.C.P.S.*, n°1258.

A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable » *Dr. Soc.* 1993, p. 363.

V. Chriqui « La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger », remis à Monsieur E. Besson, Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire le 13 juillet 2010, rapport consultable à l'adresse suivante : http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=1215.

F. Clerc « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT » *S.S.L.* 2004, n°1190, p.6.

F. Clerc « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique » *S.S.L.* 2006., n°1265, p.4.

L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *R.F.D.A.* 2010, p.309.

- M. Cohen**, « Droit syndical et expression d'opinions politiques », *D.* 1973. Chron. p.83.
- L. Collet-Askri**, « Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.* 2003. Chron. p.1309.
- J. Colonna**, « La rupture de la période d'essai pour un motif discriminatoire est nulle », *J.C.P.G.* 2005, II.10098.
- F. Debord, M.-C. Escande-Varniol, B. Géniaut, F.Khodri, E. Mazuyer, C. Wolmark**, « Droit du travail mai 2009 - août 2009 » *D.* 2010, p.342.
- M. Despax**, « Les conventions collectives », in *Traité de droit du travail*, (dir.) G.-H. Camerlync, *D.* 1966.
- M. Despax**, « Négociations, conventions et accords collectifs » *D.* 1989, p.520.
- J. Dirringer, Y. Ferkane, M. Sweeney**, « Le maintien du statut protecteur au mandat syndical annulé : naissance du représentant de fait ? », <http://www.unitedudroit.org/spip.php?article75>.
- J.-J. Dupeyroux**, « Projet de loi "relatif à la réduction négociée du temps de travail" adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 19 octobre 1999. Quelques questions », *Dr. Soc.* 1999, p.984.
- P. Durand**, « Dualisme de la convention collective » *R.T.D. civ.* 1939, p.353.
- E. Durlach**, « L'égalité dans les rapports de travail », *Action juridique N°: 199* Ed.CFDT p. 6.
- M.-C. Escande-Varniol, et J.-F. Paulin**, « La performance du salarié confrontée au droit du travail », *Travail et emploi*, n° 98, Avril 2004, p.95.
- F. Favennec-Héry**, « Épargne salaire, principe de transparence et non discrimination » *R.J.S.* 1/2 2002, p.2.
- F. Favennec-Héry**, « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *J.C.P. S.* 2006, p.1914.
- E. Fortis**, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *A.J.P.* 2008, p.303.
- S. Frossard**, « Discriminations au travail : aperçus de droit comparé franco-québécois », in F. Guiomard et S. Robin-Olivier, *Diversité et discrimination raciales - une perspective transatlantique*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2009.
- F. Gaudu**, « Droit du travail et religion », *Dr. soc.* 2008, no 9/10, p. 959

A. Gardin et A. L. Zabel, « Les discriminations raciales au travail », *R.J.S.* 2003, chron. p.87.

J.-M. Gasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal ? » », *R.J.S.* 8-9/07, p.687.

V. -N. Gavalda, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. Soc* 1999, p. 582.

F. Géa, « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens » à propos de l'arrêt Soc. 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, à paraître au *Bulletin, R.D.T.* 2009, p.584.

M. Grévy, « La discrimination dans la carrière des délégués », *Dr.Soc.* 1994, p.884.

T. Grumbach, « Citoyenneté, entreprise et contrat social », *D.O.* 1995, p.237.

P. Guerder, « Poursuite et répression pénale des discriminations en droit du travail », *Dr. Soc.* 1995, p.447.

F. Guiomard, « Droit du travail », *D.* 2006, Pan. p.410

C. Haguenu-Moizard, « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *R.I.D.C.* 1999.281.

J. Hauser : « Le licenciement du transsexuel », *R.T.D.civ.* 1996 p.579

F. Héas, « Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés » *J.C.P. S.* 2007, p.1179.

M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge » *R.F.D.A* 2010, p.323.

D. Jacotot, « La liberté conventionnelle limitée par le principe « à travail égal, salaire égal » », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 13, 25 Mars 2009, II 10056.

A. Jeammaud : « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299-316.

A. Jeammaud, « L'échec des « syndicats Front national » devant la Cour de cassation », *D.* 1998, p.389.

A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr.Soc.*2004, p.694.

A. Johansson, « La preuve de l'atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » et l'article 1315 du code civil », *R.J.S* 12/05, p.823.

A. Junter-Loiseau, « La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle », *Dr. Soc.* 1987, p.143.

M. Keller, « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *D.* 2002, p.1355.

J.-P. Laborde, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. Soc.* 1991, p.615.

J.-P. Laborde, « A propos du projet de loi sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », *Dr. Soc.* 2004, p.986.

X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *S.S.L.* 18 juin 2007, p. 7.

E. Laherre, « Le statut collectif sous le prisme du principe d'égalité de traitement », *S.S.L.* 2007, suppl. n° 1319.

Y. Lambert-Faivre, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé - II - Les droits des malades, usagers du système de santé », *D.* 2002, chron. p.1291.

P. Langlois, « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », *D.* 1997, chron. p.45.

P. Langlois « Le juge et l'employeur », , *Dr.Soc.* 2003, p.283.

P. Langlors et S. Stein, « La discrimination en matière de rémunérations », *S.S.L. suppl.* n°1256.

M.-T. Lanquetin, « De l'égalité des chances », *Dr.Soc.* 1996 p.494

M.-T. Lanquetin « Application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes à deux salariées de sexe féminin », *D.* 1998, p.259.

M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et du travail (à propos de la directive "refonte" 2000/54 CE du 5 juillet 2006) », *Dr. Soc.* 2007, p.861.

M.-T. Lanquetin, « La comparaison entre des fonctions différentes, une démarche préalable à la reconnaissance de la « valeur égale du travail » », *D.O.* 2009. p.135.

J. Lasserre Capdeville, « Le testing », *A.J.P.* 2008, p. 310.

R. Laulier, « À diplômes distincts, rémunération distincte : un nouveau principe ? », *R.D.T.* 2010, p.377.

O. Leclerc, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.*2006, p. 557.

- P. Legendre-Grandperret** « Discrimination syndicale en matière de carrière et de rémunération », *D.O.* 2001, p.633
- N. Léger**, « Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles », *J.C.P.S.* 2009, p. 602.
- R. Libchaber**, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *R.T.D. civ.* 2000, p.197.
- D. Lochak**, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.
- A. Lyon-Caen**, « Nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine : ordre des licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié », *D.* 1992, p.293.
- A. Lyon-Caen**, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle » in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses Universitaires de Toulouse, 2001, p.95.
- A. Lyon- Caen**, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie. A propos de la modification du contrat de travail » in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004.
- A. Lyon-Caen**, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *R.D.T.* 2006 p. 16.
- G. Lyon-Caen**, « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. Soc.* 2000, p.103.
- G. Lyon-Caen**, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *D.O.*, 2002 (644), p. 161-164.
- G. Lyon-Caen**, « L'état des sources du droit du travail – (agitations et menaces) », *Dr. soc.* p.1027.
- P. Lyon-Caen**, « La lutte contre les discriminations syndicales », in *Le syndicalisme salarié*, (dir.) B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier, Thèmes et commentaires, *D.* 2002, p.31.
- S. Maillard**, « Discrimination et harcèlement : précisions de la Cour de cassation », *D.* 2009, p.2857.
- L. Mallet et M.-L. Morin**, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, p. 660.
- J.-P. Marguénaud et J. Mouly**, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *R.D.T.* 2008, p.16.
- D. Martin et M. Mercat-Bruns**, « Approche comparative du droit de la non-discrimination » deuxième partie, *R.D.T.* 2009, p.58.
- H. Masse-Dessen et M.-A. Moreau**, « À propos du travail de nuit des femmes, nouvelle contribution sur l'application des directives européennes », *Dr Soc.* 1999, p.391.

B. Mathieu, « La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *D.O.*, 2002 (642), p. 44-54

M. Mercat-Bruns, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? » *R.D.T* 2007, p.360.

I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2008, p.648.

M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni », *Travail et Emploi* 1999, p.91.

M. Miné, « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal: À propos de la décision Moulin rouge », *D.O.* 2003, p.270.

M. Miné, « Consécration jurisprudentielle de la notion « discrimination indirecte » », *R.D.T.* 2007, p.247.

M. Miné, « Discriminations : une transposition laborieuse... (suite) Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *J.O.* 28 mai » *R.D.T.*2008, p.741.

M. Miné, « Égalité entre les femmes et les hommes dans la rémunération et le déroulement de carrière » Soc. 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-45.262, publié au Rapport et au Bulletin, *R.D.T* 2009, p.382.

M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.* 2001, p.1112.

P. Morvan, « Droit du travail », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 16, 18 Avril 2007, I 145

D. Noguéro, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. Soc.* 2002, p.589.

R. Pautrat, La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, *D.* 1994, chron. P.337.

M.-A. Péano, « L'intuitu personae dans le contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, p.129.

J. Pélissier, T.Aubert, M.C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier, B. Reynès, « Droit du travail janvier 2009 - avril 2009 » *D.* 2009, p.2128.

G. Pignarre, « Une inégalité de rémunérations peut être justifiée par une différence dans les parcours professionnels », *R.D.T* 2006, p.108.

G. Pignarre, « Que reste-t-il du principe « A travail égal, salaire égal... » ? Application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise » Soc. 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.128, *R.D.T* 2007, p.661.

M. Poirier, « Egalité de traitement et différence de statut » (deux parties), *D.O.* 2009, p.425 et p.491.

- X. Prétot**, « Le Conseil constitutionnel censure la redéfinition du licenciement pour motif économique inséré dans la loi de modernisation sociale », *Travail et Protection sociale*, 2002, p.7
- X. Prétot**, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation . . . », *Dr. Soc.*, 2002, p. 244-253
- X. Prétot**, « La conformité à la Constitution de la loi portant réforme des retraites : une décision bien peu conventionnel » *Dr. Soc* 2003, p.917.
- C. Radé**, « Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense », *Dr. Soc.* 1999, p.773.
- C. Radé et F. Champeaux** : « La dénonciation des accords et le principe d'égalité de traitement », *S.S.L.*, n° 1319, 10 septembre 2007, p.11.
- J.-E. Ray**, « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. Soc.* 1993, p. 103, spéc. p.106.
- J.-F. Renucci**, « La loyauté des preuves et les procédés dit de « testing » », *R.S.C.* 2002, p.879.
- J.-F. Renucci**, « Le principe de loyauté des preuves », *R.S.C.* 2006, p.879.
- B. Reynès**, « L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ? » *R.D.T.* 2007, p.702.
- S. Robin-Olivier**, « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *R.D.T.*, 2006, p. 133.
- P. Rodière**, « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle, négociation indépendante, subordonnée, "articulée" ? » *Dr. Soc.* 1982, p. 711.
- M.-P. Rongère**, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. Soc.* 1990, p.100.
- T. Sagardoytho**, « Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire », *A.J.P.* 2008, p.313.
- F. Saramito**, « Une décision décevante du Conseil constitutionnel », *D.O.*, 2002 (642), p. 41-43
- J. Savatier**, « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation » *R.J.S.* 1990, p. 67.
- J. Savatier**, « Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement », *Dr. Soc.* 1996, p.478.
- J. Savatier**, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Soc.* 1982, p.1.

J. Savatier, « Libertés religieuses et relations de travail », *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, 2001, Dalloz, p. 455.

J.-E. Schoettl, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *Les petites affiches*, 21 janvier 2002 (15), p. 3-34

O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. « Travail & Société », n° 28, Bruxelles, Peter Lang, 2001 p. 95 et s.

M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996, p.395.

M-A. Souriac, « Conflit du travail et négociation collective », *Dr. Soc.* 2001, p.705

G. Spyropoulos, « Monopole syndical d'emploi et la protection de la liberté syndicale », *Dr. Soc.* 1956, p.264.

A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.* 1990, p.485.

A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr.Soc.* 1992, p.215.

A. Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr.Soc.*, 1992, p. 382.

B. Teyssié, « Liberté, égalité », *Travail et Protection sociale*, 2002 (3), p. 3-4

H. Thiébault « L'employeur et le juge », *Dr.Soc.* 1997, p.133.

H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2005, p. 109.

H. Tissandier, « Principe « travail égal, salaire égal » et avantages individuels acquis : la confusion des genres ? » *R.D.T.* 2008, p. 115.

H. Tissandier, « De l'action en justice au principe « à travail égal, salaire égal » : un arrêt riche en enseignements » *Soc.* 12 février 2008, *R.D.T.* 2008, p.321.

H. Tissandier, « Des statuts juridiques distincts suffisent-ils à justifier une différence de rémunération ? » *Ass. plén.* 27 février 2009, n° 08-40.059, *R.D.T.* 2009, p.316.

J.-M. Verdier, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *J.C.P.* 1971.I.2422

J.-M. Verdier, « Liberté et égalité », in *Le droit collectif du travail*, Études en hommage à Mme le professeur Hélène Sinay, Francfort - Berne, Peter Lang éd., 1994, p.69.

J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. Soc.* 2001, p.1035.

J.-M. Verdier, « Les représentants des salariés : « protégés » ou « exposés » ? Liberté fondamentale et logique du statut, *Etudes offertes à Jean Pélissier*, p.571.

P.-Y. Verkindt, « l'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr. Soc.* 1995, p.870.

P.-Y. Verkindt, « Regards sur la discrimination syndicale », *J.S.L.* 2005, n° 173, p.1.

P. Waquet, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. Soc.* 1994, p. 677.

P. Waquet « Le juge et l'entreprise », *Dr. Soc.* 1996, p.472.

P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *R.J.S.* 1999, p. 383,

P. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. Soc.* 2003, n° 3, p. 276

P. Waquet, « La grève dans les services publics », *R.J.S.* 4/2003, chron. p.275.

P. Waquet, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », *R.D.T.* 2008, p.22.

C. Willmann, « Définir la race et l'ethnie, préalable contre le racisme en entreprise », *Dr. Soc.* 2007, p.936.

C. Zaidman, « Le régime universel : les objectifs et les difficultés de sa mise en place », *Dr. Soc.* 1996, p. 333.

OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès : obs. sous Soc. 20 février 2008, *D.* 2008. AJ. 696, et Pan. 2306.

A. Arseguet: obs. sous Soc 27 octobre 1999, arrêt EDF, *D.* 2000, Somm. p.374.

T. Aubert-Monpeyssen : obs. sous Soc 16 janvier 2007, *R.D.T.* 2007, p.320.

T. Aubert-Monpeyssen : obs. sous Soc. 21 février 2007, *R.D.T.* 2007, p.320.

J. Barthélémy : obs. sous Soc. 9 janvier 2007, *Dr. Soc.* 2007, p. 96.

M. Bonnechère : obs. sous Soc. 10 février 1999 *Dr. Soc.* 1999, p.410.

M. Bonnechère : obs. sous Soc. 3 juillet 2007, CRAMIF, *D.O.* 2007, p.587.

F. Bousez : obs. sous Soc. 25 mai 2005, *J.C.P.S.* 2005, p.1174.

F. Bousez : obs. sous Soc, 7 juin 2005, *J.C.P.S.*, 2005, n°1102.

A. Bugada : obs. sous Soc 11 janvier 2005, *D.* 2005, Jur. p. 270.

A. Bugada : obs. sous Soc. 4 février 2009, *J.C.P.S.* 2009, p.1173.

J.-F. Cesaro : obs. sous Soc., 1er décembre 2005, *J.C.P.S.* 2006, p.1071.

J.-F. Cesaro : comm. sous Soc., 1er décembre 2005, Sté Transports de tourisme de l'océan Ocecars c/ Gandon, *La Semaine Juridique Sociale* n° 4, 24 Janvier 2006, p.1071.

J.-F. Cesaro: obs. sous Soc. 28 avril 2006, « Égalité de rémunérations : à « statut juridique différent, salaire différent », *J.C.P.S.* 2006, p.1440.

J.-F. Cesaro: obs. sous Soc., 3 mai 2006, arrêt CRAMIF, *J.C.P.S.* 2006, p.1496.

J.-F. Cesaro : obs. sous Soc., 15 nov. 2006, *J.C.P.S.* 2007 p.1035.

E. Chevrier : obs. sous Soc. 28 avril 2006, *D.* 2006. IR. p.1334.

J. Colonna : obs. sous C.A. Grenoble, 13 novembre 2002, *Dr. Soc.* 2003, p.988.

E. Cornut : obs. sous Soc., 7 décembre 2005, *J.C.P.S.* 2006 p.1141.

D. Corrignan-Carsin : obs. sous Soc. 1er décembre 2005, *J.C.P.G.* 2006, II, 10017

D. Corrignan-Carsin: obs. sous Soc 18 janvier 2006, *J.C.P.* 2006, II, 10055.

G. Couturier : obs. sous Soc. 28 janvier 1998, *Dr. Soc.* 1998, p.523.

G.Couturier : obs. sous Soc. 27 octobre 1999, arrêt EDF, *Dr.Soc.*2000, p.185.

G.Couturier: obs. sous Soc. 9 juillet 2008, *Dr. Soc.* 2008, p.1146.

F. Duquesne : obs. sous Crim. 3 avr. 2007, *D.* 2007. AJ. 1424.

D. Everaert-Dumont : obs. sous Soc., 20 février 2008, « Différence de catégorie professionnelle et égalité de traitement », *La Semaine Juridique Sociale* n° 22, 27 Mai 2008, p.1305.

A. Fabre : obs. sous Soc. 9 janvier 2007, *D.* 2007. AJ. p.375.

F. Favennec-Hery : obs. sous Soc. 17 juillet 2001, *Dr. Soc.* 2001, p.1001.

F. Favennec-Héry : obs. sous Soc., 20 septembre 2005, *D.* 2005, IR p. 2551 ; *J.C.P.S.* 2005, p.1297.

B. Gauriau : obs. sous Soc. 24 septembre 2002, *Dr. Soc.*2002, p.1054.

M. Grévy : obs. sous Soc. 17 mars 1999, *Dr. Soc.* 1999, p.535.

F. Guiomard : obs. sous C.A. Bordeaux, 2 juin 2003, *D.O.* 2003, p.489.

F. Guiomard : obs. sous Soc. 9 novembre 2005, *D.* 2006, Pan. p. 410 et spéc. p.419.

F. Guiomard : obs. sous Soc. 3 mai 2006, arrêt CRAMIF, *R.D.T.* 2006, p.222.

M. Hautefort : obs. sous Soc. 16 février 2005, *J.S.L.* 2005, n° 164-2

H. Henay : obs. sous Soc. 28 septembre 2004, *D.O.* 2005, p.65.

B. Ines : obs. sous Soc. 16 avril 2008, *D.* 2008.

F. Jault-Seseke et M. Moreau : obs. sous Soc. 20 octobre 1998, *D.* 1999, p.524.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 17 juin 2003, *Dr. Soc.* 2004, p.694.

A. Jeammaud : obs. sous Soc., 25 mai, 1er juin, 21 juin, 5 et 6 juillet 2005, *D.* 2006, Pan. p.29 et spéc. p. 32.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 5 juillet 2005, *D.* 2006, Pan. p.32.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 9 novembre 2005, *Dr. Soc.* 2006, p.221.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 28 avril 2006, *D.* 2007. Pan. 179, spéc. p.185.

A. Jeammaud : obs. sous Soc., 3 mai 2006, arrêt CRAMIF, *D.* 2007 p.179.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 16 mai 2007, *D.* 2007, Pan. 3035.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 19 juin 2007, *D.* 2007, Pan. 3033.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 20 février 2008, *D.*2008, 2306, pan.

A. Jeammaud : obs. sous Soc. 10 juin 2008, *D.* 2009, p.191, Pan

P. Langlois : obs. sous Soc. 21 mars 1990, *Dr. Soc.* 1990, p.603.

P. Langlois : obs. sous Soc. 20 octobre 1998, *Dr. Soc.* 1999, p.125.

M.-T. Lanquetin : obs. sous Soc., 29 octobre 1996, arrêt Ponsolle, *D.* 1998, Somm. p.259.

M.-T. Lanquetin : obs. sous Soc. 16 juillet 1998, *Dr. Soc.* 1998, p.947.

M.-T. Lanquetin : obs. sous Soc. 28 mars 2000, *Dr. Soc.* 2000, p.589.

S. Laulom : obs. sous Soc. 26 juin 2008, *R.D.T* 2008, 747.

B. Lardy-Pélissier : obs. sous Soc. 15 mars 2005, *D.* 2005, Pan., p.2499.

J.-P. Lhernould : obs. sous Soc. 10 décembre 2002, *R.J.S.* 2003, n°152 et chron, *R.J.S.* 2003, p.207.

P. Lokiec : obs. sous Soc. 1er juin 2005, *J.C.P.* 2005, II, 10092.

A. Lyon-Caen: obs. sous Crim. 14 octobre 1986, *Revue de Sciences Criminelles.* 1987, p.460.

A. Lyon-Caen : obs. sous Crim. 4 décembre 1990, *R.S.C.* 1991, p.319

A. Lyon-Caen : obs. sous Soc. 29 octobre 1996, arrêt Ponsolle, *Dr. Soc.* 1996, p. 1013 (n°68 grands arrêts).

S. Maillard : obs. sous Soc. 10 juin 2008, *D.* 2008. AJ. 1770.

J. Mestre et B. Fagès : obs. sous Crim. 11 juin 2002, *R.T.D. civ.* 2002, p.498.

M. Miné : obs. sous T.G.I. Châlons-sur- Marne, 22 octobre 1997, *D.O.* 1999, p.71

M. Miné : obs. sous Soc. 9 janvier 2007, *R.D.T.* 2007, p.245.

J. Mouly : obs. sous Soc. 4 juillet 2000, *Dr. Soc.* 2000, p.919.

J.-M. Olivier : obs. sous Soc. 23 juin 2004, *T.P.S.* 2004, comm. 264.

E. Pahlawan-Sentilhes : obs. sous Soc. 3 mai 2006, arrêt CRAMIF, *D.* 2006, IR, p.1404.

M. Picq : obs. sous Soc. 9 novembre 2005, *J.C.P.S.* 2006, p.1276.

G. Pignarre : obs. sous Soc. 3 mai 2006, arrêt CRAMIF, *R.D.T.* 2006, p.108.

G. Pignarre : obs. sous Soc. 21 février 2007, *R.D.T.* 2007, p.66.

G. Pignarre : obs. sous Soc. 11 juillet 2007, *R.D.T.* 2007, p.661.

X. Prétot : obs. sous A.P. 2 juin 2000, *R.D.P.* 2000, p.1037

C. Radé : obs. sous Soc. 18 mai 1999, *Dr. Soc.* 1999, p.747.

C. Radé : obs. sous Soc. 18 janvier 2000, *Dr. Soc.* 2000, p.436.

C. Radé : obs. sous Soc. 13 janvier 2004, *Dr. Soc.* 2004, p.307.

C. Radé : obs. sous Soc. 28 septembre 2004, *Dr. Soc.* 2004, p.1144.

C. Radé : obs. sous Soc. 11 janvier 2005, *Dr. Soc.* 2005, p.323.

C. Radé : obs. sous Soc. 1^{er} décembre 2005, *Dr. Soc.* 2006, p.224.

C. Radé : obs. sous Soc. 11 janvier 2005, *Dr. Soc.* 2005, p. 323.

C. Radé : obs. sous Soc. 15 mars 2005: *Dr. Soc.* 2005, p.827.

C. Radé : obs. sous Soc. 21 juin 2005, *Dr. Soc.* 2005, p.1047.

C. Radé : obs. sous Soc. 18 janvier 2006, *Dr. Soc.* 2006, p.449.

C. Radé : obs. sous Soc. 21 février 2007, *Dr. Soc.* 2007, p.647.

C. Rade : obs. sous Soc. 15 mai 2007, *Dr. Soc.* 2007. 896.

C. Radé : obs. sous Soc. 20 février 2008, Alcatel, *Dr. Soc.* 2008, p.535.

J.-F. Renucci : obs. sous Crim. 11 juin 2002, *R.S.C.* 2002, p.879.

T. Revet : obs. sous Soc. 20 novembre 1986, *J.C.P.* 1987.II. p.2079.

Roy-Lousterneau : obs. sous Soc. 1 juin 1999, *Dr. Soc.* 1999, p.838.

R. Savatier : obs. sous Soc. 13 mai 1969 *D.* 1969. 528.

R. Savatier : obs. sous Crim. 5 avril 1973, *Dr. Soc.* 1974 p.291.

J. Savatier : obs. sous Soc. 20 novembre 1986, *Dr. Soc.* 1987.

J. Savatier : obs. sous Soc. 17 juillet 1996, *Dr. Soc.* 1996, p.1049.

J. Savatier : obs. sous Soc. 24 mars 1998, *Dr. Soc.* 1998. p.614.

J. Savatier : obs. sous Soc. 16 février 1999, *Dr. soc.* 1999, p.528.

J. Savatier : obs. sous Soc. 5 juin 2001, *Dr. Soc.* 2001, p.1050.

J. Savatier : obs. sous C.P.H. Lyon, 16 janvier 2004 et C.P.H. Paris, 17 décembre 2002, *Dr. Soc.* 2007. p.358.

J. Savatier : obs. sous Soc. 26 février 2002, *Dr. Soc.* 2002, p.560.

J. Savatier : obs. sous Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n°05-44806 *Dr. Soc.* 2007, p.357.

F. Signoretto : obs. sous Soc. 16 avril 2008, *R.D.T.* 2008, p.467.

J.-M. Verdier : obs. sous Soc. 13 mai 1969, *J.C.P.* 1970. II. 16208.

J.-M. Verdier : obs. sous Soc. 4 juin 1969 ; *J.C.P.* 1970. II. 16208, *D.* 1969, p.545.

J.-M. Verdier : obs. sous Crim. 5 avr. 1973, *J.C.P.* 1974. II. 17796.

M. Véricel : obs. sous Soc. 1er décembre 2005, *R.D.T.* 2007, p.42.

M. Véricel : obs. sous Soc. 9 janvier 2007, *R.J.S.* 2007, n° 346, p.250.

P.-Y. Verkindt : obs. sous Soc. 16 février 2005, *T.P.S.* 2005 p.113.

V. Wauquier : obs. sous Soc. 4 juillet 2000, *D.* 2001 p.737.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE DROIT EUROPÉEN

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- F. Benoît-Rohmer et de C. Grewe** (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, actes du colloque des 15 et 16 juin 2001, Presse universitaire de Strasbourg, 2003.
- G. Cohen-Jonathan**, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1989.
- D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak**, *Convention européenne des Droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Editions du conseil de l'Europe 1997.
- M.-T. Lanquetin, C. Pettiti et C. Sutter**, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Bruylant, 1994.
- J.-P. Marguenaud**, *CEDH et droit privé - L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001.
- J.-P. Marguenaud**, *La cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002.
- P. Muzny**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme- Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, tome 1 et 2, PUAM, Aix-Marseille, 2005.
- L.E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert** (dir.) *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica 1999.
- J.-F. Renucci**, *Droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 2002.
- F. Rivière**, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- F. Sudre**, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « que sais-je ? », Paris, 1997.
- F. Sudre** (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'I.D.E.D.H, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998.

F. Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003.

F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque / organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2005.

F. Sudre, R. Tinière, *Droit communautaire des droits fondamentaux. Recueil de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice » 2° éd. 2007.

F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, coll « Thémis », 5° éd., 2009.

F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. "Que sais-Je ?", n° 2513, 7° éd., 2008. Edition polonaise, 1993, Varsovie. Edition japonaise, 1994, Tokyo.

F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 9° édition, 2008, 843 p. Edition tchèque, 1997, Brno. Edition roumaine, Polirm, Bucarest, 2006.

F. Sudre, J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud, S. Rials, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

F. Sudre et H Surrel, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis-Bruylant, coll. Droit et justice, n° 81, 2008.

S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme- Trois années de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, vol. 2, Larcier 2005.

J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 1990.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

THÈSE

A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

A. Debet, *L'influence de la convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque des thèses, préface L. Leveneur, Paris, 2002.

B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2010.

M. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

ARTICLES

R. Abraham, « Article 25 » in *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), Economica, Paris, 2ème éd., 1999, p.584.

M. Bonnechère, « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe », *S.S.L.* 25 oct. 2004 n° 1187 et 2 nov. 2004 n° 1188.

M. Bossuyt, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.B.D.I.* 1980, p. 53

J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 67.

E. Decaux et P.Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme » (année 1996), *J.D.I.* 1997, p. 238.

E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2006, p. 851.

E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2007, p. 397

E. Dubout, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *R.T.D.E.* 2007, p.427

E. Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2008, p. 383.

P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail », *R.T.D. Civ.* 1939 p.353.

F. Edel, « Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme », communication au colloque *L'égalité*, organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, le Centre de Recherches en Théorie générale du Droit et l'association française de Philosophie du Droit, 16 et 17 octobre 2007.

M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Pettiti et al., Bruylant, 1999, p. 71.

J. Favard « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr.Soc.* 1999, p. 215.

J.-F. Flauss « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme » *A.J.D.A.* 2001, p. 1060

M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.* 1995, p. 156.

Ph. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (l'arrêt Karner c. Autriche du 14 juillet 2003) », *R.T.D.H.* 2004, p. 663.

G. Gonzalez, « Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », sous la direction de F. Sudre, en collaboration avec G. Gonzalez, M. Levinet, H. Surrel, *R.D.P.* 2005, p.755.

A. Gouttenoire-Cornut, « La réponse de la C.E.D.H. à la question de l'adoption par un parent homosexuel », *J.C.P.G.* 2002 II 10 074, p.885.

A. Gouttenoire, F. Sudre, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *J.C.P. G.* 2008, II 10071.

P. Jestaz, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommages à F. Terré, Dalloz, Paris, 1999, p. 417.

P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité » in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'I.D.E.D.H, F. Sudre (dir.), Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 72.

P. Lambert, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.* 1998, p.497.

K. Lenaerts et D. Arts, « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit* (Quatrièmes Journées René Savatier), Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p.101-134.

J.-P. Marguénaud, « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit ?* La Cour européenne des droits de l'homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives (Cour EDH, grande chambre, Thlimmenos c/ Grèce, 6 avr. 2000) », *R.T.D. Civ.* 2000 p. 434.

J.-P. Marguénaud, « Transsexualisme : la CEDH fait le saut de l'ange », *R.T.D. civ.* 2002, p. 862.

J.-P. Marguanaud et J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi teinte », *R.D.T.* 2008, p.16.

B. Maurer, « De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des droits de l'homme » : *R.T.D.H.*, 1999, p. 600-618.

R. Pelloux, « L'affaire irlandaise et l'affaire Tyler devant la Cour européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.* 1978, p. 379.

L.-E. Pettiti, « Réflexion sur les principes et les mécanismes de la Convention » in *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), Economica, Paris, 2ème édition, 1999, p.33.

F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.T.* 1979, p. 513

J. Rivero, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges René Cassin, Protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, t. 3, A. Pédone, Paris, 1971, p. 311.

J. Rochfeld, « C.E.D.H. et interprétation des contrats en droit privé », *R.D.C.* 2005, n°3, p.645.

F. Rome, « Elles se marièrent et eurent beaucoup d'enfants », *D.* 2008, p.401.

D. Rosenberg, « Enfin ... le juge européen sanctionne les violations du principe de non-discrimination raciale en relation avec le droit à la vie », *R.T.D.H.* 2005, p.171

D. Rosenberg, « Quand la grande chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination... l'épilogue de l'affaire Natchova », *R.T.D.H.* 2006, p. 655.

J. Schokkenbroek « The prohibition of discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of Appreciation », *Human Rights Law Journal* 1998, vol. 19 n°1 p.20.

- A. Simon**, « Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme- à propos de l'arrêt *Stec et autres c/ le Royaume-Uni* », *R.T.D.H.* 2006, p. 647.
- F. Sudre**, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis de l'assemblée du conseil d'Etat du 15 avril 1996, Mme Doukouré, à l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *R.F.D.A.* 1997, p. 966.
- F. Sudre** « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *J.C.G. G.* 1997 I 4000.
- F. Sudre**, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Les nouveaux droits de l'Homme en Europe*, XI^{ème} Congrès des 29, 30 et 31 mai 1997 organisé par l'Union des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.103.
- F. Sudre**, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G* 2000 I203, p.194
- F. Sudre**, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.* 2000, p. 28.
- F. Sudre**, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Mélanges Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p.1359.
- F. Sudre**, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p.821.
- F. Sudre**, « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », in S.F.D.I., colloque de Bordeaux, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, 2000, p.169.
- F. Sudre**, « Rapport introductif », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, direction F. Sudre et H. Labayle, Bruylant, coll Droit et justice (n°27), 2000, p.7.
- F. Sudre** (en collaboration avec J-L. Autin), « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable, l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001. Juridiquement fragile, stratégiquement correct », *R.F.D.A.* 2001, n°5, p.1000 à 1018.
- F. Sudre**, « La recherche de principes de procédure communs aux Etats membres de l'Union européenne ; L'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Rapport introductif », in *Cour de Cassation, Les principes communs d'une justice*

des Etats de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000, La Documentation française, 2001, p.27.

F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. éd G*, 2001, I, 335.

F. Sudre, « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » IV^o Congrès de l'Association française de droit pénal, « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ? », Bordeaux, 1999, *Rev pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, n^o2, p.335.

F. Sudre, « L'ordre public européen », in M-J. Redor (dir), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll « Droit et justice » n^o29, 2001, p.109.

F. Sudre, « Rapport introductif : La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. Sudre (dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis-Bruylant, coll. Droit et justice, n^o38, 2002, p.11-54

F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456.

F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 8^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2002.

F. Sudre (en collaboration avec A. Gouttenoire), « La compatibilité avec la CEDH de l'accouchement sous X (CEDH, 13 févr. 2003, Odièvre c/France) », *J.C.P. G.* 2003, II, 10049.

F. Sudre, « Exercice de jurisprudence-fiction : la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », Colloque de l'Université de Strasbourg, Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs (15 et 16 juin 2001), *R.T.D.H.* 2003, p.765.

F. Sudre, « L'intervention du ministère public au cours de la phase d'instruction, les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme », in I. Pingel et F. Sudre (dir), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant, "Droit et justice" n^o44, 2003, p.39.

F. Sudre, « Office du juge administratif et « déconventionnalisation » », *Mélanges Jean-Philippe Colson*, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 413 à 426

- F. Sudre**, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1499.
- F. Sudre**, « A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », *Mélanges Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p. 207.
- F. Sudre**, « Les approximations de la décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union", Réflexions critiques », *R.F.D.A.* 2005, p. 34.
- F. Sudre**, « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G.* I103 2005, p.82
- F. Sudre**, « L'Union européenne et les droits de l'homme (dir.) », *R.A.E* 2006-1, p.7.
- F. Sudre**, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative », *R.F.D.A.* 2006-2, p. 286.
- F. Sudre**, « L'Union européenne et les droits de l'homme (dir.) », *R.A.E* 2006-1, p. 7 à 109
- F. Sudre**, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. Fontaine (dir), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice » 2007, n°76, p. 261.
- F. Sudre** (en collaboration avec A. Rouyère), « La loi relative aux libertés et responsabilités des universités et les garanties statutaires des enseignants chercheurs », *J.C.P. G.* 2008, I, 153
- F. Sudre**, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2008-76, p.917.
- F. Sudre**, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in H, Ruiz-Fabri et J-M, Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, p. 171.
- F. Sudre**, « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité », *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 1015.
- F. Sudre**, « Au-delà du texte ... le juge européen », *Mélanges M. Miaille*, Faculté de Droit de Montpellier, collection Mélanges, 2009, p. 143.
- F. Sudre**, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.* 2009-3, p. 671.
- F. Sudre**, « Le mystère des « apparences » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 2009, n°79, p. 633.

S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in, *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, sous la dir. de V. Martens Bruxelles, éd. des FUSL, 2004, p. 19.

J.-M. Verdier « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme » in *Les orientations sociales du droit contemporain*, écrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, Paris, 1992, p. 427.

NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

P. Bodeau, obs. sous C.E.D.H. 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c. Allemagne *J.D.I.* 1995, p. 768.

F. Boulanger, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *J.C.P.* 2005, II, 10052.

G. Cohen-Jonathan, obs. sous C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, *C.D.E.* 1980, p. 473.

G. Cohen-Jonathan, obs. sous C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, *C.D.E.* 1979, p. 471.

A Gouttenoire, obs. sous C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, *G.A.C.E.D.H.*, n° 48.

F. Guiomard, obs. sous C.E.D.H. 30 septembre 2003, *Sommaires commentés*, *D.* 2004 p. 375.

J.-F. Flauss, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *A.J.D.A.* 2004, p. 1812.

J.-F. Flauss, obs. sous C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, *A.J.D.A.* 2000, p.537.

Ph. Malaurie, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *Defrénois* 2005, art. 32285.

J.-P. Marguénaud, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *R.T.D. civ.* 2004, p. 804.

J.P. Marguénaud, obs. sous C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, *R.T.D. Civ.* 2000, p.433.

J.-P. Marguénaud et J. Mouly, obs. sous C.E.D.H. 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, *D.* 1998, jurisprudence, p. 439.

M. Nicod, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *D.* 2005, p. 2124.

R. Pelloux, obs. sous C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, *A.F.D.I.* 1980, p. 317.

R. Pelloux, obs. sous C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, *A.F.D.I.* 1978, p. 400.

R. Pelloux, obs. sous C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire linguistique belge, *A.F.D.I.* 1968, p. 201.

E. Poisson-Drocourt, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *D.* 2005, p. 1832.

J. Rochfeld, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c. Andorre, *R.D.C.* 2005, p. 645.

P. Rolland, obs. sous C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, *J.D.I.* 1980, p. 457.

P. Rolland, obs. sous C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, *J.D.I.* 1982, p. 183.

P. Rolland et P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c. Belgique *J.D.I.* 1982, p. 183.

P. Rolland et P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, *J.D.I.* 1986, p. 1084.

P. Rolland et P. Tavernier « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, *J.D.I.* 1986, p. 1074.

P. Rolland et P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, *J.D.I.* 1989, p. 799.

D. Rosenberg, obs. sous C.E.D.H. 26 février 2004, Natchova et autres c. Bulgarie, *R.T.D.H.* 2005, p.171

E. Royer, obs. sous C.E.D.H. 22 janvier 2008, E.B. c. France, A.J., *D.* 2008, p.351.

F. Sudre, obs. sous C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, *J.C.P.* 2001.I.291, n°42.

F. Sudre, « Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme » obs. sous C.E.D.H. 4 juin 2002, Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas, *J.C.P.* 2002.I.157, p.1456.

F. Sudre, « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous C.E.D.H. 22 décembre 2004, *Merger et Cros c. France*, *J.C.P. G* I103 2005, p.8.

F. Sudre, obs. sous C.E.D.H. 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, *J.C.P.* 2005, I, 103, n° 15.

H. Surrel, obs. sous C.E.D.H., 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie* in « chronique jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (2007), F. Sudre (dir.), *R.D.P.* 2008, p.937.

J. Verhoeven obs. sous C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, *Affaire linguistique belge*, *R.B.D.I.*, 1970, p.353.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE DROIT COMMUNAUTAIRE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- P. Alston**, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001 p. 465-489.
- M. Blanquet, J. Boulouis, R.-M. Chevallier, D. Fasquelle**, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, 5^{ème} ed., tome 2, Dalloz, 2002.
- Y. Carlier** (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en européenne*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000.
- C. Clanet et autres**, *Construire une citoyenneté européenne*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 2007.
- D. Colas, C. Emeri et J. Zylberberg** (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1991.
- V. Constantinesco**, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, L.G.D.J., Paris, 1974.
- E. Ellis**, *The definition of Discrimination in european Community sex Equality Law*, Oxford university Press, 2005.
- J. Gicquel** (dir.), *Parlement européen et droit parlementaire : essai sur la naissance du droit parlementaire en droit européen*, L.G.D.J., 2006.
- I. Govaere, G. Vandersanden**, *La fonction publique communautaire – Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- D. Guégen**, *Le Parlement européen : pour une Europe des citoyens*, éd. Apogée, Rennes, 1994.
- M-T. Join-Lambert**, *Politiques sociales*, co- Ed. Sc.po et Dalloz, 1997.
- E. Laurant**, *L'exécution des arrêts de la C.J.C.E. en matière de manquements d'États*, CERRI, 1998.

- G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen**, Droit social international et européen, 8^e éd., Dalloz, Paris, 1993.
- P. Magnette**, *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2001.
- S. Maillard**, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008.
- T.-H. Marsall**, *Citizenship and social class*, Cambridge, Ed. Cambridge University press, 1950; réédité T.H. Marshall et T.B. Bottomore, *Citizenship and social class*, London, Ed. Pluto press, coll. Classic, 1992.
- V. Michel**, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- U. Mückenberger** (dir.), *Manifeste pour une Europe sociale*, Desclée de Brouwer, 1996.
- O. Quintin et B. Favarel-Dapas**, *L'Europe sociale, Enjeux et réalités*, La documentation française, Réflexe Europe, 1999.
- P. Rodière** (dir.), *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*, Série de publications de l'Académie de droit européen de Trèves, Volume 14, 1997.
- P. Rodière**, *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J. Lextenso, Paris, 2008.
- J.-M. Servais**, *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- D. Schnapper en coll. avec C. Bachelier**, *Qu'est ce que la citoyenneté*, Gallimard, Paris, 2000.
- D. Simon**, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001.
- B. Teyssié**, *Droit européen du travail*, LITEC, 2006.
- S. Van Raepenbusch**, *La sécurité sociale des travailleurs européens. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles, éd. De Boeck Université, coll. Bibliothèque de droit social, 2001.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

THÈSE

- E. Dubout**, *L'Article 13 T.CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- R. Hernu**, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003.
- A. Iliopoulou**, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.
- O. Jouanjan**, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll Droit Public Positif, Paris, Economica, P.U.A.M, 1992.
- D. Martin**, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- P. Mavridis**, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- J. Porta**, *La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, L.G.D.J, 2008.
- S. Robin Olivier**, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etudes à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix en Provence, 1999.

ARTICLES

- M.-C. Amauger-Lattes**, « A propos du « CDD senior ». Projet de décret modifiant l'article L. 122-2 du code du travail », *R.D.T.* 2006, p. 168.
- G. Apollis**, « Le principe d'égalité de traitement en droit économique communautaire », *R.M.C.*, 1980, p. 76.
- K. Berthou**, « Sur les discriminations positives. (C.J.C.E. 28 mars 2000, Badeck) », *Dr. Soc.* 2000 p.901.
- J.-Y. Carlier**, « La libre circulation des personnes dans l'union européenne », *chron. J.T.D.E.* 2002, p. 65.
- J.-Y. Carlier**, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *Cah. dr. europ.*, 2006, p.14.
- D. Berland et R.-A. Hansen**, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne », *Dr. Soc.* 1998, p. 919.

J.-M. Binon « L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : la « valse hésitation » du droit européen », *Cahier Droit Européen*, 1996, p. 660.

M. Bonnechère, « La libre circulation des travailleurs salariés dans l'Union européenne », *D.O.* 1995, p. 319.

M. Bonnechère, « Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ? » *Europe*, 2000 n°7, p. 4.

M. Bonnechère, « Citoyenneté européenne et Europe sociale », *Europe*, 2002 n°7, p. 6.

E. Broussy, F. Donnat, C.Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire. Droit institutionnel - Champ d'application du droit communautaire », *A.J.D.A.* 2008 p.2329.

E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire. Égalité de traitement - discrimination liée à l'âge », *A.J.D.A.* 2007 p.2249.

E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire. Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », *A.J.D.A.*, 2009 p.981.

Y. Cassard et P. Venturi, « La dimension européenne de la protection sociale », *Dr. Soc.* 1995, p. 772.

J. Cavallini, « De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior », *J.C.P.S.* 2005 p.25.

J. Cavallini, « Mise à la retraite d'office et non-discrimination fondée sur l'âge », *J.C.P.S.* 2008, p.29.

J.Cavallini, « Portée du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *La semaine juridique Sociale* 2008 n° 1595 p.19.

E. Cerexhe, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Etudes de droit des communautés européennes*, Mélanges offerts à P.Teitgen, Paris, Pedonne, 1984, p.33.

V.Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lockiec et A. Lyon-Caen (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 11.

V. Constantinesco « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à J. Boulouis, 1991, p.35.

M. Darmon et J.-G. Huglo, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un univers en expansion », *R.T.D.Eur.* 1992, p.1.

- F. David**, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres », *R.T.D.Eur.* 2003, p.561.
- M. Denis**, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2009 p.734-736.
- S. Detraz**, « La discrimination « par ricochet » : un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. Pén.* 2008, étude 10.
- P. Dollat**, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *Journal des tribunaux-Droit européen*, mars 2002, n°87.
- F. Fines**, « De l'influence de la « crise autrichienne » sur l'avenir de l'Union européenne », in *50 ans de droit communautaire*, Mélanges en hommage à G. Isaac, vol. II, Toulouse, Presse de l'Université de Science sociales, 2004, p. 105.
- J.-F. Flauss**, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *R.T.D.H.*, Numéro spécial, mars 2001, p. 486.
- A. Haquet**, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *R.T.D.E.* 2001, p.325.
- N. Hantali**, « Le Code des pensions civiles et militaires à l'épreuve du droit communautaire », *D.O.* 2003, p. 141.
- J. Hauser** : « Personnes et droits de la famille. Goodwin à Luxembourg: il ne manquait plus que la Cour de justice des Communautés européennes! », *R.T.D.civ.* 2004 p.266.
- J.-G. Huglo**, « L'interdiction du travail de nuit des femmes face au principe communautaire de l'égalité de traitement » *Dr. Soc.* 1991, p. 443.
- J.-G. Huglo**, « Obligation pour les États membres de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes », *D.* 1991, p. 443.
- L. Idot**, « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? », *Europe*, n°1, janvier 2004, chronique n°1, p. 3-4.
- L. Idot**, « Politique sociale - Mesures pour faciliter l'emploi des seniors et non discrimination », *Europe* 2006, p.19.
- L. Idot**, « Clauses de mise à la retraite d'office et égalité de traitement », *Europe*, 2007 p.25.
- A. Iliopoulou**, « What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. À propos de l'arrêt Garcia Avello », *R.T.D.Eur.* 2004, p. 565.

- L. Imbrechts**, « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *R.T.D.Eur.* 1986, p. 232.
- L. Imbrechts**, « L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes », *Dr. Soc.* 1994, p. 605.
- J.-P. Jacqué**, « Le principe d'égalité en droit économique », *F.I.D.*, La Haye, 1984, II, p.12.
- G. Karydis**, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *R.T.D.Euro.* 2002 n°1, p.1.
- F. Kessler**, « Conditions d'attribution d'un revenu minimum à un étudiant européen », *R.J.S.*, 2002, p. 11.
- F. Kessler**, « Sur les conditions d'accès d'un citoyen de l'Union européenne au bénéfice d'une prestation d'aide sociale », *R.D.S.S.* 2005, p. 245.
- N. Kerschen**, « Vers une individualisation des droits sociaux : approche européenne et modèles nationaux », *Dr. Soc.* 2003, p. 216.
- N. Kerschen**, « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de Sécurité sociale de 1945 », *Revue française de Science Politique* 1995, p.570.
- H. Labayle**, « Égalité des sexes et traitement du sexe le plus favorisé dans la Communauté, propos sur une jurisprudence récente de la Cour de justice », *R.M.C.* 1990, n° 333, p. 39.
- P. Laigre**, « L'application du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes aux régimes de retraite professionnels », *R.J.S.* 1994, p. 811.
- P. Laigre**, « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Dr. Soc.* 1993, p. 490.
- P. Lambert**, « La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe », *R.T.D.H.* 2001, p. 271.
- M.-T. Lanquetin**, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. Soc.* 1995, p. 438.
- M.-T. Lanquetin**, « De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, C.J.C.E. 17 octobre 1995 », *Dr. Soc.* 1996, p. 496.
- M.-T. Lanquetin**, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, À propos de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 », *Dr. Soc.* 2007, p. 861, spécialement p. 865.
- M. Laroque**, « Coordination et convergence des systèmes de Sécurité sociale des États membres de la CEE », *Dr. Soc.* 1993, p. 792.

- O. Leclerc**, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.* 2006, p. 558.
- K. Lenaerts**, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *Cahier du Droit Européen*, 1999, p.3.
- J.-P. Lhernould**, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Dr. Soc.* 1997, p. 388.
- J.-P. Lhernould**, « Avantages sociaux et égalité de traitement. Une nouvelle étape dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *Dr. Soc.* 1999, p. 938.
- J.-P. Lhernould**, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Dr. Soc.* 2001 p.1103.
- D. Lochak**, « La citoyenneté un concept flou », in D. Colas, C. Emeri et J. Zylberberg (dir.) *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, p. 179.
- P. Lockiec et S. Robin-Olivier (dir.)** « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *R.D.T.* 2006, p. 48.
- A. Lyon-Caen**, « Étranger – immigré – immigrant : question de définition », *R.D.S.S.*, numéro spécial « Immigration et protection sociale », 1987, p.189.
- A. Lyon-Caen**, « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne », *Dr. Soc.* 1989, p. 467.
- A. Lyon-Caen**, « Libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne », *Dr. Soc.* 1989, 526.
- A. Lyon-Caen**, « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelques perspectives », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1991, p. 108.
- G. Lyon-Caen**, « Jurisprudence récente en matière de sécurité sociale, obs. sous arrêt C.J.C.E. 19 mars 1964, aff. 75/63 », *Dr. Soc.* 1964, p. 660.
- G. Lyon-Caen**, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht » *D.* 1993, p.149.
- G. Lyon-Caen**, « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr. Soc.* 1994, p.80.
- G. Lyon-Caen**, « Subsidiarité et droit social européen » *Dr. Soc.* 1997, p.382.
- A. Masselot**, « La C.J.C.E., le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ? » : *Cah. dr. eur.* 2000, p. 637.

- D. Martin**, « « Discrimination », « entraves et « raisons impérieuses » dans le traité C.E. : trois concepts en quête d'identité », *Cahiers de Droit Européen*, 1998 p. 261.
- D. Martin**, « Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres - Réflexions à partir de l'arrêt Age Concern », *Journal des tribunaux du travail*, 2009 p.241.
- P. Mavridis**, « Y-a-t-il une libre circulation des chômeurs, réflexions après la révolte », *Dr. Soc.* 1998, p.472.
- R. Mehdi**, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », *R.T.D.E.* 2003, p.23.
- M. Miné**, « Discrimination : une transposition laborieuse », *R.D.T.* 2008, p. 532.
- J. Mouly**, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Dr. Soc.* 2002, p. 799.
- M.-A. Moreau-Bourles** « La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », *Dr.Soc.* 1989, p. 548.
- M.-A. Moreau**, « Rapport de synthèse », in *Trente ans de libre circulation des travailleurs en européenne*, Y. Carlier (dir.), Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000, p. 113.
- E. Muir**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance ». *Chronique des arrêts*, *R.D.U.E.*, 2006 p.466.
- A. Numhauser-Henning**, EU Sex Equality Law post Amsterdam, in *H. Meenan* Ed., p. 176.
- D. O'Keefe**, « La libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire. Acquis et perspectives », in J.Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.
- S. O'Leary, J.-M. Fernandez-Martin**, « Judicially-Created Exceptions to Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law*, 2002, OUP, p.162.
- P. Pescatore**, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contributions à la doctrine de l'interprétation téléologique des Traités internationaux », in *Les droits de l'homme et la Constitution belge*, Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch, Bruylant, Bruxelles, 1972, T.II, p. 325.

P. Pescatore, « Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodrigues Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, p.329.

M. Poiares Maduro, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in Philippe Alston, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001 p. 465.

X. Prétot, « La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté », *Dr. Soc.* 1989, p. 565.

X. Prétot, « Les pensions civiles et militaires et le droit communautaire. De l'application du principe de l'égalité de traitement » *Dr. Soc.* 2002, p. 1131.

J.-F. Renucci « Union Européenne des Droits de l'Homme : Les enjeux du Traité d'Amsterdam », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 1998 n°3, p. 326.

P. Ricoeur, « Ontologie » in *Encyclopédia Universalis* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/ontologie>

F. Rigaux, « Le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'après la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mélanges Vander Elst*, Nemesis, 1986, p. 668.

S. Robin Olivier, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam » *Dr. Soc.* 1999, p.609.

D. Rosenberg, « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *R.T.D.E.*, 1999, n° 2, p. 201.

E. Royer, « La remise en cause du droit français des pensions civiles et militaires » *A.J.D.A.* 2002, p. 580.

J. Savatier, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. Soc.* 1990, p.466.

M. Schmitt, « La portée de la clause de non-régression », *R.D.T.* 2006 p.31.

M. Schmitt, « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », *R.D.T.* 2008 p. 458.

O. de Schutter, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in *Union européenne et nationalités – le principe de non-discrimination et ses limites*, E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magonette et A. Weyembergh (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p.11.

F.Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits fondamentaux ? », *J.C.P.G.*, 1998, I, p.100.

B. Teyssié, « L'organisation juridique de la mobilité et les relations de travail : ambitions et méthode de réalisation », *R.M.C.*, 1991, p. 100.

H. Tissandier, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2006, p.257.

H. Tissandier, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2008, p.97.

H. Tissandier, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2009 p.11.

A. Touffait, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de sécurité sociale des travailleurs européens qui se déplacent », in *Etudes de droit des Communautés européennes*, Mélanges P-H Teitgen, Paris, Pedone, 1984, p. 511.

A.Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Dr. Soc.* 1992 p.382.

C. Willmann, « Bénéfice d'une prestation sociale et citoyenneté de l'Europe », *R.J.S.* 2005, p. 12.

F. Zampini, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire », *R.T.D.E.* 1999, p.659.

OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

A. Barav : obs. sous C.J.C.E. 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, Aff. 106/77, *C.D.E.*, 1978, p. 265.

A. Boujeka : obs. sous C.J.C.E. (Grande chambre) 17 juillet 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, Aff. C-303/06, *R.D.S.S.* 2008 p. 865.

J. Cavallini : obs. sous C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05, *J.C.P.S.* 2008, n°10, p. 29.

J. Cavallini : obs. sous C.J.C.E. (Grande chambre) 17 juillet 2008, *S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law*, Aff. C-303/06, *J.C.P. S.* 2008, p.1549.

J. Cavallini : obs. sous C.J.C.E. (deuxième chambre) du 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Aff. C-54/07, *J.C.P.S.* 2008, p.1520.

J. Hauser : obs. sous C.J.C.E. 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, *R.T.D. Civ.* 2004, p.266.

J.-G. Huglo: obs. sous C.J.C.E. 25 juillet 1991, Procédure pénale contre Alfred Stoeckel, Aff. C345-89, *D.*1991, p.443.

P. Icard : obs. sous C.J.C.E. 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, Aff. C-117/01, *D.* 2004, Jur. p. 979.

D. Jean-Pierre: obs. sous C.J.C.E. 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, Aff. C-117/01, *A.J.F.P.* 2004, p.496.

F. Kessler, obs. sous C.J.C.E., 1er février 2005, Aff. C-203/03, *R.J.S.* 2005, p. 509.

F. Kessler et D. Jonin : obs. sous C.J.C.E. (septième chambre) 15 mai 2008, *Delay c. Universita Egli Studi di Firenze, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), Repubblica Italiana*, Aff. C-276-07, *J.C.P. S.* 2008 p.1395.

La Pergola : conclusions de l'avocat général présentées le 6 juin 1996 dans les affaires jointes *Fritz Stöber (C-4/95) et José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) contre Bundesanstalt für Arbeit*, cf. *Rec.* 1997 p. I-00511.

M.-T. Lanquetin : obs. sous C.J.C.E. (première chambre) 18 novembre 2004, *Land Brandenburg contre Ursula Sass*, Aff. C-284/02, *D.* 1998, Somm. p. 246.

Léger : conclusions de l'avocat général présentées le 14 novembre 1995 dans l'affaire *Ingrid Boukhalfa contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. 214/94, *Rec.* 1996, p.I-02253.

J.-P. Lhernould : obs. sous C.J.C.E. (cinquième chambre) 8 juin 1999, *C.P.M. Meeusen contre Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, Aff. C-337/97, *Dr. Soc.* 1999, p. 938.

G. Lyon-Caen : obs sous C.J.C.E. 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, Aff. 41-74, *R.T.D.Eur.* 1975, p.128.

G. Lyon-Caen et R. Jambu-Merlin : obs. sous C.J.C.E. 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, Aff. 75-63, *Dr. Soc.* 1964, p.658.

G. Lyon-Caen: obs. sous C.J.C.E. 12 décembre 1974, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, Aff. 36-74, *Dr. Soc.* 1975, p.346.

G. Lyon-Caen: obs. sous C.J.C.E. 15 octobre 1969, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG contre Salvatore Ugliola, Aff. 15-69, *J.C.P.* 1970, II, p.16204.

M.-A. Moreau : obs. sous C.J.C.E. 25 juillet 1991, Procédure pénale contre Alfred Stoeckel, Aff. C345-89, *Dr. Soc.* 1992 p.174.

B. Pacteau : obs. sous C.J.C.E. 4 avril 1974, Commission des Communautés Européennes contre République française, Aff. 167-73, *D.* 1974 p.717.

J. Raynard : obs. sous C.J.C.E. 7 janvier 2004, K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, *R.T.D. Civ.* 2004, p.373.

E. Sharpston, conclusion de l'avocat général pour C.J.C.E. 25 juin 2009, C-73/08, Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française présentées.

G.-M.Ubertazzi : obs. sous C.J.C.E. 12 décembre 1974, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, Aff. 36-74, *R.T.D.EUR.* 1976 p.719.

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE

CONSTITUTIONNELLE

1960 :

C. const. 60-6 D.C. - 15 janvier 1960, *Rec.* 1960, p. I-4.

C. const. 60-7 D.C. - 11 août 1960, *Rec.* 1960, p. I-5.

C.const. 62-18 D.C. - 10 juillet 1962 - Résolution modifiant les articles 25, 26, 31, 34, 51, 65, 80, 86, 87, 93, 106, 122 et 155 du Règlement de l'Assemblée nationale - *J.O.* du 15 juillet 1962, p. 6971.

1970 :

C.const. 71-44 D.C. - 16 juillet 1971 - Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association - *J.O.* du 18 juillet 1971, p. 7114.

C.const. 73-51 D.C. - 27 décembre 1973 - Loi de finances pour 1974 – *J.O.* du 28 décembre 1973, p. 14004.

C.const. 74-54 D.C. - 15 janvier 1975 - Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse – *J.O.* du 16 janvier 1975, p. 671.

C.const. 75-56 D.C. - 23 juillet 1975 - Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale – *J.O.* du 24 juillet 1975, p. 7533.

C.const. 76-67 D.C. - 15 juillet 1976 - Loi modifiant l'ordonnance du 4 févr. 1959 relative au Statut général des fonctionnaires, *Rec.* 1976, p. 35 ; *R.J.C.* 1976, p. I-39 – *J.O.* du 20 juillet 1976, p. 4330.

C.const. 77-79 D.C. - 05 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale – *J.O.* du 6 juillet 1977, p. 3560.

C.const. 77-87 D.C. - 23 novembre 1977 - Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement, *J.O.* du 25 novembre 1977, p. 5530.

C.const. 78-101 D.C. - 17 janvier 1979 - Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes - *J.O.* du 18 janvier 1978.

C.const. 79-107 D.C. - 12 juillet 1979 - Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales - *J.O.* du 13 juillet 1979.

C.const. 79-105 D.C. - 25 juillet 1979 - Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail – *J.O.* du 27 juillet 1979.

1980 :

C.const. 79-112 D.C. - 9 janvier 1980 - Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale – *J.O.* du 11 janvier 1980, p. 85.

C. const. 79-109 D.C. - 9 janvier 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, *J.O.* 11 janvier 1980, p.84.

C.const. 80-128 D.C. - 21 janvier 1981- Travail à temps partiel, *Rec.* p. 29 – *J.O.* du 24 janvier 1981, p. 332.

C.const. 81-132 D.C. - 16 janvier 1982 - Loi de nationalisation – *J.O.* du 17 janvier 1982, p. 299.

C.const. 82-137 D.C. - 25 février 1982 - Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions – *J.O.* du 3 mars 1982, p. 759.

C.const. 82-144 D.C.- 22 octobre 1982 - Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel – *J.O.* du 23 octobre 1982, p. 3210.

C.const. 82-145 D.C. - 10 novembre 1982 - Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail – *J.O.* du 11 novembre 1982, p. 3393.

C.const. 82-146 D.C. - 18 novembre 1982 - Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales – *J.O.* du 19 novembre 1982, p. 3475, rectificatif *J.O.* du 20 novembre 1982.

C.const. 82-151 D.C. - 12 janvier 1983 - Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Polynésie française – *J.O.* du 13 janvier 1983, p. 306.

C.const. 82-153 D.C. - 14 janvier 1983 - Loi relative au statut général des fonctionnaires – *J.O.* du 15 janvier 1983, p. 354.

C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public – *J.O.* du 22 juillet 1983, p. 2267.

C.const. 84-174 D.C. - 25 juillet 1984 - Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion – *J.O.* du 28 juillet 1984, p. 2493.

C.const. 84-177 D.C. - 30 août 1984 - Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10 - *J.O.* du 4 septembre 1984, p. 2803.

C.const. 84-178 D.C. - 30 août 1984 - Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137 – *J.O.* du 4 septembre 1984, p. 2804.

C.const. 84-179 D.C. - 12 septembre 1984 - Limite d'âge des fonctionnaires, *Rec.* p. 73 – *J.O.* du 14 septembre 1984, p. 2908.

C.const. 84-183 D.C. - 18 janvier 1985 - Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises – *J.O.* du 20 janvier 1985, p. 820.

C.const. 85-189 D.C. - 17 juillet 1985 - Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement - *J.O.* du 19 juillet 1985, p. 8200.

C.const. 85-196 D.C.- 8 août 1985- Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie - *J.O.* du 8 août 1985, p. 9125.

C.const. 85-197 D.C. - 23 août 1985 - Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie – *J.O.* du 24 août 1985, p. 9814.

C.const. 85-198 D.C. - 13 décembre 1985 - Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle – *J.O.* du 14 décembre 1985, p. 14574.

C.const. 85-200 D.C. - 16 janvier 1986 - Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité – *J.O.* du 18 janvier 1986, p. 920.

C.const. 86-207 D.C. - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social – *J.O.* du 27 juin 1986, p. 7978.

C.const. 86-225 D.C. - 23 janvier 1987 - Loi portant diverses mesures d'ordre social, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 925.

C.const. 87-226 D.C. - 2 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* du 4 juin 1987, p. 6058.

C.const. 87-232 D.C. - 7 janvier 1988 - Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole – *J.O.* du 10 janvier 1988, p. 482.

C.const. 89-256 D.C. - 25 juillet 1989 - Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles – *J.O.* du 28 juillet 1989, p. 9501.

1990 :

C.const. 89-266 D.C. - 9 janvier 1990 - Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France – *J.O.* du 11 janvier 1990, p. 464.

C.const. 89-269 D.C. - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé – *J.O.* du 24 janvier 1990, p. 972.

C.const. 91-290 D.C. - 9 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse - *J.O.* du 14 mai 1991, p. 6350.

C.const. 91-293 D.C. - 23 juillet 1991 - Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *J.O.* du 25 juillet 1991, p. 9854.

C.const. 91-297 D.C. - 29 juillet 1991 - Loi portant réforme hospitalière – *J.O.* du 2 août 1991, p. 10310.

C.const. 91-302 D.C. - 30 décembre 1991 - Loi de finances pour 1992 – *J.O.* du 31 décembre 1991, p. 17434.

C.const. 92-316 D.C. - 20 janvier 1993 - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques – *J.O.* du 22 janvier 1993, p. 1118.

C.const. 93-320 D.C. - 21 juin 1993 - Loi de finances rectificative pour 1993 – *J.O.* du 23 juin 1993, p. 8869.

C.const. 93-321 D.C. - 20 juillet 1993 - Loi réformant le code de la nationalité *J.O.* du 23 juillet 1993, p. 10391.

C.const. 93-326 D.C. - 11 août 1993 - Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale – *J.O.* du 15 août 1993, p. 11599.

C.const. 93-325 D.C. - 13 août 1993 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France - *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722.

C.const. 93-330 D.C. - 29 décembre 1993 - Loi de finances pour 1994 – *J.O.* du 31 décembre 1993, p. 18728.

C.const. 94-345 D.C. - 29 juillet 1994 - Loi relative à l'emploi de la langue française – *J.O.* du 2 août 1994, p. 11240.

C.const. 94-348 D.C. - 3 août 1994 - Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes – *J.O.* du 6 août 1994, p. 11482.

C.const. 94-359 D.C. - 19 janvier 1995 - Loi relative à la diversité de l'habitat – *J.O.* du 21 janvier 1995, p. 1166.

C.const. 94-358 D.C. - 26 janvier 1995 - Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire - *J.O.* du 1er février 1995, p. 1706.

C.const. 95-371 D.C. - 29 décembre 1995 - Loi de finances rectificative pour 1995 - . *J.O.* du 31 décembre 1995, p. 19108.

C.const. 96-377 D.C. - 16 juillet 1996 - Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire – *J.O.* du 23 juillet 1996, p. 11108.

C.const. 96-385 D.C. - 30 décembre 1996 - Loi de finances pour 1997 – *J.O.* du 31 décembre 1996, p. 19557.

C.const. 98-404 D.C. - 18 décembre 1998 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 – *J.O.* du 27 décembre 1998, p. 19663.

C.const. 98-407 D.C. - 14 janvier 1999 - Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux – *J.O.* du 20 janvier 1999, p. 1028.

C.const. 99-412 D.C. - 15 juin 1999 - Charte européenne des langues régionales ou minoritaires – *J.O.* du 18 juin 1999, p. 8964.

C.const. 99-416 D.C. - 23 juillet 1999 - Loi portant création d'une couverture maladie universelle – *J.O.* du 28 juillet 1999, p. 11250.

2000 :

C.const. 99-423 D.C. - 13 janvier 2000 - Loi relative à la réduction négociée du temps de travail – *J.O.* du 20 janvier 2000, p. 992.

C.const. 2000-429 D.C. - 30 mai 2000 - Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives – *J.O.* du 7 juin 2000, p. 8564.

C.const. 2000-434 D.C. - 20 juillet 2000 - Loi relative à la chasse – *J.O.* du 27 juillet 2000, p. 11550.

C.const. 2000-435 D.C. - 7 décembre 2000 - Loi d'orientation pour l'outre-mer – *J.O.* du 14 décembre 2000, p. 19830.

C.const. 2000-441 D.C. - 28 décembre 2000 - Loi de finances rectificative pour 2000 – *J.O.* du 31 décembre 2000, p. 21204.

C. const. 2001-445 D.C. - 19 juin 2001 - Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *Rec.* 2001, p. 63.

C.const. 2001-446 D.C. - 27 juin 2001 - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception – *J.O.* du 7 juillet 2001, p. 10828.

C.const. 2001-453 D.C. - 18 décembre 2001 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 – *J.O.* du 26 décembre 2001, p. 20582.

C.const. 2001-455 D.C. - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053.

C.const. 2003-471 D.C. - 23 avril 2003 - loi relative aux assistants d'éducation, *Rec.* p. 364 – *J.O.* du 2 mai 2003, p. 7641.

C.const. 2003-475 D.C. - 24 juillet 2003 - Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *J.O.* du 31 juillet 2003, p. 13038.

C.const. 2003-483 D.C. - 14 août 2003 - Loi portant réforme des retraites, *J.O.* du 22 août 2003, p. 14343.

C.const. 2003-489 D.C. - 29 décembre 2003 - *Rec.* p. 487, *D.* 2004, somm. P.1276 - *J.O.* du 31 décembre 2003, p. 22636

C.const. 2004-496 D.C. - 10 juin 2004 - Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

C. const. 2004-505 D.C. - 19 novembre 2004 - Traité établissant une constitution pour l'Europe, *J.O.* p. 19885.

C.const. 2006-533 D.C. - 16 mars 2006 - Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *J.O.* du 24 mars 2006, p. 4446.

C.const. 2006-539 D.C. - 20 juillet 2006 - Loi relative à l'immigration et à l'intégration *J.O.* du 25 juillet 2006, p. 11066.

C.const. 2007-557, 15 novembre 2007 - Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

C. const. 2009-584 D.C. - 16 juillet 2009 - Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *J.O.* du 22 juillet 2009, p. 12244.

C.const. 2009-588 D.C. - 6 août 2009 - Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires, *J.O.* du 11 août 2009, p. 13319

C.const. 2009-592 D.C. - 19 novembre 2009 - Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, *J.O.* du 25 novembre 2009, p. 20223.

2010 :

C.const. 2010-605 D.C. - 12 mai 2010 - Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *J.O.* du 13 mai 2010, p. 8897.

C.const. 2010-1, Q.P.C. du 28 mai 2010, Consorts L., *J.O.* du 29 mai 2010, p. 9728.

C.const. 2010-3, Q.P.C. du 28 mai 2010, Union des familles en Europe, *J.O.* du 29 mai 2010, p. 9730.

C.const. 2010-2, Q.P.C. du 11 juin 2010, Mme Vivianne L., *J.O.* du 12 juin 2010, p. 10847.

C.const. 2010-8, Q.P.C. du 18 juin 2010, Époux L., *J.O.* du 19 juin 2010, p. 11149.

C.const. 2010-13, Q.P.C. du 9 juillet 2010, M. Orient O. et autre, *J.O.* du 10 juillet 2010, p. 12841.

C.const. 2010-11, Q.P.C. du 9 juillet 2010, Mme Virginie M., *J.O.* du 10 juillet 2010, p. 12840.

C. const. 2010/20-21 D.C. - 6 août 2010, M. Jean C. et autres, *J.O.* 7 août 2010, p.14615.

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT:

Avis du C.E. 27 novembre 1989 *A.J.D.A.* 1990 p. 39.

Avis du C.E. 21 septembre 1972, voir *Grands avis du Conseil d'État*, p. 105, obs. J.-P. Costa.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF :

T.A. Paris, 7 juillet 1970, spagnol, *Rec. Tables* p. 851.

T.A. Cergy-Pontoise, 12 décembre 2008, n° 0408765.

COUR D'APPEL ADMINISTRATIVE :

C.A.A. Nancy, 15 octobre 2002, min. déf. c/ M. L. N° 97NC01147, *Inédit. A.J.F.P.* janvier-février 2003, p. 22.

C.A.A. Douai, 12 déc. 2006, n° 05DA00663, Bleitrach.

C.A.A. Versailles, 29 décembre 2009, N° 08VE00296, *A.J.D.A.* 2010, p.742.

CONSEIL D'ÉTAT :

1910 :

C.E. 25 mai 1811, *Rec.* p. 276.

C.E. 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, *Rec.* p.553, concl. Helbronner, *GAJA* n°26.

C.E. 9 mai 1913, Roubeau, *Rec.* p. 521.

1920 :

C.E. 30 juillet 1920, *Rec.* p. 794.

C.E. 10 février 1928, Chambre syndicale des propriétaires marseillais, *Rec.* p. 222.

1930 :

C.E. 6 mai 1931, Tondut, *S.* 1931, III, 81.

C.E. 4 avril 1936, De Lassus, Pujo et Real del Sarte, *Rec.* p. 455.

C.E. 1^{er} juillet 1936, *S.* 1937, III, 105, obs. L'huillier.

C.E. 3 juillet 1936, Delle Bobard et autres, *Rec.* p.721, *G.A.J.A.* n°52.

C.E. ass. 1^{er} avril 1938, Sté l'alcool dénaturé de Coubert, *Rec.* p. 337.

C.E. 25 juillet 1939, Delle Beis, *Rec.* p. 524.

1940 :

C.E. 2 janvier 1944, Sieurs Darmon, Siboun, Bansoussan, *Rec.* p. 22.

C.E. 4 février 1944, Guieysse, *Rec.* p. 45.

C.E. 26 octobre 1945, *Rec.* p. 213.

C.E. ass. 25 juin 1948, Société du Journal l'Aurore, *Rec.* p. 289, *GAJA* n° 62.

C.E. 31 juillet 1948, Tromi, *Rec.* p. 619.

C.E. 8 décembre 1948, Delle Pasteau, *Rec.* p. 464.

1950 :

C.E. 22 mars 1950, Société des ciments français, *Rec.* p. 175.

C.E. sect. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *Rec.* p. 151, *GAJA* n° 67.

C.E. 4 juillet 1951, Rochefort et A., *Rec.* p. 390.

C.E. 24 octobre 1951, Fédération Syndicale travailleurs PTT, *Rec.* p. 495.

C.E. 26 juillet 1952, Loubeyre, *Rec.* p. 397.

C.E. ass. 28 mai 1954, Barel, *Rec.* p. 308, concl. Letourneur ; *GAJA* 2003, n° 81. *Rec.* p. 3050.

C.E. 7 juillet 1954, Janinet, *A.J.D.A* 1954, II, p. 398.

C.E. 1^{er} décembre 1954, Préfet de l'Indre, *Rec.* p. 637.

C.E. 23 décembre 1955, Lévy, *Rec.* p.606.

C.E. 6 janvier 1956, Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et Sieur Montlivet.

C.E. 6 juin 1956, Sieur Meyer et autres, *Rec.* p. 225.

C.E. 3 avril 1957, Sieur Milliard et autres, *Rec.* p. 232.

C.E. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de chêne-liège d'Algérie, *A.J.D.A.* 1958 II p. 130.

C.E. 12 novembre 1958, *Rec.* p. 544.

C.E. 19 novembre 1958, Butori, *Rec.* p.565.

C.E. ass. 6 mars 1959, Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances, *Rec.* p. 163.

C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *Rec.* p. 394.

1960 :

- C.E. ass. 13 mai 1960, Molina et Guidoux, *Rec.* p. 324.
- C.E. 28 octobre 1960, Syndicat des médecins biologistes français, *Rec.* p. 572.
- C.E. 21 décembre 1960, Serra et Vicat-Blanc, R. Chapus, *D.* 1961, p. 421.
- C.E. Sect. 13 juillet 1961, Cazés, *Rec.* p. 517.
- C.E. 3 janvier 1962, Ministres des Armées c/ Hocdé, *Rec.* p. 3.
- C.E. 16 mars 1962, Cie des tramways électriques d'Oran, *Rec.* p. 175.
- C.E. 16 mai 1962, Dame Boyer, *Rec.* 1962, p. 329, *A.J.D.A* 1962, p. 631, obs. V. S.
- C.E. 16 mai 1962, Sieur Lasserre, *A.J.D.A.* 1962, p. 632, obs. V. S.
- C.E. 21 novembre 1962, République Malgache c. Dame Razafindranaly, *Rec.* p. 618.
- C.E. 29 mai 1963, Préfet de police c/ Bonnaure, *A.J.D.A* 1963, p. 699.
- C.E. 17 novembre 1963, Synd. nat. ingénieurs des eaux et forêts, *Rec.* p. 608.
- C.E. 22 novembre 1963, Ruffel, *Rec.* p. 567.
- C.E. 20 décembre 1963, Abitbol, *A.J.D.A* 1964, p. 390.
- C.E. 17 janvier 1964, Bigay, *Rec. Tables*, p. 917, *A.J.D.A.* 1964, p. 387, note V. S.
- C.E. 15 juillet 1964, Syndicat général des producteurs de sucre et de rhum des Antilles françaises, *Rec. Tables*, p. 831.
- C.E. sect. 12 mars 1965, *Rec.* p.169.
- C.E. 16 juin 1965, *Rec.* p.355
- C.E. 7 juillet 1965, Féd. nat. des transports routiers, *Rec.* p. 413.
- C.E. 27 octobre 1965, Min. Éduc. nat., *Rec.* p. 557.
- C.E. 9 novembre 1966, commune de Clohars-Carnöet, *Rec.* p. 591.
- C.E. 11 octobre 1967, Agniel, *Rec. Tables*, p. 683.
- C.E. 11 octobre 1967, Sieur Darpoux, *A.J.D.A.* 1967, p. 303, obs. V. S.
- C.E. sect. 10 janvier 1969, Pierre-Justin, *Rec.* p. 20.

1970 :

- C.E. sect. 13 février 1970, Dame Vigan, *Rec.* p. 110.
- C.E. 20 juillet 1971, Section de la préfecture de police de l'association générale des administrateurs civils, *Rec.* p. 542.
- C.E. ass. 28 janvier 1972, Req. n°75193-Req. n°75223-Req. n°75224.

C.E. ass. 21 juill. 1972, Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale, *Rec.* p. 584 ; *A.J.D.A.* 1972 p. 456, chron. Labetoulle et Cabannes.

C.E. 17 janvier 1973, Sieur Gues, *Rec.* p. 40.

C.E. 30 mars 1973, Association générale des administrateurs de la préfecture de Paris, *Rec.* p. 267.

C.E. 18 mai 1973, Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés, *A.J.D.A.* 1973, p.482, obs. F. Moderne.

C.E. ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, *Rec.* p. 406.

C.E. ass. 18 juillet 1973, Ville de Limoges, *Rec.* p. 530.

C.E. 22 février 1974, Association des maires de France, *D.* 1974, p. 520.

C.E. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Req. n°88032 – Req. n°88148, *Rec.* p.274.

C.E. sect. 25 juillet 1975, Chaigneau, *Rec.* p. 436.

C.E. 1^{er} octobre 1976, Soucasse, *D.* 1977, p. 552, obs. Pacteau.

C.E. 25 mars 1977, Association générale des attachés d'administration centrale, *Rec.* p. 865.

C.E. 3 février 1978, C.F.D.T. et C.G.T., *A.D.A.* 1978, p. 388, note M. Durupty.

C.E. 22 février 1978, Syndicat national des personnels administratifs des services extérieurs du ministère de l'Agriculture, n° 97934.

C.E. 10 novembre 1978, Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction, *Rec.* p. 440.

C.E. 14 décembre 1979, Neumeier, *Rec.* p. 470.

1980 :

C.E. 6 février 1981, Mademoiselle Baudet, *Rec.* p.54.

C.E. 8 mai 1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central, *Rec.* Table, p. 632.

C.E. 1^{er} juillet 1981, Centre patronal d'études et d'actions professionnelles, Req. n° 18184.

C.E. 24 juillet 1981, Letailleur, *Rec.* Tables, p. 683.

C.E. 14 décembre 1981, Huet, *Rec.* p. 466.

C.E. 12 février 1982, Université de Paris VII, *Rec.* p. 72.

C.E. 2 juillet 1982, Huglo et autres, *Rec.* p. 258.

C.E. 11 juillet 1982, n°16610 et n°18745.

C.E. 4 février 1983, Liffam, *A.J.D.A.* 1983, p. 558.

C.E. 9 février 1983, Esdras et autres, *Rec.* p. 48.
C.E. 16 mars 1983, Spina, *Rec.* p.125.
C.E. 18 mars 1983, Mulsant, *Dr. adm.* 1983, comm. 166 ; *A.J.D.A* octobre 1983, p. 530, MM. Lasserre et Delarue.
C.E. 15 avril 1983, Ancelin et a., *Rec.* p. 150.
C.E. 7 octobre 1983, Mme Limoge, *Rec.* 403.
C.E. 28 mars 1984, Swoboda, Req. n°40172.
C.E. 21 novembre 1984, Beyssac, *Rec. Tables*, p. 650.
C.E. 5 décembre 1984, Synd. Indépendant du personnel sédentaire de la Cie Générale Maritime.
C.E. 10 janvier 1986, Féd. nat. travailleurs de l'État CGT, *Rec.* p.5.
C.E. 16 février 1986, C.F.D.T. et autres, *A.J.D.A.* 1986, p.458.
C.E. 12 juin 1986, Cne. De Gaillac, Req. n°78335.
C.E. 18 juin 1986, Christian Randon, Req. n° 41651, *inédit.*
C.E. 9 juillet 1986, Syndicat des commissaires de police, *Rec. Tables*, p.586, *R.D.P.* 1987, p. 250.
C.E. 3 octobre 1986, Mercillon, n° 62941.
C.E. 8 août 1987, Peltier, *Rec.* p.128.
C.E. 14 octobre 1987, Madame Brun, *inédit.*
C.E. 2 mars 1988, Blet, *Dr. adm.* 1988, comm. n° 250.
C.E. 7 octobre 1988, *Rec.* p.333.
C.E. 14 décembre 1988, S.A. Gilbert Marine, *A.J.D.A.* 1989, p. 266.
C.E. ass. 16 décembre 1988, Bleton et a. c/ Sarrazin, *Rec.* p. 451.
C.E. 28 décembre 1988, Sabiani, Req. n° 91380, *Inédit.*
C.E. 19 mai 1989, Co. de Sainte-Marie, *Rec.* p. 128.
C.E. 26 juin 1989, Fédérations, des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, *Rec.* p.152.

1990 :

C.E. 17 janvier 1990, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc, Req. n°86166.
C.E. 14 février 1990, Féd. synd. FO défense, *A.J.D.A* 1990, p. 650.
C.E. 30 mars 1990, Aubert, n° 100088.

C.E. 1er novembre 1990, Malher, *Rec.* p.321.

C.E. 7 décembre 1990, Min. de l'éducation nationale c. Mme Buret, Req. n°96209, *Rec.*p.556.

C.E. 21 décembre 1990, Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud, *Rec.* p. 378.

C.E. 14 janvier 1991, Mouchoux, Req. n° 86891.

C.E. 28 juin 1991, Synd. nat. lycées et collèges FO, *Rec.* p. 264.

C.E. 2 septembre 1991, Blazsek, *A.J.D.A* 1992, p. 163, obs. O. Schrameck, *R.F.D.A.* 1991, p. 1023.

C.E. 12 octobre 1992, Lannic, Req. n °110126. Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

C.E. 2 novembre 1992, arrêt Khérouaa, *Rec.* p. 389.

C.E. 20 septembre 1993, Sanchez del Arco, Req. n °142761, *Rec.* Table, p. 575.

C.E. 29 novembre 1993, Union départementale des syndicats Force Ouvrière, *Rec.* p. 573.

C.E. 3 décembre 1993, Syndicat national des ingénieurs du génie sanitaire, n° 115995.

C.E. 29 juin 1994, Assoc. de la presse de la Réunion, *Rec.* Table p. 759.

C.E. 29 juillet 1994, Mme Rizzi, *Rec.* p. 761.

C.E. sect. 16 décembre 1994, Polyclinique des Minguettes, *R.D.S.S.* 1995, p. 288, concl. De C. Vigouroux.

C.E. 19 décembre 1994, Req. n°76459, *inédit*.

C.E. 12 juillet 1995, Synd. nat. Puéricultrices, *Rec.* p. 884.

C.E. ass. 27 octobre 1995, Michon et autres, *Rec.* p. 370.

C.E. ass. avis, 15 avril 1996, Mme Doukouré : *Rec.* 126.

C.E. ass. 28 mars 1997, Sté Baxter, *Rec.* p. 114.

C.E. 30 avril 1997, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs, n° 180299/180, *Rec.* p. 328.

C.E. 8 septembre 1997, Synd. général navigation aérienne [CGNA CFTC], *A.J.F.P.* 1998, n° 3, p. 15.

C.E. 17 novembre 1997, Synd. des médecins libéraux, *Rec.* p. 424.

C.E. 29 décembre 1997, Cnes de Gennevilliers et de Nanterre, obs. M. Borgetto, *R.D.P.* 1998, p. 899.

C.E. 11 mai 1998, Mademoiselle Aldige.

C.E. 8 juillet 1998, n° 191812.

C.E. 5 octobre 1998, n° 194815.

C.E. 13 novembre 1998, Commune d'Armoy et autres.
C.E. sect. 6 janvier 1999, M. Lavours, *Rec.* p.1.
C.E. 13 janvier 1999, Mme Garban et autres, n° 187629, *Rec.* tables p. 607.
C.E. 1er février 1999, Montfeuillard, n° 177838.
C.E. 8 février 1999, Syndicat PTT-75 de la confédération nationale du travail, n° 180058.
C.E. 24 mars 1999, Synd. National des inspecteurs affaires sanitaires et sociales, *Rec.* Tables, p. 839.
C.E. 29 novembre 1999, n° 197737.

2000 :

C.E. 31 janvier 2000, Ajolet, *Rec.* Tables, p. 1067.
C.E. 27 mars 2000, Mme Brodbeck, *Rec.* p.129.
C.E. 10 janvier 2001, Synd. nat. administratifs et techniciens environnement, architecture et urbanisme [NATEAU-FEN], *Rec.* Tables, p. 1005.
C.E. 11 juillet 2001, M. Rosenstiehl, N° 194354.
C.E. ass. 30 novembre 2001, Ministre de la Défense c/ M. Diop, concl. Courtial : *Rec.* 2001 p.605, *GAJA* 17e éd., n° 112.
C.E. 11 janvier 2002, Union nat. affaires sociales CGT, *Rec.* p. 2.
C.E. ass. 28 janvier 2002, Chaumet, *A.J.F.P.* 2002, n° 6, p. 47, *D.A.* 2002, n° 145.
C.E. 10 avril 2002, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221314.
C.E. ass. 28 juin 2002, Villemain.
C.E. 29 juillet 2002, Griesmar, req. 141112.
C.E. 18 octobre 2002, Req. n° 242896, Catsiapis.
C.E. 18 octobre 2002, Spaggiari, req. n° 224804 et 236744.
C.E., 5 mars 2003, Féd. Interco CFDT, *Cah. fonct. publ.* oct. 2003, p. 27.
C.E. 30 juin 2003, n° 248215 n° 252621, P. Fombeur, « Le traitement médical du transsexualisme peut faire obstacle à une reconduite à la frontière », *A.J.D.A.* 2003 p. 2207.
C.E. 9 juillet 2003, Req. n° 252761, Charbonnier, *J.C.P. A.* 2003, n° 1893, obs. A. Taillefait.
C.E. 9 juillet 2003, Req. n° 251157, Sandras, *J.C.P. A.* 2003, n° 1893, obs. A. Taillefait.
C.E. 30 juillet 2003, Fédération des professeurs français résidant à l'étranger, n° 242095.
C.E. 29 septembre 2003, n° 2439320, Juaneda, *Cah. fonct. publ.* nov. 2003, p. 35.
C.E. 24 novembre 2003, Assoc. contre l'heure d'été, Req. n°238523.

C.E. sect. 12 décembre 2003, Req. n° 245607, Billiemaz, *J.C.P. A.* 2004, comm. 1071, obs. D. Jean-Pierre ; *D.A.* 2004, comm. 47 et repères 3, obs. J.-B. Auby.

C.E. 17 décembre 2003, Synd. autonome personnel enseignant sciences juridiques, politiques, économiques et gestion des universités, *Rec. Tables*, p. 827.

C.E. 28 avril 2004, Attar, Req. n° 254012.

C.E. 28 avril 2004, Brangier, Req. n° 257385.

C.E. 9 février 2005, Synd. national unitaire indépendant officiers de police, *Rec.* 2005, p. 35. *JCP Adm.* 2005, p.1165, comm. D. Jean-Pierre.

C.E. 16 mars 2005, Ministre de la Santé et ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat c/ Mme Burbaud, *A.J.D.A.* 2005, p. 1465, concl. Terry Olson.

C.E. 10 novembre 2006, M. M, Req. n°295631, *A.J.D.A.* 2007, p. 158.

C.E. 25 novembre 2006, Req. n°271063, *A.J.D.A.* 2007, p. 158.

C.E. 6 décembre 2006, n° 291473, Boissière : *R.J.S.* 2007, n° 400.

C.E. 13 décembre 2006, n° 291595, Mailhetard.

C.E. 22 juin 2007, n° 288206, Lesourd.

C.E. 21 mai 2008, req. n° 293567, *A.J.D.A.* 2008, p. 1393, note G. Peiser.

C.E. 8 avril 2009, req. n° 301599.

C.E. 10 avril 2009, Monsieur Abdeljalel El Haddioui, n° 311888.

C.E. 1ère sous-section jugeant seule, 25 septembre 2009, Req. n°318505, *Inédit.*

C.E. ass. 30 octobre 2009, req. n°298348.

2010 :

C.E. 5 mai 2010, n° 329170, Demoiselle Alzais et autres.

C.E. 7 juin 2010, req. n°312506.

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Jugement premier degré :

T.G.I. Châlons-sur- Marne, 22 octobre 1997, *D.O.* 1999, p. 71, obs. M. Miné.

C.P.H. de Paris, 17 décembre 2002, *Dr. Soc.* 2007.358, obs. Savatier.

C.P.H. Lyon, 16 janvier 2004.

Décision Cour d'appel :

C.A. Versailles 9 mai 1986, Joubin c/ AEFTI, *D.* 1987, p. 5, obs. J.-P Karaquillo.

C.A. Paris 15 novembre 1995, *D.O.* 1996, p. 173, obs. P. M.

C.A. Chambéry, 21 mai 1996, *D.O.* 1996, p.415, obs. P. Darves Bornoz.

C.A. Grenoble, 13 novembre 2002, *Dr. Soc.* 2003, p. 988, obs. J. colonna.

C.A. Bordeaux, 2 juin 2003, *D.O.* 2003, F. Guiomard, p. 489.

C.A. Paris 19 juin 2003, *D. Somm.* 174, obs. Pousson ; *R.J.S.* 2003.767, n°1116.

C.A. Toulouse 5 octobre 2004, *J.C.P.* 2005. IV. 1318.

C.A. Orléans 21 juin 2007, *R.D.T.* 2008, 106, obs. K. Berthou.

Décision Cour de cassation Chambre sociale:

1950 :

Soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 499, *G.A.D.T.*, 1980, n°79.

Soc. 3 janvier 1958, *G.A.D.T.*, 2008, n°125.

Soc. 20 novembre 1959, *Bull. civ.* IV, n° 1162.

1960 :

Soc. 13 mai 1969, *J.C.P.* 1970. II. 16208, obs. Verdier; *D.* 1969. 528, obs. Savatier.

1970 :

Soc. 17 octobre 1973 *Bull. civ.* V, n° 484.

Soc. 18 décembre 1978 *Bull. civ.* V n° 659.

Soc. 1^{er} février 1979 *Dr. Soc.* 1979. 424, obs. Savatier.

1980 :

- Soc. 18 mars 1981, Dame Marty, req. n° 79-41547, *Bull. civ.* V, n° 229.
- Soc. 9 juin 1982, n° 81-40.347, *Bull. civ.* V, n° 381.
- Soc. 7 octobre 1982, SA Galeries Lafayette c/ Mme Rouquette, req. n° 80-40.068, *Bull. civ.* V, n° 537.
- Soc. 21 octobre 1982, *Bull. civ.* 1982, V, n° 569.
- Soc. 16 février 1985 *D.O.*1986, p.313.
- Soc. 9 juillet 1985, *Bull. Civ.* V n°419.
- Soc. 20 novembre 1986, *Dr. Soc.*1987, obs. J. Savatier.
- Soc. 19 mai 1987: *D.O.*1988, p.452.
- Soc. 1er décembre 1988, Banco Pinto & Sotto Mayor, *Dr.Soc.*1990, p.107.
- Soc. 21 nov. 1989: *D.O.*1990, p.410.

1990 :

- Soc. 21 mars 1990, *R.J.S.* 1990, n°400.
- Soc. 28 mars 1990, 87-44.787, *Inédit.*
- Soc. 10 juillet 1990, *Bull. civ.* 1990, V, n° 362 et 363.
- Soc. 4 octobre 1990, 87-16.359, *Publié au Bull.*
- Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* 1991, V, n° 201 p. 122.
- Soc. 22 janvier 1992 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 24 et 25.
- Soc. 19 février 1992, n° 88-45.217.
- Soc. 24 février 1993, n° 91-45.859, *Bull. civ.* V, n° 66
- Soc. 20 octobre 1993, n° 91-44.083, *Bull. civ.* V, n° 969
- Soc. 16 février 1994, 1^{ère} esp. *Bull. civ.* 1994, V, n° 55 ; *Cah. soc. barreau Paris* 1994, A. 22.
- Soc. 4 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994. 720
- Soc. 15 juin 1994, n° 93-41.269, *Bull. civ.* V, n° 809.
- Soc. 28 juin 1994 *D.O.*1995, p.359.
- Soc. 19 juillet 1994, *Bull. civ.* V n° 244.
- Soc. 10 janvier 1995, Fondation Saint-Louis c/ Decrette, *J.C.P.* 1995, éd. G, IV, 602.
- Soc. 9 avril 1996, *Bull. civ.* V, n° 146 ; *D.O.* 1998, n° 593, p. 10.
- Soc. 17 juillet 1996, concl. P. Lyon-Caen.
- Soc. 8 octobre 1996, *Bull.* 1996 V, N° 311 p. 221.

Soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *Bull. civ.*

Soc. 26 novembre 1996, n° 94-42.161, *Bull. civ.* V, n° 405, *Dr. Soc.* 1998, p. 563.

Soc. 28 janvier 1998, *Dr. Soc.* 1998, p.406, obs. A. Mazeaud, *Dr. Soc.* 1998, p. 523, obs. G. Couturier.

Soc. 17 mars 1998 *Bull. civ.* 1998, V, n° 156. - J. Savatier, *R.J.S.* 1990, p. 67 et s.

Soc. 24 mars 1998, *Dr. Soc.* 1998.614, obs. J. Savatier.

Soc. 16 juillet 1998, *Dr. Soc.* 1998, 947, obs. M.T. Lanquetin.

Soc. 20 octobre 1998 *Dr. Soc.* 1999 125, obs. Langlois.

Soc. 14 janvier 1999, n° 97-12487.

Soc. 10 février 1999, *D.* 1999, IR 68 ; *R.J.S.* 1999.360, N°363.

Soc. 16 février 1999 *Bull. civ.* V, no 76.

Soc. 9 mars 1999, n° de pourvoi : 96-40472 96-40474.

Soc. 17 mars 1999, *D.* 1999. IR. 105.

Soc. 18 mai 1999, *Dr. Soc.* 1999.747, obs. C. Radé.

Soc. 1er juin 1999, *R.J.S.* 1999, p. 554, n° 898.

Soc. 15 juin 1999, *Dr. Soc.* 1999.779, obs. J. Savatier.

Soc. 12 juillet 1999, n° 98-20.837 et 98-21.138 *Bull. civ.* 1999, V, n° 349.

Soc. 21 octobre 1999, *Bull.* 1999 V N° 395, p. 290.

Soc. 27 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 422, pourvoi n° 98-40.769.

Soc. 23 novembre 1999, *Dr. Soc.* 2000, p.592, obs. M.T. Lanquetin.

2000 :

Soc. 18 janvier 2000, n° 98-44.745, *Bull. civ.* V, n° 25.

Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 126, *R.J.S.* 2000, p. 350, n° 498 (2^e esp).

Soc. 26 avril 2000, 98-42.643 98-42.644 98-42.645 98-42.646 98-42.647 98-42.648, *Publié au Bull.*

Soc. 26 avril 2000, *Bull. civ.* V, n° 151, *D.* 2000. IR. 160, *R.J.S.* 2000. p.468, n° 985.

Soc. 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43.439, *Bull. civ.* 2000, V, n° 250.

Soc. 4 juillet 2000 *Bull. civ.* 2000, V, n° 264, *D.* 2001. Somm. p.737.

Soc. 10 octobre 2000, *Bull. civ.* V, n° 317, *R.J.S.* 12/00, n° 1253.

Soc. 11 octobre 2000, *R.J.S.* 12/00, n°1263.

Soc. 14 novembre 2000, *R.J.S.* 2001.18, n°21.

Soc. 28 novembre 2000, *R.J.S.* 2001, n° 1287.
A.P. 8 décembre 2000, *S.S.L.* 8 janvier 2001.
Soc. 19 décembre 2000, n° 98-43.331.
Soc. 28 février 2001, pourvoi n° 98-45.681.
Soc. 15 mai 2001, *Bull. civ.* 2001, V, n° 170 ; *J.C.P. G.* 2001, IV, 2276 ; *R.J.S.* 2001, n° 897.
Soc. 5 juin 2001, pourvoi n° 99-41.186, *Bull. civ.* 2001, V, n° 211.
Soc. 20 juin 2001, n° 99-43.905.
Soc. 10 juillet 2001, *Bull. civ.* 2001, V, n° 261.
Soc. 16 octobre 2001, n° 00-40.775.
Soc. 4 décembre 2001 *R.J.S.* 2/2002, n° 197.
Soc. 31 janvier 2002, n°00-12.431, *Publié au Bull.*
Soc. 13 février 2002, pourvoi n° 00-40.912.
Soc. 26 février 2002, *Dr. Soc.* 2002, p.560, obs. J. Savatier.
Soc. 13 mars 2002, n° 00-40.337, *R.J.S.* 2002, n° 641.
Soc. 7 mai 2002, *R.J.S.* 7/02, n°912
Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ.* 2002, V, n° 239 p. 234.
Soc. 24 septembre 2002, *Bull V* n° 277, p. 267.
Soc. 10 décembre 2002, *R.J.S.* 2003, n°152 et chron. J.-P.Lhernould, *R.J.S.* 2003, p. 207.
Soc. 8 janvier 2003, n° 00-41.228.
Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.144, *inédit.*
Soc. 17 juin 2003, *D.* 2003, IR, 2209, *R.J.S.* 2003 p.662, n°974.
Soc. 17 juin 2003, 01-41.522, Alitalia, *Bull.* 2003 V N° 195, p. 193.
Soc. 9 décembre. 2003, n° 01-43.039.
Soc. 13 janvier 2004, *R.J.S.* 3/04 n° 290.
Soc. 2 juin 2004, pourvoi n° 02-41.045, *Bull. civ.* 2004, V, n° 153.
Soc. 2 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 160, pourvoi n° 01-44.474.
Soc. 23 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 181, *R.J.S.* 2004, p. 819, n° 1163.
Soc. 28 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n°228.
Soc. 29 septembre 2004, n° 03-42.033
Soc. 11 janvier 2005, n° 03-15.228, *J.C.P. S.* 2006, p.1071.
Soc. 11 janvier 2005, n° 02-45.608. *Bull. civ.* 2005, V, n° 2.
Soc. 16 février 2005, pourvoi n° 02-43.402.

Soc. 16 février 2005, n° 03-40.465

Soc. 23 février 2005, pourvoi n° 03-47.433

Soc. 8 mars 2005, n° 03-41.392 FS-P+B, Héricourt/ SA Acerel.

Soc. 15 mars 2005, *R.J.S.* 2005 p. 376, n° 540.

Soc. 30 mars 2005, pourvoi n° 03-41.518, *R.J.S.* 2005, n° 621, p. 446.

Soc. 6 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 125, pourvoi n° 03-43629.

Soc. 25 mai 2005, Sté Hôtel Ritz Limited, *J.C.P. E.* 2005, 1115.

Soc. 1er juin 2005, n° 04-42.143, *D.* 2005, IR p. 1590 ; *S.S.L.* 2005, n° 1219.

Soc. 7 juin 2005, n° 03-44.969 et 03-45.290 FS-P+B, Enguehard c/ SNCF.

Soc. 15 juin 2005, pourvoi n° 03-43.919.

Soc. 21 juin 2005, *D.* 2005, IR p. 1807.

Soc. 21 juin 2005 *R.J.S.* 2005, n° 978.

Soc. 5 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 231, pourvoi n° 03-44.281.

Soc. 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.037.

Soc. 6 juillet 2005, n° 03-43.074, *Bull. civ.* V, n° 235.

Soc. 6 juillet 2005, n° 03-44.645 F-D, Caisse régionale d'assurance maladie agricole d'Aquitaine c/ Roques.

Soc. 20 septembre 2005, n° 03-43.513 FS-P+B, EURL Blatin Restauration Rapide c/ Imerazene, *La Semaine Juridique Sociale* n° 18, 25 Octobre 2005, p. 1297.

Soc. 11 octobre 2005, n° 04-43.024 *R.J.S.* 2005, n° 1208.

Soc. 19 octobre 2005, n° 03-42.108.

Soc. 9 novembre 2005, *D.* 2005, IR 2972 ; *R.J.S.* 2006, p.127, n°210

Soc. 23 novembre 2005, *D.* 2005. IR. 3037, *R.J.S.* 2006 p.139, n° 236, *J.S. Lamy* 2006, n° 182-4.

Soc. 1er décembre 2005, *J.C.P. G.* 2006, II, 10017; *J.C.P. S.* 2006, 1071.

Soc. 18 janvier 2006, *R.J.S.* 2006, n°478.

Soc. 15 février 2006, n° 04-41.667.

Soc. 26 avril 2006, n° 04-46.100.

Soc. 28 avril 2006, *Bull. civ.* V, n° 152.

Soc. 3 mai 2006, Cramif c/ Lefebvre, pourvoi n° 03-42.920 P+B+R+I, *R.D.T.* 2006 p.108, G. Pignarre.

Soc. 12 juillet 2006 n° 05-40.980, *inédit*, *J.C.P. S.* 2006 p. 1844.

Soc. 12 juillet 2006, *R.J.S.* 2006, n°1067, p.789.

Soc. 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 275, pourvoi n° 05-40.421.

Soc. 27 septembre 2006, 04-43.446, *Publié au Bull.*

Soc. 17 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 306, pourvoi n° 05-40393.

Soc. 31 octobre 2006, *R.J.S.* 2007, n° 121.

Soc. 15 novembre 2006, n° 04-47.156, *R.J.S.* 2007, n° 220.

Soc. 28 novembre 2006, n° de pourvoi 05-41414, *Bull.* 2006 V n° 353 p. 341.

Soc. 29 novembre 2006, n° 05-40.755, FS-P+B, SA Multipostage c/ Lepieux et a.

Soc. 21 décembre 2006, n° 05-41.919, 05-41.948, 05-41.953.

Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n°05-44806.

Soc. 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 412, pourvoi n° 05-12.816.

Soc. 9 janvier 2007, pourvoi n°05-43962.

Soc. 16 janvier 2007, n° 05-42.213, Hôtel « Le Méridien Paris Etoile ».

Soc. 21 février 2007, *R.D.T.* 2007.320, obs. T. Aubert-Monpeyssen.

Soc. 20 mars 2007, pourvoi n° 05-43.834

Soc. 16 mai 2007, *D.* 2007, Pan. 3035, obs. A. Jeammaud.

Mixte, 18 mai 2007, *Bull. civ.* 2007.

Soc. 14 juin 2007, pourvoi n° 06-43.443.

Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.047, *J.C.P. S.* 2007, 1910 ; *R.J.S.* 2007, n° 979.

Soc. 3 juillet 2007, CRAMIF, *D.O.*2007 p.587, obs. M. Bonnechère.

Soc., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.362.

Soc. 11 juillet 2007, n° 06-41.742.

Soc. 11 juillet 2007, n° 06-42.128, *R.D.T.* 2007 p. 213.

Soc. 11 juillet 2007, n° 05-42.517, *A.J.D.A.* 2007 p.1895.

Soc. 3 octobre 2007, n° 05-43.180, F-D, SAS Ideal Fibres & fabrics Dunkerque c/ Verschaeve.

Soc. 3 octobre 2007, pourvois n° 06-43.011, n° 06-43.012, n° 06-43.014, n° 06-43.016, n° 06-43.022 et n° 06-43.010.

Soc. 17 octobre 2007, pourvoi n° 05-44.797.

Soc. 25 octobre 2007, n° 06-42.399.

Soc. 30 octobre 2007, n° 06-44.714.

Soc. 14 novembre 2007, n° 06-45.246.

Soc. 18 décembre 2007, 06-45.132, *Publié au Bull ; J.C.P. S.* 2008 p. 1216, obs. B. Boubli.
Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.795.
Soc. 30 janvier 2008, pourvoi n°06-46461.
Soc. 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 38, pourvois n° 06-40.085 et n° 06-40.615.
Soc. 4 mars 2008, n° 06-44.846.
Soc. 5 mars 2008, n° 07-60.032.
Soc. 1^{er} avril 2008, *J.C.P. S.* 2008, p.1337, obs. Frai.
Soc. 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45.318.
Soc. 16 avril 2008, *R.J.S.* 2008.555, n° 69.
Soc. 17 avril 2008, *Bull.* 2008, V, n° 95.
Soc. 17 avril 2008, n° 06-45.270.
Soc. 10 juin 2008, pourvoi n°06-46000, *Bull.* 2008, V, N° 130.
Soc. 18 juin 2008, n° 06-46.06.
Soc. 25 juin 2008, pourvoi n° 06-46.223.
Soc. 1^{er} juillet 2008, n°05-41476.
Soc. 9 juillet 2008.
Soc. 24 septembre 2008, n° 06-43.529 et n° 06-43.530, FS-P+B+R, SA The Ritz hôtel limited c/ Di Lernia et a.
Soc. 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40.935, n° 06-46.179 et n° 06-46.180.
Soc. 2 décembre 2008, pourvoi n°07-41832.
Soc. 13 janvier 2009, *Bull. civ.* 2009, V, n° 4,
Soc. 4 février 2009, n° 07-41.406 à 07-41.410, FS P+B+R, CAF de Paris c/ Beaumont et a.
A.P. 27 février 2009, n° 08-40.059.
Soc. 25 mars 2009, n° de pourvoi : 08-41229.
Soc. 3 juin 2009, n° 07-42.992.
Soc. 1^{er} juillet 2009, n° de pourvoi 07-42675.
Soc. 10 novembre 2009, n° du pourvoi 07-42849.

2010 :

Soc. 17 mars 2010, n° 08-43.088, à paraître au *Bull.civ.*
Soc. 11 mai 2010, n° 08-45307.
A.P. 15 juin 2010, n° 09-72.740 et autres.

Décision Cour de cassation Chambre criminelle :

Crim. 5 avril 1973 *Dr. Soc.*1974. 291, obs. Savatier; *J.C.P.* 1974. II. 17796, obs. Verdier.
Crim. 5 décembre 1973 *Bull. crim.* n° 453 4 janvier 1991.
Crim. 21 avril 1977: *Bull. civ.* V, n° 126.
Crim. 17 février 1981: *R.P.D.S.* 1981. Somm. 195.
Crim. 25 mai 1982: *Bull. civ.* V, n° 135.
Crim. 17 janvier 1984, D. 1984, IR 230.
Crim. 25 avril 1985, D. 1985, p.329, concl. Dontewille.
Crim. 14 octobre 1986, n° 85-96.369 *Bull. crim.* 1986, n° 287.
Crim. 2 décembre 1986 *R.P.D.S.* 1987 p. 359.
Crim. 7 février 1989 *R.S.C.* 1989 p.536, obs. Lazerges Alvarez-Pujana.
Crim. 7 février 1989 *Dr. Soc.*1989 p.504, obs. Savatier.
Crim. 25 avril 1989, pourvoi n° 8696046.
Crim. 4 décembre 1990, *R.J.S.* 1991, n°322.
Crim. 4 janvier 1991 *R.J.S.* 1991 p.181, n° 346.
Crim. 30 avril 1996 *R.J.S.* 1996 p. 672, n°1059.
Crim. 25 janvier 2000 *Bull. crim.* n° 38.
Crim. 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 131; *R.S.C.* 2002, p.879.
Crim. 6 janvier 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 4, pourvoi n° 02-88.240.
Crim. 9 novembre 2004 *Bull. crim.* n° 279; *R.J.S.* 2005 p.288, n° 405.
Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85888, Sté Hellucha.
Crim. 3 avril 2007 *D.* 2007. AJ. 1424; *Dr. Soc.*2007. 902, obs. Duquesne.
Crim. 29 janvier 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 25, pourvoi n° 07-83.695.

Décision Cour de cassation Chambre civile :

Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1975.
Civ. 1^{ère}, 30 novembre 1983, n°82-13808.
Civ. 1^{ère}, 7 juin 1988, n°86-13698
Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n°88-12829 et n°8812163, n°88-12250, 88-15858.
Civ. 1^{ème}, 18 décembre 1990, n°88-10865.
Civ. 3^{ème}, 17 décembre 1997, *Bull. civ.*1997 III N° 225 p. 151.

Civ. 2^{ème} 27 janvier 2004, n°02-30613.

Civ. 2^{ème}, 15 juin 2004, *R.J.S.* 2004, n° 964.

Civ. 2^{ème}, 21 décembre 2006.

Civ. 2^{ème} 19 février 2009 n° de pourvoi: 07-20668.

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

1950 :

C.E.D.H. 2 octobre 1958, req. n°176/56, Grèce c/ Royaume-Uni, Ann.2, p. 175.

1960 :

C.E.D.H. 23 juillet 1968, Cour plénière, Aff. linguistique belge, Fond, série A, n°6.

1970 :

C.E.D.H. 18 juin 1971, De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique, série A, n°12.

C.E.D.H. 27 octobre 1975, Cour plénière, Syndicat national de la police belge, série A n°19.

C.J.C.E. 28 décembre 1975, Rutili, Aff. C-36/75, *rec.* p.1219.

C.E.D.H. 6 février 1976, Schmidt et Dählstom c/ Suède, série A, n°21, req.n°5589/72.

C.E.D.H. 6 février 1976, syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède, série A, n°20, req. n° 5614/72.

C.E.D.H. 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, série A 22, req. n°5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72.

C.E.D.H. 7 décembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark, série A, n°23, req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72, cf. §56 .

C.E.D.H. 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, série A, n°24, § 48.

C.E.D.H. 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, série A, n°25

C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer c/ Royaume-Uni, série A, n°26, req. n° 5856/72.

C.E.D.H. 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, Série A n°31.

C.E.D.H. 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A n°32.

1980 :

C.E.D.H. 22 octobre 1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, série A, n°45.

C.E.D.H. 23 novembre 1983, Van Der Musselle c/ Belgique, série A70, req. n° 8919/80, cf. §46.

C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen c/ Danemark, série A n°87.

C.E.D.H. 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, série A n°94 ; requêtes n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.

C.E.D.H. 29 mai 1986, Feldbrugge c/ Pays-Bas, série A99, req. n° 8562/79.
C.E.D.H. 29 mai 1986, Deumeland c/ Allemagne, série A100, req.n° 9384/81.
C.E.D.H. 8 juillet 1986, Arrêt Lithgow et a. c/ Royaume-Uni.
C.E.D.H. 10 octobre 1986, Aff. Rees c/ Royaume-Uni, Req.n° 9532/81.
C.E.D.H. 18 décembre 1986, Johnston et autres c/ Irlande, série A n° 112.
C.E.D.H. 28 octobre 1987, Inze c/ Autriche, série A n°126.
C.E.D.H. 29 février 1988, Bouamar c/ Belgique, série A, n°129, req. n° 9106/80.
C.E.D.H. 26 octobre 1988, Aff. Norris c/ Irlande, Req. n° 8225/78, série A n°142

1990 :

C.E.D.H. 21 février 1990, Powel et Rayner c/ Royaume-Uni, série A, n°172.
C.E.D.H. 23 octobre 1990, Darby c/ Suède, série A, n°187, req. n° 11581/85.
C.E.D.H. 8 février 1991, Moustaquim c/ Belgique, Série A. 193, cf §49.
C.E.D.H. 18 février 1991, Fredin c/ Suède (cas n°1), A192, req. n°12033/86.
C.E.D.H. 29 novembre 1991, Pine Valley Developments Ltd c/ Irlande, A.222, req. n° 12742/87.
C.E.D.H. 29 novembre 1991, Vermeire c/ Belgique, série A n°214-C.
C.E.D.H. 25 mars 1992, Aff. B c/ France, n° 13343/8.
C.E.D.H. 22 avril 1993, Aff. Modinos c/ Chypre, Req. n° 15070/89, série A, n°259.
C.E.D.H. 23 juin 1993, Hoffman c/ Autriche, A255-C, req. n° 12875/87.
C.E.D.H. 24 juin 1993, Schuler-Zraggen c/ Suisse, req. n°14518/89.
C.E.D.H. 22 février 1994, Burghartz c/ Suisse, série A280-B, req.n° 16213/90.
C.E.D.H. 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, série n°291-B ; *J.D.I.* 1995, obs. P. Bodeau, p. 768.
C.E.D.H. 23 mars 1995, Loizidou c/ Turquie, req. n° 15318/89, §93.
C.E.D.H. 27 septembre 1995, Mc Cann et autres c/ Royaume-Uni, *Rec.* Série A, n°324, req. n° 18984/91.
C.E.D.H. 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche, *Rec.* 1996-V, p. 1129.
C.E.D.H. 22 octobre 1996, Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, *Rec.*1996-IV, §74.
C.E.D.H. 21 février 1997, Van Raalte c/ Pays-Bas, *Rec.* 1997-I, §42-44.
C.E.D.H. 25 février 1997, Z c/ Finlande, *Rec.* 1997-1, req.n° 22009/93.
C.E.D.H. 24 février 1998, n° 21439/93, Botta c/ Italie : *Rec.* 1998-I.

C.E.D.H. 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche, *Rec.* 1998-I, req.n°20458/92, §30.
C.E.D.H. 29 juillet 1998, Le Calvez c/ France, *Rec.* 1998-V, req.n° 25554/94.
C.E.D.H. 24 août 1998, Couez c/ France, *Rec.* 1998-V, req.n° 24271/94
C.E.D.H. 28 octobre 1998, Assenov et autres c/ Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII.
C.E.D.H. 18 février 1999, Larkos c/ Chypre, *Rec.*1999-I, req.n° 29515/95, §30 .
C.E.D.H. 29 avril 1999, Grande chambre, Chassagnou et autres c/ France, *Rec.* 1999-III, requêtes n°5088/94;28331/95;28443/95.
C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Smith et Grady c/ Royaume-Uni, Req. n°s 33985/96 et 33986/96, *Rec.* 1999-VI.
C.E.D.H. 27 septembre 1999, Aff. Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, Req. n°s 31417/96 et 32377/96.
C.E.D.H. 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva c/ Portugal, *Rec.*1999-IX, req.n° 33290/96.

2000 :

C.E.D.H. 1 février 2000, Mazurek c/ France, *Rec.* 2000-II, req.n° 34406/97, §48 à 55.
C.E.D.H. 29 février 2000, Fuentes Bobo c/ Espagne, req.n° 39293/98, §38.
C.E.D.H. 6 avril 2000, Thlimmenos c/ Grèce, *Rec.*2000-IV, req.n° 34369/97.
C.E.D.H. 18 mai 2000, Velikova c/ Bulgarie, *Rec.* 2000-VI.
C.E.D.H. 6 juin 2000, Magee c/ Royaume-Uni, *Rec.*2000-VI, req.n° 28135/95, §50.
C.E.D.H. 27 juin 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France, *Rec.* 2000-VII, req. n° 27417/95.
C.E.D.H. 11 janvier 2001, PM c/ Italie.
C.E.D.H. 18 janvier 2001, Chapman c/ Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I, req.n° 27238/95.
C.E.D.H. 26 février 2002, Fretté c/ France, *Rec.*2002-I, req.n°36515/97.
C.E.D.H. 28 mai 2002, McShane c/ Royaume-Uni, req.n°43290/98, §135.
C.E.D.H. 4 juin 2002, Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas, req.n°34462/97, *Rec.*2002-IV §47,
C.E.D.H. 13 juin 2002, Anguelova c/ Bulgarie, *Rec.* 2002-IV.
C.E.D.H. 14 juin 2002, n° 38621/97, Zehnalová et Zehnal c/ Rép. Tchèque.
C.E.D.H. 20 juin 2002, Azinas c/ Chypre, req.56679/00.
C.E.D.H. 2 juillet 2002, Wilson et autres c/ Royaume-Uni, req.n° 30660/96, 30671/96 et 30678/96.

C.E.D.H. 11 juillet 2002, Grande chambre, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI, §85.

C.E.D.H. 24 septembre 2002, Posti et Rahko c/ Finlande, *Rec.*2002-VII, req.n° 27824/95.

C.E.D.H. 6 novembre 2002, Willis c/ Royaume-Uni, req.36042/97, *Rec.*2002-IV, §39.

C.E.D.H. 26 novembre 2002, Buchen c/ République Tchèque, req.n°36541/97.

C.E.D.H. 9 janvier 2003, L. et V. c/ Autriche, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, requêtes n° 39392/98, 39829/98.

C.E.D.H. 12 juin 2003, Van Kück c/ Allemagne, *Rec.*2003-VII, req.n° 35968/97.

C.E.D.H. 8 juillet 2003, Sommerfeld c/ Allemagne, *Rec.*2003-VIII, req.n°31871/96, §93.

C.E.D.H. 24 juillet 2003, Karner c/ Autriche, *Rec.*2003-IX, req.n° 40016/98.

C.E.D.H. 30 septembre 2003, Koua Poirrez c/ France, *Rec.* 2003-X.

C.E.D.H. 16 décembre 2003, Palau-Martinez c/ France, *Rec.* 2003-XII, req.n° 64927/01, §41.

C.E.D.H. 26 février 2004, Natchova et autres c/ Bulgarie, *Rec.*2005-VII, requêtes n°43577/98; 43579/98.

C.E.D.H. 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c/ Andorre, req.n° 69498/01, *Rec.*2004-VIII.

C.E.D.H. 27 juillet 2004, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, *Rec.*2004-VIII, req. n° 55480/00, 59330/00.

C.E.D.H. 16 novembre 2004, Ünal Tekeli c/ Turquie, *Rec.*2004-X (extraits), req.n°29865/96.

C.E.D.H. 22 décembre 2004, Merger et Cros c/ France, req.n° 68864/01.

C.E.D.H. 17 février 2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, requête n°42758/98 ; 45558/99.

C.E.D.H. 6 juillet 2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. n°43577/98 ; 43579/98.

C.E.D.H. 25 octobre 2005, Okpisz c/ Allemagne, req.n° 59140/00

C.E.D.H. 13 décembre 2005, Bekos et Koutropoulos c/ Grèce, req.n° 15250/02.

C.E.D.H. 12 avril 2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. n° 65731/01 ; 65900/01.

C.E.D.H. 16 mai 2006, Osman c/ Bulgarie, req.n° 43233/98.

C.E.D.H. 24 octobre 2006, n° 6253/03, Vincent c/ France.

C.E.D.H. 26 juillet 2007, Angelova et Iliev c/ Bulgarie, req. n°55523/00.

C.E.D.H. 26 juillet 2007, Cobzaru c/ Roumanie, req.n°48254/99.

C.E.D.H. (GC) 13 novembre 2007, D.H. et autres c/ République tchèque, req. n° 57325/00.

C.E.D.H. 22 janvier 2008, E.B. c/ France, req.n°43546/02.

C.E.D.H. (3° Sect) 4 mars 2008, Stoica c/ Roumanie, Req. n° 42722/02.

C.E.D.H. 31 juillet 2008, religionsgemeinschaft der zeugen jehovas et autres c/Autriche, req.n°40825/98 (disponible uniquement dans sa version anglaise).

C.E.D.H. 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, req. 34503/97.

C.E.D.H. 4 décembre 2008, Dogru c/ France, requête n°27058/05.

C.E.D.H. 30 avril 2009, Glor c/ Suisse, requête n° 13444/04.

C.E.D.H. 6 novembre 2009, Glor c/ Suisse.

2010 :

C.E.D.H. 16 mars 2010, Orsus et autres c/ Croatie, requête n°15766/03.

INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

1960 :

C.J.C.E. 10 mai 1960, Barbara Erzbergbau AG et autres c/ Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Aff. jointes 3-58 à 18-58, 25-58 et 26-58, *Rec.* 1960 p. 369.

C.J.C.E. 17 juillet 1963, République italienne c/ Commission de la Communauté Économique Européenne, Aff. 13/63, *Rec.* 1963 p. 337.

C.J.C.E. 19 mars 1964, M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra c/ Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht, Aff. 75/63, *Rec.* 1964, p. 347

C.J.C.E. 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, Aff. 6/64, *Rec.* 1964, p.1141.

C.J.C.E. 15 octobre 1969, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG c/ Salvatore Ugliola, Aff. 15-69, *Rec.* 1969 ; p. 363.

C.J.C.E. 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt, Aff. 29-69, *Rec.* 1969 p. 419.

1970 :

C.J.C.E. 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Demande de décision préjudicielle: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1125.

C.J.C.E. 25 mai 1971, Gabrielle Defrenne c/ État belge, Aff. 80/70, *Rec.* 1971, p. 445.

C.J.C.E. 22 juin 1972, Rita Frilli c/ État belge, Aff. 1/72, *Rec.* 1972 p.457.

C.J.C.E. 7 février 1973, Commission des Communautés Européennes c/ République italienne, Aff. 39/72, *Rec.* 1973, p. 101.

C.J.C.E. 7 novembre 1973, Bestuur der Sociale Verzekeringsbank c/ B. Smieja, Aff. 51-73, *Rec.* 1973, p. 1213.

C.J.C.E. 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu c/ Deutsche Bundespost, Aff. 152/73, *Rec.* 1974, p. 153.

C.J.C.E. 12 févr. 1974, Sotgiu, Aff. 152/73 : *Rec.* 1974, p. 153, § 11 : *D.* 1975 p. 605, note B. Pacteau ; *Dr. social* 1974, p. 177, concl. H. Mayras, obs. G. Lyon-Caen ; *R.T.D europ.* 1976. P.374.

C.J.C.E. 4 avril 1974, Commission des Communautés Européennes c/ République française, Aff. 167-73, *Rec.*1974, p. 359.

C.J.C.E. 14 mai 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes, Aff. 4-73, *Rec.*1974, p. 491.

C.J.C.E. 3 décembre 1974, Johannes Henricus Maria van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Aff. 33/74, *Rec.*1974, p. 1299.

C.J.C.E. 4 décembre 1974, Yvonne van Duyn c/ Home Office, Aff. 41-74, *Rec.*1974, p. 1337.

C.J.C.E. 12 décembre 1974, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c/ Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, Aff. 36-74, *Rec.*1974, p. 1405.

C.J.C.E. 30 septembre 1975, Anita Cristini c/ Société nationale des chemins de fer français, Aff. 32-75, *Rec.*1975, p. 1085.

C.J.C.E. 28 octobre 1975, Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur, Aff. 36-75, *Rec.*1975, p. 1219.

C.J.C.E. 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 43-75, *Rec.*1976, p. 455.

C.J.C.E. (première chambre) du 27 octobre 1976, Vivien Prais c/ Conseil des Communautés européennes, Aff. 130-75, *Rec.*1976, p. 1589.

C.J.C.E. 13 octobre 1977, Fonds national de retraite des ouvriers mineurs c/ Giovanni Mura, Aff. 22-77, *Rec.*1977, p. 1699.

C.J.C.E. 19 octobre 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne c/ Office national interprofessionnel des céréales, Aff. jointes 124/76 et 20/77, *Rec.*1977, p. 1795.

C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c/ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG c/ Hauptzollamt Itzehoe, Aff. jointes 117-76 et 16-77, *Rec.*1977, p. 1753.

C.J.C.E. 6 décembre 1977, Marguerite Maris épouse Roger Reboulet c/ Office national des pensions pour travailleurs salariés, Aff.55/77.

C.J.C.E. 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c/ Société anonyme Simmenthal, Aff. 106/77, *Rec.*1978, p.629.

C.J.C.E. 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Aff. 149/77, *Rec.*1978, p. 1365.

C.J.C.E. 7 février 1979, J. Knoors c/ Staatssecretaris van Economische Zaken, Aff. 115/78, *Rec.* 1979, p. 399.

C.J.C.E. 13 mars 1979, SA des grandes distilleries Peureux c/ directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du Territoire de Belfort, Aff. 86/78, *Rec.* 1979, p. 897.

C.J.C.E. 12 juillet 1979, Caisse Régionale d'Assurance Maladie de Lille (CRAM) c/ Diamante Toia, épouse Palermo, Aff. 237/78, *Rec.* 1979, p. 2645.

1980 :

C.J.C.E. 17 février 1980, Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique, *Rec.* 1980, p. 3381.

C.J.C.E. 27 mars 1980, Jenkins, Aff. 129-79, *Rec.* 1980, p. 1275

C.J.C.E. (troisième chambre) 24 avril 1980, Una Coonan c/ Insurance Officer, Aff. 110/79, *Rec.* 1980, p. 1445.

C.J.C.E. 8 octobre 1980, Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. 810/79, *Rec.* 1980, p. 2747.

C.J.C.E. 17 décembre 1980, Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique, Aff. 149/79, *Rec.* 1980, p. 3881, *A.J.D.A.* 1981, p. 137.

C.J.C.E. 31 mars 1981, J.P. Jenkins c/ Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., Aff. 96/80, *Rec.* 1981, p. 911.

C.J.C.E. (troisième chambre) 14 janvier 1982, Francesco Reina et Letizia Reina c/ Landeskreditbank Baden-Württemberg, Aff. 65/81, *Rec.* 1982, p. 33.

C.J.C.E. 9 février 1982, Eileen Garland c/ British Rail Engineering Limited, Aff. 12/81, *Rec.* 1982, p. 359.

C.J.C.E. 23 mars 1982, D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la Justice, Aff. 53/81, *Rec.* 1982, p. 1035.

C.J.C.E. 23 février 1983. Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Aff. 8/82, *Rec.* 1983, p. 371.

C.J.C.E. 26 octobre 1983, c/ Italie, Aff. 163/ 82 : *Rec.* 1983, p. 3278.

C.J.C.E. 8 novembre 1983, c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Aff. 165/82, *Rec.* 1983, p. 3431.

C.J.C.E. 28 juin 1984, Hans Moser c/ Land Baden-Württemberg, Aff. 180/83, *Rec.*1984 p. 2539.

C.J.C.E. 12 juillet 1984, Ulrich Hofmann c/ Barmer Ersatzkasse, Aff. 184/83, *Rec.*1984, p. 3047.

C.J.C.E. 18 septembre 1984, W.G.M. Liefding et autres c/ Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam et autres, Aff. 23/83, *Rec.*1984, p. 3225.

C.J.C.E. 6 décembre 1984, SA Biovilac NV c/ Communauté économique Européenne, Aff. 59/83, *Rec.*1984, p. 4057.

C.J.C.E. 30 Janvier 1985, Aff. 143/83, *Rec.*1985, p. 427 point 10.

C.J.C.E. (deuxième chambre) 27 mars 1985, Vera Hoeckx c/ Centre public d'aide sociale de Kalmthout, Aff. 249/83, *Rec.*1985, p. 973.

C.J.C.E. (première chambre) 20 juin 1985, Office national de l'emploi c/ Jozsef Deak, Aff. 94/84, *Rec.*1985, p. 1873.

C.J.C.E. 15 janvier 1986, Derrick Guy Edmund Hurd c/ Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes), Aff. 44/84, *Rec.*1986, p. 29.

C.J.C.E. 15 janvier 1986, Pietro Pinna c/ Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie, Aff. 41/84, *Rec.*1986, p. 1.

C.J.C.E. 17 avril 1986, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, Aff. 59/85, *Rec.*1986, p. 1283.

C.J.C.E. 13 mai 1986, Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz, Aff. 170/84, *Rec.*1986, p. 1607.

C.J.C.E. 15 mai 1986, Johnston, Aff. C-222/84, *Rec.* p. 1651

C.J.C.E. 3 juin 1986, R. H. Kempf c/ Secrétaire d'État à la Justice, Aff. 139/85, *Rec.*1986, p. 1741.

C.J.C.E. 3 juin 1986, Commission des Communautés européennes c/ France, *Rec.* 1986, p. 1275.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 1er juillet 1986, Gisela Rummler c/ Dato-Druck GmbH, Aff. 237/85, *Rec.*1986, p. 2101.

C.J.C.E. 3 juillet 1986, Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg, Aff. 66/85, *Rec.*1986, p. 2121.

C.J.C.E. 16 juin 1987, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, Aff. 225/85, *Rec.*1987, p. 2625.

C.J.C.E. 14 janvier 1988, Commission des Communautés Européennes c/ République italienne, Aff. 63/86, *Rec.*1988, p. 29.

C.J.C.E. 7 juin 1988, Mario Roviello c/ Landesversicherungsanstalt Schwaben, Aff. 20/85, *Rec.*1988, p. 2805.

C.J.C.E. 21 juin 1988, Lair c/ Universität Hannove, Aff. 39/86, *Rec.*1986, p. 3161.

C.J.C.E. 28 juin 1988, Commission des Communautés Européennes c/ Conseil des Communautés Européennes, Aff. 7/87, *Rec.*1988, p. 3401.

C.J.C.E. 30 juin 1988, Commission des Communautés européennes c/ République Française, Aff. 318/86, *Rec.*1988, p. 3575, *R.F.D.A.* 1988. 976, note J.-Cl. Bonichot.

C.J.C.E. 20 septembre 1988, Royaume d'Espagne c/ Conseil des Communautés Européennes, Aff. 203/86, *Rec.*1988 p. 4563.

C.J.C.E. 25 octobre 1988, c/ République française, Aff. 312/86, *Rec.*1988, p. 6315 et p. 6328, concl. Sir Gordon Slynn.

C.J.C.E. (sixième chambre) 2 mars 1989, Pietro Pinna c/ Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie, Aff. 359/87, *Rec.*1989 p. 585.

C.J.C.E. (sixième chambre) 15 mars 1989, G. B. C. Echternach et A. Moritz c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Aff. jointes 389/87 et 390/87, *Rec.*1989, p. 723.

C.J.C.E. 31 mai 1989, Bettray, Aff. 344/87.

C.J.C.E. (sixième chambre) 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn c/ FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., Aff. 171/88, *Rec.* 1989, p. 2743.

C.J.C.E. 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, Aff. 109/88, *Rec.* 1989, p. 3199.

C.J.C.E. 14 décembre. 1989 The Queen c/ Ministry of Agriculture, Aff. C-3/87.

1990 :

C.J.C.E. 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group, Aff. C-262/88, *Rec.*1990, p. I-1889.

C.J.C.E. (sixième chambre) 27 juin 1990, Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-33/89, *Rec.* 1990, p. I-2591.

C.J.C.E. 8 novembre 1990, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum), Aff. C-177/88, *Rec.* 1990, p. 3941, point 17.

C.J.C.E. 8 novembre 1990, Handels - og Kontorfunktionærernes Forbund c/ Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz), Aff. C-179/88, *Rec.* 1990 p. I-3979.

C.J.C.E. (sixième chambre) du 7 février 1991, Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-184/89, *Rec.* 1991, p. I-297.

C.J.C.E. 7 mai 1991, Irène Vlassopoulou c/ Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, Aff. C-340/89, *Rec.* 1991, p. I-2357.

C.J.C.E. 25 juillet 1991, Procédure pénale c/ Alfred Stoeckel, Aff. C-345-89, *Rec.* 1991, p. I-04047.

C.J.C.E. (deuxième chambre) 21 novembre 1991, Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de la Savoie (URSSAF) c/ Hostellerie Le Manoir SARL, Aff. C-27/91, *Rec.* 1991, p. I-5531.

C.J.C.E. 27 novembre 1991, Bleis, *Rec.* 1991, p. I-5627.

C.J.C.E. 26 février 1992, V. J. M. Raulin c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Aff. C-357/89, *Rec.* 1992, p. I-1027.

C.J.C.E. 26 février 1992, Bernini, Aff. C-3/90.

C.J.C.E. 7 juillet 1992, The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex-parte Secretary of State for Home Department, Aff. C-370/90, *Rec.* 1992, p. I-4265.

C.J.C.E. 7 juillet 1992, Micheletti, Aff. C-369/90.

C.J.C.E. 16 décembre 1992, B&Q, Aff. C-169/91, *Rec.* p. I-6635.

C.J.C.E. 16 décembre 1992, Ettien Koua Poirrez c/ Caisse d'allocations familiales de la région parisienne, substituée par la Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis, Aff. C-206/91, *Rec.* 1992, p. I-06685.

C.J.C.E. 10 mars 1993, Commission des Communautés Européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, Aff. C-111/91, *Rec.* 1993, p. I-817.

C.J.C.E. 2 août 1993, Pilar Allué et Carmel Mary Coonan et autres c/ Università degli studi di Venezia et Università degli studi di Parma, Aff. jointes C-259/91, C-331/91 et C-332/91, *Rec.* 1993 p. I-4309.

C.J.C.E. 2 août 1993, Helen Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, Aff. C-271-91, *D.* 1993, IR. 204.

C.J.C.E. 2 août 1993, Levy, Aff. C-158/91, *Rec.* 1993, p. I-4287 ; *Europe*, 1993, comm. 383.

C.J.C.E. 6 octobre 1993, Ten Oever, Aff. C-109/91, *Rec.* 1993, p. I-4879,.

C.J.C.E. 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority c/ Secretary of State for Health, Aff. C-127/92, *Rec.* 1993, p. I-553.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 16 décembre 1993, Marie-Hélène Leguaye-Neelsen c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Aff. C-28/92, *Rec.* 1993, p. I-6857.

C.J.C.E. (sixième chambre) 3 février 1994, Office national de l'emploi c/ Madeleine Minne, Aff. C-13/93, *Rec.* 1994, p. I-371.

C.J.C.E. 3 février 1994, Habermann-Beltermann c/ Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband, Aff. C-421/92, *Rec.* 1994, p. I-1657.

C.J.C.E. 23 février 1994. Ingetraut Scholz c/ Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda. Affaire C-419/92, *Rec.* 1994, p. I-505 : note L. Cartou, *LPA* 1994, n° 77, p. 41.

C.J.C.E. 14 avril 1994, Ballast Nedoem Groep, Aff. C-389/92, *Rec.* 1994, p. I-1289.

C.J.C.E. (sixième chambre) 5 mai 1994, Gabriele Habermann-Beltermann c/ Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V, Aff. C-421/92, *Rec.* 1994 p. I-1657.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 14 juillet 1994, Carole Louise Webb c/ EMO Air Cargo Ltd (UK), Aff. C-32/93, *Rec.* 1994, p. I-3567.

C.J.C.E. 28 septembre 1994, Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c/ G. A. Beune, Aff. C-7/93, *Rec.* 1994, p. I-4471.

C.J.C.E. 28 septembre 1994, Coloroll Pension Trustees Ltd c/ James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton et Coloroll Group plc, Aff. C-200/91, *Rec.* 1994, p. I-04389, §103.

C.J.C.E. 5 octobre 1994, Simon J. M. van Munster c/ Rijksdienst voor Pensioenen, Aff. 165/91, *Rec.* 1994, p. I-04661.

C.J.C.E. 31 mai 1995, Royal Copenhagen, Aff. C-400/ 93, *Rec.* 1995, p. I-1275.

C.J.C.E. (quatrième chambre) 13 juillet 1995, Jennifer Meyers c/ Adjudication Officer, Aff. C-116/94, *Rec.* 1995, p. I-2131.

C.J.C.E. 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, Aff. C-450/93, *Rec.* 1995 p. I-03051.

C.J.C.E. 22 novembre 1995, Ioannis Vougioukas c/ Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA), Aff. C-443/93, *Rec.* 1995, p. I-4033.

C.J.C.E. 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c/ Jean-Marc Bosman et autres et Union des

associations européennes de football (UEFA) c/ Jean-Marc Bosman, Aff. C-415/93, *Rec.*1995 p. I-4921.

C.J.C.E. 13 février 1996, Joan Gillespie et autres c/ Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board et Southern Health and Social Services Board, Aff. C-342/93, *Rec.*1996, p.I-475.

C.J.C.E. avis 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Avis 2/94, *Rec.*1996, p. I-1759.

C.J.C.E. 30 avril 1996, P c/ S et Cornwall County Council, Aff. C-13/94, *Rec.*1996, p.I-2143.

C.J.C.E. 23 mai 1996, O'Flynn c/ Adjudication Officer, Aff. C-237/94, *Rec.*1996, p. I-2617.

C.J.C.E. 12 septembre 1996, Commission c/ Royaume de Belgique, Aff. C-278/94, *Rec.*1996, p. I-4307

C.J.C.E. (cinquième chambre) 7 novembre 1996, Bruna-Alessandra Züchner c/ Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen, Aff. C-77/95, *Rec.*1996, p. I-5689.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 30 janvier 1997, Fritz Stöber (C-4/95) et José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) c/ Bundesanstalt für Arbeit, Aff. jointes C-4/95 et C-5/95, *Rec.*1997, p. I-511.

C.J.C.E. 13 mars 1997, Aff. C-197/96, *Rec.* 1997 p. I-01489, *R.J.S.* 4/97, n°493.

C.J.C.E. (sixième chambre) 17 avril 1997, Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c/ Efthimios Evrenopoulos, Aff. C-147/95, *Rec.*1997, p. I-2057.

C.J.C.E. (sixième chambre) 29 mai 1997, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, agissant pour Helle Elisabeth Larsson c/ Dansk Handel & Service, agissant pour Føtex Supermarked A/S, Aff. C-400/95, *Rec.*1997, p. I-2757.

C.J.C.E. (troisième chambre) 5 juin 1997, Land Nordrhein-Westfalen c/ Kari Uecker et Vera Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen, Aff. jointes C-64/96 et C-65/96, *Rec.*1997, p. I-3171.

C.J.C.E. (sixième chambre) du 12 juin 1997, Pascual Merino García c/ Bundesanstalt für Arbeit, Aff. C-266/95, *Rec.*1997, p. I-3279.

C.J.C.E. (sixième chambre) 25 juin 1997, Carlos Mora Romero c/Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, Aff. C-131/96, *Rec.*1997, p. I-3659.

C.J.C.E. (sixième chambre) 2 octobre 1997, Office national des pensions (ONP) c/ Maria Cirotti, Aff.. C-144/96, *Rec.*1997, p. I-5349.

C.J.C.E. (sixième chambre) 2 octobre 1997, Hellen Gerster c/ Freistaat Bayern, Aff. C-1/95, *Rec.*1997, p. I-5253.

C.J.C.E. 11 novembre 1997, H. Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen, Aff. C 409/95, *Rec.* 1997, p. I-6383.

C.J.C.E. 27 novembre 1997, Meints c/ Minister van Landbouw, Aff. C-57/96, *Rec.* 1997, p. 6689.

C.J.C.E. 4 décembre 1997, Comm. c/ Italie, Aff. C-207/96, *Rec.* 1997, p. I-6869.

C.J.C.E. 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallonne, Aff. C-129/96.

C.J.C.E. 15 janvier 1998, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c/ Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-15/96, *Rec.* 1998, p. I-47.

C.J.C.E. 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd, Aff. C-249/96 *Rec.* 1998, p. I-621.

C.J.C.E. 12 mars 1998, Comm. CE c/ Rép. Hellénique, Aff. C-187/96.

C.J.C.E. (sixième chambre) 30 avril 1998, Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CNAVTS) c/ Evelyne Thibault, Aff. C-136/95, *Rec.* 1998, p. I-2011.

C.J.C.E. (sixième chambre) 7 mai 1998, Clean Car Autoservice GesmbH c/Landeshauptmann von Wien, Aff. C-350/96, *Rec.* 1998, p. I-2521.

C.J.C.E. 12 mai 1998, María Martínez Sala c/ Freistaat Bayern, Aff. C-85/96, *Rec.* 1998, p. I-2691.

C.J.C.E. 22 septembre 1998, Belinda Jane Coote c/ Granada Hospitality Ltd, Aff. C-185/97, *Rec.* 1998, p. I-5199.

C.J.C.E. 19 novembre 1998, Pedersen, Aff. C-66/96, *Rec.* 1998, p. I-7327.

C.J.C.E. 24 novembre 1998, Bickel et Franz, Aff. C-274/96, *Rec.* 1998 p. I-7637.

C.J.C.E. 26 novembre 1998, Mehmet Birden, Aff. C-1/97.

C.J.C.E. 1er décembre 1998, B.S. Levez c/ T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd, Aff. C-326/96, *Rec.* 1998, p. I-7835.

C.J.C.E. 9 février 1999, Regina c/ Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez, Aff. C-167/97, *Rec.* 1999, p. I-623.

C.J.C.E. 11 mai 1999, Aff. C-309/97, *Rec.* C.J.C.E., p. I-2865.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 8 juin 1999, C.P.M. Meeusen c/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Aff. C-337/97, *Rec.* 1999, p. I-3289.

C.J.C.E. 16 septembre 1999, Abdoulaye, Aff. C-278/98, *Rec.* 1999, p. I-5723.

J.C.E. (sixième chambre) 21 octobre 1999, Susanne Lewen c/ Lothar Denda, Aff. C-333/97, *Rec.*1999, p. I-7243.

C.J.C.E. 26 octobre 1999, Aff. C-273/97, *Rec.*1999, p. I-7403.

C.J.C.E. (sixième chambre) 28 octobre 1999, Commission des Communautés européennes c/ République hellénique, Aff. C-187/98, *Rec.*1999, p. I-7713.

2000 :

C.J.C.E. 11 janvier 2000, Aff. C-285/98, *Rec.*2000, p. I-69

C.J.C.E. 3 février 2000, Mahlburg c/ Land Mecklenburg-Vorpommern, Aff. C-207/98, *Rec.* 2000, p. I-549.

C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Telekom AG c/ Lilli Schröder, Aff. C-50/96, *Rec.*2000, p. I-743.

C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Post AG c/ Elisabeth Sievers (C-270/97) et Brunhilde Schrage (C-271/97), Aff. jointes C-270/97 et C-271/97, *Rec.*2000, p. I-929.

C.J.C.E. (sixième chambre) 10 février 2000, Deutsche Telekom AG c/ Agnès Vick (C-234/96) et Ute Conze (C-235/96), Aff. jointes C-234/96 et C-235/96, *Rec.*2000, p. I-799.

C.J.C.E. 28 mars 2000, G. Badeck et a. c/ Hessische Ministerpräsident, Aff. C 158/97, *Rec.* 2000, p. I-1875.

C.J.C.E. 30 mars 2000 Jämställdhetsombudsmannen c/ Örebro läns landsting, Aff. C-236/98, *Rec.*2000, p. I-2189.

C.J.C.E. 6 juillet 2000, Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c/ Elisabet Fogelqvist, Aff. C 407/98, *Rec.* 2000, p. I-5539.

C.J.C.E. 3 octobre 2000, Angelo Ferlini c/ Centre hospitalier de Luxembourg, Aff. C-411/98, *Rec.*2000, p. I-8081.

C.J.C.E. 30 novembre 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c/ Republik Österreich, Aff. C-195/98.

C.J.C.E. 7 décembre 2000, Schnorbus, Aff C-79/99, *Rec.*2000, p I-11015.

C.J.C.E. 20 septembre 2001, Rudy Grzelczyk et Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Aff. C-184/99, *Rec.*2000, p. I-6193.

C.J.C.E. (cinquième chambre) du 4 octobre 2001, Tele Danmark A/S c/ Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), Aff. C-109/00, *Rec.*2001, p. I-6993.

C.J.C.E. 9 octobre 2001, Menauer, Aff. C-379/99, *Rec.*2001, p. I-7275.

C.J.C.E. 11 octobre 2001, Mervett Khalil (C-95/99), Issa Chaaban (C-96/99) et Hassan Osseili (C-97/99) c/ Bundesanstalt für Arbeit et Mohamad Nasser (C-98/99) c/ Landeshauptstadt Stuttgart et Meriem Addou (C-180/99) c/ Land Nordrhein-Westfalen, Aff. jointes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, *Rec.*2001, p. I-7413.

C.J.C.E. 18 octobre 2001, SIAC, Aff. C-19/00, point 41.

C.J.C.E. 29 novembre 2001, Griesmar, Aff. C-366/99, *R.J.S.* 2002, Études et doctrine, p. 114 ; *Cah. dr. eur.* 2002, p. 450. *D.* 2002 p. 134.

C.J.C.E. 13 décembre 2001, Mouflin, *R.J.S.* 2002, Études et doctrine, p. 114.

C.J.C.E. 19 mars 2002, Lommers c/ Minister van Landbouw, Aff. C-476/99, *Rec.*2002, p. I-2891.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 18 avril 2002, Johann Franz Duchon c/ Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, Aff. C-290/00, *Rec.*2002, p. I-3567.

C.J.C.E. (cinquième chambre) du 12 septembre 2002, Pirkko Niemi, Aff. C-351/00, *Rec.* 2002, p. I-7007.

C.J.C.E. 17 septembre 2002, A. G. Lawrence et autres c/ Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitie Secure Services Ltd, Affaire C-320/00, *Rec.* 2002, p. I-07325 point 18.

C.J.C.E. 9 janvier 2003, Nani Givane e.a. c/ Secretary of State for the Home Department, Aff. C-257/00, *Rec.* 2003, p. I-00345.

C.J.C.E. (cinquième chambre) 27 février 2003, Wiebke Busch c/ Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG, Aff. C-320/01, *Rec.* 2003, p. I-2041

C.J.C.E. 11 mars 2003, Alexander Dory c/ Bundesrepublik Deutschland, Aff. C-186/01, *Rec.* 2003, p. I-2479.

C.J.C.E. (sixième chambre) 20 mars 2003, Helga Kutz-Bauer c/ Freie und Hansestadt Hamburg, Aff. C-187/00, *Rec.*2003, p. I-2741.

C.J.C.E. (sixième chambre) 11 septembre 2003, Erika Steinicke c/ Bundesanstalt für Arbeit, Aff. C-77/02, *Rec.*2003, p. I-9027.

C.J.C.E. 2 octobre 2003, Carlos Garcia Avello c/ État belge, Aff. C-148/02, *Rec.*2003, p. I-11613.

C.J.C.E. 7 janvier 2004, K.B. c/ National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, Aff. C-117/01, *Rec.*2004, p. I-541.

C.J.C.E. 13 janvier 2004, Debra Allonby, Aff. C-256/01.

C.J.C.E. 7 septembre 2004, Commission c/ Royaume de Belgique, *Rec.*2004, p. I-08411.

C.J.C.E. (grande chambre) 7 septembre 2004, Michel Trojani c/ Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), Aff. C-456/02, *Rec.*2004, p. I-7573.

C.J.C.E. (deuxième chambre) 30 septembre 2004, Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice, Aff. C-319/03, *Rec.*2004, p. I-8807.

C.J.C.E. (première chambre) 18 novembre 2004, Land Brandenburg c/ Ursula Sass, Aff. C-284/02, *Rec.*2004, p. I-11143.

C.J.C.E. (grande chambre) 1er février 2005, Commission des Communautés Européennes c/ la République d'Autriche, Aff. C-203/03, *Rec.*2005, p. I-935.

C.J.C.E. (première chambre) 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi c/ Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Aff. C-196/02, *Rec.* 2005, page I-1789, *point* 28.

C.J.C.E. (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, *Rec.*2005, p. I-9981.

C.J.C.E. (deuxième chambre) 16 février 2006, Carmen Sarkatzis Herrero c/ Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), Aff. C-294/04, *Rec.* 2006, p. I-1513.

C.J.C.E. 23 février 2006, Commission c/Autriche, Aff. C-133/05.

C.J.C.E. 23 février 2006, Commission c/ Allemagne, Aff. C-43/05.

C.J.C.E. 27 avril 2006, Sarah Margaret Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions, Aff. C-423/04, *Rec.* 2006, p. I-03585.

C.J.C.E. 1^{er} juillet 1986, Rummler Aff. 237/85, *Rec.* C.J.C.E., p. 2101.

C.J.C.E. (grande chambre) 11 juillet 2006, Sonia Chacón Navas c/ Eurest Colectividades SA, Aff. C-13/05.

C.J.C.E. (grande chambre) 3 octobre 2006, B. F. Cadman c/ Health & Safety Executive, Aff. C-17/05, *Rec.*2006, p. I-9583.

C.J.C.E. (deuxième chambre), 13 septembre 2007, Yolanda Del Cerro Alonso c/Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Aff. C-307/05, *Rec.*2007.

C.J.C.E. (quatrième chambre) 20 septembre 2007, Aff. C-116/06, *Rec.*2007, p. I-7643

C.J.C.E. (troisième chambre) 11 octobre 2007, Nadine Paquay c/ Société d'architectes Hoet et Minne SPRL, Aff. C-460/06, *Rec.*2007, p. I-851.

C.J.C.E. (grande chambre) 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05, *Rec.*2007, p. I-8531.

C.J.C.E. 11 décembre 2007, Aff. C-438/05, *Rec.*2007, p. I-10779.

C.J.C.E. 14 décembre 2007, Commission des Communautés européennes c/ République hellénique, Aff. 481/2006, *Rec.* 2007, p. I-00193.

C.J.C.E. 18 décembre 2007, Aff. C-341/05, *Rec.*2007, p. I-11767.

C.J.C.E. 1er avril 2008, Maruko, Aff. C-267/06.

C.J.C.E. 3 avril 2008, Aff. C-346/06, *Rec.*2008, p. I-01989.

C.J.C.E. (grande chambre) 15 avril 2008, Impact c/ Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport, Aff. C-268/06, *Rec.*2008.

C.J.C.E. 5 juin 2008, James Wood c/ Fonds des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, Aff. C-164/07, *Rec.* p. I-04143.

C.J.C.E. 19 juin 2008, Commission des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, Aff. C-319/06.

C.J.C.E. (deuxième chambre) 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/ Firma Feryn NV, Aff. C-54/07, *J.C.P.S.* 2008, p.1520, note J. Cavallini.

C.J.C.E. (grande chambre) 17 juillet 2008, S. Coleman c/ Attridge Law, Steve Law, Aff. C-303/06.

C.J.C.E. 23 septembre 2008, Birgit Bartsch c/ Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, Aff. C-427/06.

C.J.C.E. 5 mars 2009 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Aff. C-388/07.

C.J.C.E. 18 juin 2009, David Hütter c/ Technische Universität Graz, Aff. C-88/08, *Rec.*2009, p. I-05325.

C.J.C.E. 1^{er} octobre 2009, Aff. 3/08, *Rec.* 2009, p. I-9085.

2010 :

C.J.C.E (grande chambre) 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG.

C.J.C.E. 8 juillet 2010, Susanne Bulicke c/ Deutsche Büro Service GmbH, Aff. C-246/09.

C.J.U.E. 12 juillet 2010, Colin Wolf *c/* Stadt Frankfurt am Main, Aff. C-229/08.

INDEX THÉMATIQUE

NB : Les références en gras renvoient aux numéros des paragraphes de la thèse

A

Accès au juge

- Pour les victimes
- Pour les associations

Activisme

Action positive

- (stricto sensu), voir *discrimination*
« *positive* »
- (lato sensu)

Adhésion

- à l'Union européenne
- à la Convention des droits de l'homme

Age

Agent public

Ancienneté

Annulation

- recours en

Applicabilité

- notion
- directe

Avantages sociaux

Autolimitation

Autorégulation

B

Base juridique

- conflit de

Bilatéralisation

C

Carence

- recours en

Carrière

- syndicaliste

Catégorisation

Champ d'application

- des dispositions du traité
- de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
- de l'article 14 CESDHLF
- des directives de lutte contre les discriminations

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

- dignité
- droits sociaux
- droit au juge
- égalité/non discrimination
- présomption d'innocence
- champ d'application
- niveau de protection

Citoyenneté européenne

Citoyenneté sociale

Communauté de droit

Comparaison

- entre des situations
- entre des catégories
- critères de comparaison
- preuve de la comparaison

Compétence

- exclusive/partagée
- explicite/implicite
- d'harmonisation/complémentaire
- transversale

Concours

Concurrence

Conseil constitutionnel

Conseil d'Etat

Constitution

- au sens matériel
- au sens formel
- au sens fonctionnel

Constitutionnalité

- contrôle de constitutionnalité
- qualité de ce qui est constitutionnel

Contrôle de constitutionnalité

- - contrôle *a priori*
- - question prioritaire de constitutionnalité

Contrôle

- d'adéquation, voir *proportionnalité*
- de pertinence, voir *proportionnalité*

Convention européenne des droits de l'homme

- adhésion à la
- article 14 C.E.S.D.H.L.F.
- article 2 C.E.S.D.H.L.F.
- article 3 C.E.S.D.H.L.F.
- article 6§1 C.E.S.D.H.L.F.
- article 8 C.E.S.D.H.L.F.
- article 10 C.E.S.D.H.L.F.
- article 13 C.E.S.D.H.L.F.
- article 15 C.E.S.D.H.L.F.
- article 17 C.E.S.D.H.L.F.
- Protocole n°1
- Protocole n°12

Convention collective

Cour de cassation

Cour de justice de l'Union européenne

Cour européenne des droits de l'homme

D

Démocratie

- participative

Dialogue

- social
- civil

Dialogue des juges

- Dialogue-partage
- Dialogue-transfert

Différentialisme

Discrimination (non)

- Définition
- « Affirmative action »
- A rebours
- Apparente
- De fait
- Déguisée
- Directe
- Formelle
- Indirecte
- Intentionnelle
- Manifeste
- Matérielle
- Non-discrimination-prohibition
- Non-discrimination-suspicion
- « Positive »
- Potentielle
- Relativité de la notion

Diversité

Droits fondamentaux

E

Effet direct

- notion
- des directives

Egalité

- abstraite et concrète
- de groupes
- de moyens/de résultats
- de traitement
- des chances
- des droits
- des Etats

- des résultats
- des situations
- devant la loi et dans la loi
- en droit et en fait
- formelle
- individuelle/collective
- intracatégorielle/transcatégorielle
- par la différenciation
- par la généralité de la règle
- par la généralité et par la différenciation
- parfaite
- participative
- procédurale
- proportionnelle
- - selon les besoins
- - selon les mérites
- substantielle
- substantielle et non discrimination matérielle

Employeur

Entrave

Equipollence

Etat

- Haute partie contractante
- Etat membre

Ethnie

F/G

Femme, voir sexe ou genre

Flexibilité

- clause de

Fonction

- exécutive

Fonction publique

Genre

Gouvernement des juges

Guerre des juges

H

HALDE

Handicap

Homme, voir sexe ou genre

I/J

Inaptitude, voir maladie

Intégration

- méthode fonctionnaliste
- positive/négative

Interlocuteurs sociaux

Interprétation

- consensuelle évolutive
- littérale ou exégétique
- systémique
- téléologique

Justice

- Modèle de justice
- Justice sociale

Justification

- Théorie de la (*théorie de la grandeur*)
- Registre (ou cité)

L

Liberté de circulation

- Généralité
- Des travailleurs

M/N

Maladie

Manquement

- recours en

Marge nationale d'appréciation

Méthode de comparaison

- concordance
- des résidus
- dite « Clerc »

Nature juridique

- de l'Union européenne

Nationalité

Non-discrimination

- définition
- prohibition
- suspicion
- *Pour les critères discriminatoires se rapporter à chacun d'eux dans l'index*

O

Obligation positive

Observatoire

- Européen des phénomènes racistes et xénophobes

Orientation sexuelle

Origine

P

Peuple

- européen

Primauté

- principe de

Principes généraux du droit

- valeur juridique du

Principe d'égalité

- constitutionnel
- principe général du droit

Principe d'égalité de traitement

- en droit du travail
- en droit de l'U.E.

Pouvoir

- Normatif
- Séparation des
- Constituant

Preuve

- Aménagement de la charge de la

Procéduralisation

Proportionnalité

- principe de
- exigence de

- Contrôle d'adéquation

- Contrôle de pertinence

Protection sociale

R

Race

Raisonnabilité

Rationalité

Recours

- en annulation
- en carence
- en manquement

Régulation

Renvoi préjudiciel

Responsabilité

- des Etats pour violation du droit communautaire

Ressortissants communautaires

S

Santé, voir maladie

Service d'intérêt économique général

Service Public

Sexe

Souveraineté

- notion de
- conditions essentielles d'exercice de la

- collective

Subsidiarité

- principe de
- « intracommunautaire »
- Du contrôle de la CEDH

Syndicat

- Liberté syndicale
- Discrimination syndicale
- Carrière de syndicaliste, *voir carrière*
- Statut protecteur

T

Transparence

- Principe de

Traité

- De Maastricht
- D'Amsterdam
- De Nice
- Etablissant une Constitution pour l'Europe

U

Universalisme

V

Valeur juridique du principe d'égalité

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	11
1. L'objet d'étude : l'exigence d'égalité en droit social.....	13
A. La diversité de « l'égalité » en droit social.....	15
I. Les principes « d'égalité ».....	16
II. Un principe de non-discrimination ?	19
B. L'exigence d'un droit et l'étude de l'égalité en droit social	24
2. Le cadre d'analyse : le « dialogue des juges »	28
A. La spécificité du dialogue des juges.....	29
I. L'ambivalence du dialogue des juges	29
II. Les éléments singuliers du « dialogue des juges ».....	35
B. Le dialogue-partage : la coopération des juridictions.....	44
I. La coopération institutionnelle ou processuelle.....	45
II. La coordination matérielle : l'hybridation ?.....	51
C. Le dialogue-transfert	54
PARTIE 1 : L'EXIGENCE D'EGALITE FACE A LA DIVERSITE DES JURIDICTIONS	59
TITRE 1 : L'EXIGENCE D'EGALITE DANS LES JURISPRUDENCES INTERNES	60
<i>Chapitre 1 : L'enracinement du principe d'égalité en droit public.....</i>	<i>62</i>
Section 1 : L'admissibilité des différences.....	69
Paragraphe 1 : Le contrôle de la distinction	70
I. Les expressions du principe d'égalité	70
A. La prohibition des critères discriminatoires	70
B. De l'égalité devant la loi à l'égalité dans et par la loi	78
II. L'égalité d'accès aux emplois publics et tout au long de la carrière.....	86
A. L'impartialité dans le régime des concours administratifs.....	86
B. L'égalité de traitement des agents publics : de l'égalité formelle à l'égalité concrète ?... 95	
Paragraphe 2 : La justification tirée de l'intérêt général	101
I. De l'intérêt général, norme constitutionnelle	103
II. L'intérêt du service : une expression spécifique de l'intérêt général	113
Section 2 : La prépondérance de l'objet de la norme	117
Paragraphe 1 : La justification des différences de traitement	118
I. Un contrôle des pouvoirs publics	118
II. Le principe d'égalité : la méthode de contrôle	122
Paragraphe 2 : Les politiques sociales et les distinctions multipliées	129
<i>Conclusion du chapitre</i>	<i>137</i>

<i>Chapitre 2 : La Cour de cassation et la découverte de l'exigence d'égalité en droit du travail ...</i>	139
Section 1 : Des règles de non-discrimination à l'égalité des salariés	142
Paragraphe 1 : Le renforcement des règles de non-discrimination	143
I. Le renfort jurisprudentiel du dispositif antidiscriminatoire	144
II. Un contentieux phare : la lutte contre les discriminations syndicales.....	161
Paragraphe 2 : Un principe d'égalité de traitement affirmé.....	167
I. La découverte du principe dit « à travail égal, salaire égal »	167
II. L'extension du principe aux matières non salariales	177
Section 2 : L'employeur et les interlocuteurs sociaux face à l'exigence égalitaire.....	185
Paragraphe 1 : Les décisions unilatérales de l'employeur à l'épreuve du principe d'égalité de traitement	185
I. Le devoir d'explication de l'employeur.....	186
II. L'obligation de justification de l'employeur	190
Paragraphe 2 : Les conventions collectives et le respect de l'égalité de traitement	193
I. La différenciation dans les conventions collectives	194
II. Les « régimes légaux » de modification de la situation juridique du statut collectif à l'épreuve de l'égalité de traitement	205
<i>Conclusion de chapitre</i>	211
CONCLUSION DE TITRE.....	213
TITRE 2 : L'EXIGENCE D'EGALITE DANS LES JURISPRUDENCES EUROPEENNES	215
<i>Chapitre 1 : La Cour européenne des droits de l'homme et l'article 14 de la Convention</i>	217
Section 1 : L'article 14 et l'affirmation de l'exigence d'égalité dans le système conventionnel	223
Paragraphe 1 : Le principe conventionnel d'égalité de traitement	224
I. L'arrêt fondateur : l'affaire dite « linguistique belge »	224
II. Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de différencier	228
Paragraphe 2 : La raisonnabilité de la mesure publique.....	232
I. Raisonnabilité et but de l'auteur	233
II. La proportionnalité des moyens au but : pivot du contrôle de la C.E.D.H.....	238
Section 2 : L'affirmation de règles conventionnelles de non-discrimination	243
Paragraphe 1 : La constitution d'un « noyau dur » de critères interdits, fer-de-lance de l'exigence d'égalité.....	243
I. L'identification des critères interdits	244
II. La spécificité du régime du « noyau dur »	249
Paragraphe 2 : La non-discrimination, auxiliaire des autres droits et libertés fondamentaux	257
I. Le renfort des droits et libertés fondamentaux.....	257
II. Extension aux droits sociaux.....	262
<i>Conclusion du Chapitre</i>	267
<i>Chapitre 2 : La jurisprudence communautaires relatives ax dispositions antidiscriminatoires ...</i>	268
Section 1 : De la liberté de circulation à la citoyenneté européenne	271

Paragraphe 1 : Une exigence d'égalité au service de la liberté de circulation des travailleurs	272
I. L'interdiction de discriminer les travailleurs migrants.....	272
A. Le domaine de l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants communautaires : le champ restreint des différences persistantes	273
B. La jurisprudence dynamique de lutte contre la discrimination en raison de la nationalité	276
II. Le renfort de la discrimination indirecte	283
Paragraphe 2 : Le citoyen européen révélé	290
I. La fundamentalité de l'exigence d'égalité	290
II. L'émergence d'une citoyenneté « sociale » européenne ?	303
A. Le rayonnement de la citoyenneté européenne sur les droits sociaux.....	306
B. Vers une solidarité intracommunautaire ?.....	309
Section 2 : L'exigence d'égalité au sein du droit social communautaire.....	317
Paragraphe 1 : La non-discrimination à raison du genre : la jurisprudence phare de la C.J.U.E.	319
I. La jurisprudence dynamique de lutte contre les discriminations sexuelles	320
A. Une interprétation spécifique de la non-discrimination directe et indirecte	323
1) Un renforcement de la discrimination directe.....	323
2) Une approche spécifique de la discrimination indirecte.....	330
B. La problématique particulière de la maternité	335
II. L'exigence d'égalité protectrice : une jurisprudence modeste.....	338
Paragraphe 2 : Le renouveau de la politique antidiscrimatoire : les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE	342
I. La directive 2000/78/CE : une jurisprudence innovante	345
A. La discrimination en raison de l'âge : la prépondérance du contrôle de proportionnalité...	346
B. L'orientation sexuelle et le statut des couples homosexuels.....	351
C. Handicap et discrimination par association : l'arrêt Coleman.....	355
II. La directive 2000/43/CE : une jurisprudence atone	359
<i>Conclusion de chapitre</i>	362
CONCLUSION DE TITRE	364
CONCLUSION DE PARTIE	366
PARTIE 2 : L'EXIGENCE D'EGALITE A L'EPREUVE DU DIALOGUE DES JUGES.....	368
TITRE 1 : LA COMPARAISON	371
CHAPITRE 1 : LE ROLE DE LA COMPARAISON.....	376
Section 1 : La comparaison, essence des principes d'égalité	376
Paragraphe 1 : L'égalité « matricielle ».....	377
I. L'exigence d'égalité et la norme la plus générale.....	378
II. Une logique d'extension des droits et avantages	386

A. Le caractère accessoire de l'égalité.....	387
B. La généralisation d'un avantage ou d'un droit.....	389
Paragraphe 2 : Catégorisation et comparaison.....	392
I. De l'égalité formelle à l'égalité matérielle.....	393
II. Vers une obligation de traiter différemment des situations différentes : les jurisprudences européennes non entendues.....	398
Section 2 : La révélation de la discrimination	402
Paragraphe 1 : La comparaison, instrument non indispensable de la non-discrimination	403
I. L'affirmation du caractère non indispensable dans les droits européens	404
II. L'affirmation du caractère non indispensable par la Cour de cassation	411
III. La position ambiguë du droit public	412
Paragraphe 2 : La comparaison, instrument privilégié de la révélation de la discrimination	417
I. La comparaison au sein de la discrimination directe.....	417
II. La comparaison, instrument central de la discrimination indirecte.....	423
<i>Conclusion de chapitre.....</i>	<i>429</i>
<i>Chapitre 2 : La méthode de comparaison.....</i>	<i>430</i>
Section 1 : La comparaison appliquée à l'exigence d'égalité	434
Paragraphe 1 : Les méthodes de l'équipollence	437
I. La méthode de concordance : l'affirmation de l'équipollence	443
A. La méthode formaliste : l'exemple de la carrière dans la fonction publique	443
B. La méthode matérielle : l'exemple du travail de valeur égal	448
II. Les règles de non-discrimination et la pluralité des méthodes	454
Paragraphe 2 : Les cadres de la comparaison	459
I. La détermination des unités de comparaison : l'exemple du droit du travail	461
II. Le périmètre de comparaison : l'unité de pouvoir	464
Section 2 : Le contrôle juridictionnel de la comparaison	472
Paragraphe 1 : L'office du juge dans la comparaison	474
I. L'activisme juridictionnel dans la lutte contre les discriminations	476
A. La primauté de la lutte contre les discriminations	476
B. La diffusion des exigences de la lutte contre les discriminations sexuelles : l'exemple des pensions de Sécurité sociale.....	481
1) Les pensions de fonctionnaires et le dialogue du Conseil d'État avec la C.J.U.E.....	482
2) Les régimes légaux et le dialogue de la C.E.D.H. avec la Cour de cassation.....	486
II. Les principes d'égalité : de l'autolimitation à l'activisme juridictionnelle ?.....	488
A. La méthode formaliste, l'autolimitation du Conseil constitutionnel.....	489
B. La méthode matérielle, l'activisme de la Cour de cassation	493
Paragraphe 2 : Un contrôle objectif : l'objet de la décision	499
I. Les limites du critère de la finalité poursuivie : l'exemple du législateur	499
II. L'objet de la mesure : la convergence méthodologique.....	504
<i>Conclusion de chapitre.....</i>	<i>515</i>

<i>Conclusion de titre</i>	517
TITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS.....	518
<i>Chapitre 1 : Les discriminations : les raisons illicites</i>	520
Section 1 : Les raisons illicites	524
Paragraphe 1 : L'identification du critère discriminatoire	525
I. Des critères multipliés	525
A. Des listes limitatives ?	525
B. Devenir un critère discriminatoire : l'exemple de l'orientation sexuelle	532
II. Le signifié du critère discriminatoire : l'exemple du sexe et de la nationalité.....	536
A. La discrimination sexuelle : la problématique du genre	540
B. La discrimination fondée sur la nationalité : vers la citoyenneté sociale	546
1) « Citoyenneté sociale » et nationalité	546
2) Nationalité : du substantif à la substance ?	556
Paragraphe 2 : La mutation du contrôle de non-discrimination	557
I. La discrimination directe : un concept flou ?	558
II. La discrimination indirecte : un concept en quête de sens ?	564
Section 2 : Les « aménagements » possibles	569
Paragraphe 1 : La généralisation des « aménagements » raisonnables ?	570
I. Une exception générale : les exigences professionnelles essentielles et déterminantes.....	571
II. Le recours raisonnable au critère discriminatoire	575
Paragraphe 2 : L'exception des discriminations « positives »	578
<i>Conclusion de Chapitre</i>	592
CHAPITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS : LES RAISONS ADMISSIBLES	594
Section 1 : La justification de la distinction	595
Paragraphe 1 : L'objectivité de la justification	596
I. L'obligation de transparence	597
II. Les contours et la teneur de l'exigence de justification	601
Paragraphe 2 : Le contrôle de la justification	607
I. La pertinence entre l'objet de la décision et la distinction	607
A. L'intensité du contrôle	608
B. Les registres de justifications en droit du travail.....	615
II. La justification tirée d'un intérêt « supérieur »	620
Section 2 : Vers un nouvel ordre de justification : la diversité ?	626
Paragraphe 1 : De l'égalité par le droit à la discrimination « positive »	627
I. Les politiques préférentielles à l'épreuve du principe d'égalité	629
II. les phénomènes discriminatoires à l'épreuve de la notion de discrimination « positive » ?	636
A. Les divergences doctrinales	637
B. Le tâtonnement jurisprudentiel	642
Paragraphe 2 : La diversité : vers un principe de différence ?	655
I. L'émergence d'intérêts catégoriels	659

II. La singularité face à l'égalité.....	664
<i>Conclusion de Chapitre</i>	671
CONCLUSION DE TITRE.....	673
CONCLUSION DE PARTIE	674
CONCLUSION GENERALE	676
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	683
<i>Bibliographie Générale</i>	683
Ouvrages Généraux.....	683
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses.....	688
Mélanges	688
Thèse	689
Articles	691
<i>Bibliographie sélective de Droit public interne</i>	697
Ouvrages Généraux.....	697
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses.....	700
Publications du Conseil d'État	700
Publications du Conseil Constitutionnel	700
Publications du Conseil économique, social et environnemental	700
Rapports	701
Travaux de l'association Henri-Capitant	701
Rapport au Premier ministre : M. Pochard.....	701
Thèse	701
Articles	702
Observations de jurisprudence et Conclusions Commissaires du Gouvernement	707
<i>Bibliographie sélective de Droit privé interne</i>	710
Ouvrages Généraux.....	710
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses.....	711
Dossier.....	711
Publications de la Cour de cassation.....	711
Publications de la Halde.....	711
Thèse	712
Articles	713
Observations de jurisprudence	723
<i>Bibliographie sélective de Droit Européen</i>	728
Ouvrages Généraux.....	728
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses.....	729
Thèse	729
Articles	730

Notes et observations de jurisprudence	736
<i>Bibliographie sélective de Droit communautaire</i>	739
Ouvrages Généraux.....	739
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses	740
Thèse	740
Articles	741
Observations de jurisprudence et Conclusions de l’avocat général	748
INDEX INDICATIF DE JURISPRUDENCE	751
<i>Index indicatif de jurisprudence constitutionnelle</i>	751
<i>Index indicatif de jurisprudence administrative</i>	759
Avis du Conseil d’Etat:.....	759
Tribunal Administratif :	759
Cour d’appel administrative :	759
Conseil d’Etat :	759
<i>Index indicatif de jurisprudence judiciaire</i>	767
<i>Index indicatif de jurisprudence européenne</i>	776
<i>Index indicatif de jurisprudence communautaire</i>	781
INDEX THEMATIQUE	795
TABLE DES MATIERES	801