



UNIVERSITÉ PARIS 1

**PANTHÉON SORBONNE**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

**L'ACTION POSITIVE FACE  
AU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT  
EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit  
Présentée et soutenue publiquement le 7 février 2019 par

**Aurélia de Tonnac**

Sous la direction de Mesdames les Professeures Laurence Burgorgue-Larsen et  
Gwénaële Calvès

**Membres du Jury :**

Madame **Laurence Burgorgue-Larsen**,  
Professeure à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Madame **Gwénaële Calvès**,  
Professeure à l'Université Cergy-Pontoise

Monsieur **Édouard Dubout**,  
Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas (rapporteur)

Madame **Anastasia Iliopoulou-Pénot**,  
Professeure à l'Université Paris-Est Créteil (rapporteur)

Madame **Sophie Robin-Olivier**,  
Professeure à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne



L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse, elles doivent être considérées comme celles de l'auteur.



À ma mère.



## REMERCIEMENTS

Mes premières pensées reconnaissantes sont pour Mesdames les Professeures Gwénaële Calvès et Laurence Burgogue-Larsen qui m'ont guidée, avec bienveillance et précision, durant quatre années. Leurs conseils furent les premiers et derniers jalons de ce travail. Je remercie les Professeurs Anastasia Iliopoulou-Pénot, Édouard Dubout et Sophie Robin-Olivier qui me font l'honneur de participer au jury de soutenance.

J'exprime ensuite toute ma gratitude à celles et ceux qui m'ont entourée et ont rendu le quotidien plus agréable, à tous mes amis chers, notamment Olivier et Charlotte sans qui les journées n'auraient pas été les mêmes, et au personnel de la bibliothèque Cujas qui facilite tant la vie des chercheurs. Mes remerciements visent aussi tout particulièrement celles et ceux qui ont accepté la tâche difficile de la relecture, avec enthousiasme, Sabrina, Maxime, ainsi que les courageuses non-juristes et amies infiniment précieuses, Adèle et Joanne.

Un grand merci à Camille, amie, colocataire, relectrice et vaillante conseillère dans les moments de doute qui ont ponctué le parcours.

Un grand merci à Adrien pour sa magnifique générosité et son énergie contagieuse dans la dernière ligne droite.

Un grand merci enfin à mes parents, Marie-Laure et Jean-Philippe, et à mon frère Raphaël, à qui je rends hommage du fond du cœur.





## LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

### *Sigles et abréviations généraux :*

**aff.** : affaire

**chron.** : chronique

**comm.** : commentaire

**cons.** : considérant

**éd.** : édition

**Ibid.** : *Ibidem*, au même endroit

**JO** : Journal officiel (France)

**JOCE** : Journal officiel des Communautés européennes

**JORF** : Journal officiel de la République française

**JOUE** : Journal officiel de l'Union européenne

**obs.** : observations

**Op. cit.** : *Opere citato*, œuvre précitée

**p. / pp.** : page / pages

**pt / pts** : point / points

**trad.** : traduction

**s.** : suivantes

**vol.** : volume

**§ / §§** : paragraphe / paragraphes

### *Traités :*

**CDPH** : Convention relative aux droits des personnes handicapées

**CEDAW** : Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (selon l'abréviation de la Convention en anglais)

**CIEDR** : Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales

**PIDCP** : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

**PIDESC** : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

**TCE** : Traité instituant la Communauté européenne

**TCEE** : Traité instituant la Communauté économique européenne

**TFUE** : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

**TUE** : Traité sur l'Union européenne

### *Organisations internationales, organes :*

**CNCDH** : Commission nationale consultative des droits de l'Homme (France)

**CNIL** : Commission nationale de l'informatique et des libertés (France)

**CSA** : Conseil supérieur de l'audiovisuel (France)

**OIT** : Organisation internationale du Travail

**ONU** : Organisation des Nations Unies

### *Juridictions et comités :*

**Ass.** : Assemblée

**BVerfGE** : Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne)

**Cass.** : Cour de cassation (France)

**CDH** : Comité des droits de l'Homme

**CE** : Conseil d'État (France)

**CEDH** : Cour européenne des droits de l'Homme

**Com. EDH** : Commission européenne des droits de l'Homme

**Com. IDH** : Commission interaméricaine des droits de l'Homme

**Cou. IDH** : Cour interaméricaine des droits de l'Homme

**CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes

**CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne

**GC** : Grande chambre

**QPC** : question prioritaire de constitutionnalité

**Sect.** : section

**Trib.UE** : Tribunal de l'Union européenne

**TFPUE** : Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne

***Revues et éditeurs :***

**AJDA** : Actualité juridique droit administratif

**CDE** : Cahiers de droit européen

**D.** : Recueil Dalloz

**HRLR** : *Human Rights Law Review*

**JCP** : La semaine juridique

**JCP E** : La Semaine Juridique édition entreprise

**JCP G** : La semaine juridique édition générale

**JCP S** : La semaine juridique édition sociale

**JDE** : Journal de droit européen

**JEDH** : Journal européen des droits de l'homme

**LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence

**PUAM** : Presses universitaires d'Aix-Marseille

**PUF** : Presses universitaires de France

**RDLF** : Revue des droits et libertés fondamentaux

**RDP** : Revue du droit public

**RDSS** : Revue de droit sanitaire et social

**RDT** : Revue du droit du travail

**Rev. Aff. Eur.** : Revue des affaires européennes

**Rev. Science crim.** : : Revue de science criminelle

**RFDA** : Revue française de droit administratif

**RMCUE** : Revue du Marché commun et de l'Union européenne

**RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil

**RTDE** : Revue trimestrielle de droit européen

**RTDH** : Revue trimestrielle des droits de l'homme

# **SOMMAIRE**

## **INTRODUCTION**

### **PREMIÈRE PARTIE.**

#### **L'ACTION POSITIVE AUTORISÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT**

##### **TITRE 1. LA DÉROGEABILITÉ DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT**

**CHAPITRE 1.** La règle générale de l'égalité de traitement *stricto sensu*

**CHAPITRE 2.** La dynamique des différences de traitement légitimes

##### **TITRE 2. LE RAPPORT PARTIELLEMENT DÉROGATOIRE DE L'ACTION POSITIVE AU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT**

**CHAPITRE 1.** La place prépondérante des mesures d'action positive dérogatoires

**CHAPITRE 2.** L'adoption discrétionnaire des mesures d'action positive

### **SECONDE PARTIE.**

#### **L'ACTION POSITIVE LIMITÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT**

##### **TITRE 1. L'ÉTENDUE CIRCONSCRITE DE L'ACTION POSITIVE**

**CHAPITRE 1.** L'hétérogénéité du champ d'application matériel de l'action positive

**CHAPITRE 2.** La difficile détermination des bénéficiaires de l'action positive

##### **TITRE 2. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL STRICT DES MESURES D'ACTION POSITIVE DÉROGATOIRES**

**CHAPITRE 1.** Le contrôle de l'objectif des mesures d'action positive

**CHAPITRE 2.** Le contrôle de la proportionnalité des mesures d'action positive

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**



« Il serait dangereux de s'habituer à une opposition entre le droit, qui serait rigide, inhumain, sclérosé et l'équité qui représenterait l'humanisme, le bon sens, la vie. Tout système doit tendre à la confusion maximale entre l'équité et le droit »<sup>1</sup>.

« Les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté. [...] Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. BRAIBANT, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 104.

<sup>2</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome 2, Paris, GF-Flammarion, 1981, p. 122.



## INTRODUCTION

1. « C'est l'exception qui confirme la règle », nous enseigne la sagesse populaire<sup>3</sup>. Comme si une règle devenait véritablement acceptable, crédible ou performante dès l'instant où elle se trouvait assortie d'une ou plusieurs exceptions. Telle est en tout cas la situation où semble rendu le principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne. Il est « fondamental »<sup>4</sup>, se situe « au cœur de nos pratiques juridiques »<sup>5</sup>, en est la « pierre angulaire »<sup>6</sup> et la « charnière »<sup>7</sup>, mais il n'échappe pas aux règles dérogatoires visant à écarter son application. Face à la persistance des discriminations et inégalités dans les faits, profondes et structurelles<sup>8</sup>, le principe d'égalité, proclamé et reproclamé dans de multiples instruments, chancelle. Des règles y dérogent en prétendant souvent apporter remèdes, béquilles et solutions miraculeuses pour mettre fin aux comportements discriminatoires injustes. Ce principe porte en lui-même deux limites desquelles découlent d'éventuelles régimes spécifiques ou dérogatoires, il « ne joue qu'entre des individus placés dans des situations identiques [ou plus précisément comparables<sup>9</sup>] et à la condition qu'aucune considération d'intérêt général n'incite à déroger à l'exigence d'un traitement identique »<sup>10</sup>.

2. Reparler du principe d'égalité, pourquoi et comment ? « Bien des choses ont été écrites, résumées, développées, contredites, débattues, à tel point que la source pourrait être considérée comme tarie »<sup>11</sup>. Détourner l'attention sur l'action positive, figure européenne

---

<sup>3</sup> L'expression provient de l'ancienne règle du droit latin « *exceptio probat regulam in casibus non exceptis* », « l'exception prouve la règle dans les cas non-exclus ».

<sup>4</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 30 septembre 2010, aff. C-236/09, pt 38 et CJCE, 18 janvier 2001, *Commission/Italie*, C-162/99, pt 23 où la Cour parle de « principes généraux de droit constitutionnel, tel le principe général d'égalité de traitement ».

<sup>5</sup> J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 9.

<sup>6</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 5.

<sup>7</sup> O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 585.

<sup>8</sup> S. FREDMAN, « Breaking the Mold: Equality as Proactive Duty », *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n° 1, 2012, p. 265.

<sup>9</sup> Selon le terme privilégié dans le cadre du droit de l'Union.

<sup>10</sup> B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 985.

<sup>11</sup> L. PREUD'HOMME, « Le principe de non-discrimination dans l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 591, 2015, p. 483.

proche de l'*affirmative action* née aux États-Unis<sup>12</sup> et qu'un traducteur français à l'esprit résolument chagrin choisit de nommer « discrimination positive »<sup>13</sup>, voilà un subterfuge qui ne trompe pas. Nous voulons parler une fois encore d'égalité, ce « terrain fertile d'interprétations »<sup>14</sup>, ce « principe de soubassement »<sup>15</sup> des sociétés démocratiques<sup>16</sup>. Nous parlerons aussi de la discrimination, terme « introduit par la pratique internationale et par le langage juridique anglo-américain »<sup>17</sup>. Elle occupe aujourd'hui une place centrale<sup>18</sup> dans tous les raisonnements sur l'égalité, si bien que c'est désormais le « principe de non-discrimination » qui suscite un intérêt croissant dans la doctrine française<sup>19</sup>. Dans son sens originel, la discrimination n'est ni positive ni négative<sup>20</sup>, mais sa connotation péjorative l'a aujourd'hui emporté<sup>21</sup>. Une discrimination est une distinction malveillante, « stigmatisée à raison de son motif »<sup>22</sup>, entre des individus que tout invite à traiter de manière identique. Le droit cherche même à se confronter aux « situations de discriminations »<sup>23</sup>, indiquant un processus de

<sup>12</sup> Pour des études de référence, voir G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, Paris, LGDJ, 1998, 380 p. et D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p.

<sup>13</sup> François STASSE se demande « quelle mouche a donc piqué le premier traducteur français du concept américain d'*affirmative action* ? », in « Pour la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 119.

<sup>14</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 7.

<sup>15</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 91.

<sup>16</sup> Voir P. BOURETZ, « Sur la philosophie politique de l'égalité », in Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, Paris, La documentation française, 1997, p. 477.

<sup>17</sup> M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 7.

<sup>18</sup> L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 parle d'égalité et de non-discrimination.

<sup>19</sup> M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, 835 p. ; I. GOULET, *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail ?*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Université Paris II Panthéon-Assas, 2001. En droit européen : M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* ; H. KOMBILA IBOUANGA, *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction d'A. LEVADE, Université Paris-Est Créteil, 2013 ; F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, 286 p. ; L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 700 p. ; A. EZAHRAOUI, *Le juge européen des droits de l'homme et le principe de non-discrimination*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de C. APOSTOLIDIS, Université de Bourgogne, 2004.

<sup>20</sup> L'origine latine du mot est « discriminare » qui signifie simplement « distinguer ».

<sup>21</sup> O. DE SCHUTTER, « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, n° 7, 1991, p. 347.

<sup>22</sup> A. LYON-CAEN, « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 52.

<sup>23</sup> G. CALVÈS, « Discrimination » in S. MESURE et P. SAVIDAN, *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 282.



glissement « du général au particulier, du simple au complexe »<sup>24</sup>. « Sans le fait, la non-discrimination s'évanouit au fur et à mesure qu'on la cherche »<sup>25</sup>. Mais une telle factualisation du droit<sup>26</sup> ne se fait pas sans heurt et « les rapports entre le droit et la discrimination sont ambivalents »<sup>27</sup>. La lutte contre les discriminations représenta néanmoins dans l'élaboration du droit social de l'Union européenne le précieux compromis « entre le système anglo-saxon de caractère libéral, la tradition continentale de type étatique direct et le modèle scandinave de dialogue social permanent »<sup>28</sup>. Elle constitua également, sur le fondement de la nationalité, un terrain fructueux de développement et d'enrichissement du statut de citoyen européen<sup>29</sup>.

3. « La revendication de l'instauration de discriminations positives ou d'un droit à la différence mais simultanément la volonté de promouvoir l'égalité des chances pénètrent chaque jour davantage le débat politique »<sup>30</sup>. Dans ce simple constat sont mêlées plusieurs notions difficiles à saisir : discrimination positive, droit à la différence et égalité des chances. Elles ne semblent pas renvoyer aux mêmes réalités mais leur définition n'est pas aisée à établir avec certitude. L'attention portée à l'existence de discriminations néfastes dans la société conduit assez inévitablement le législateur à rechercher des voies pour accélérer leur disparition comme pour les compenser tant qu'elles existent. Ainsi le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>31</sup> et un certain nombre de directives dans le champ du droit social<sup>32</sup> précisent que « 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 sur lesquels il est par ailleurs interdit de discriminer. Cette catégorie de mesures est dénommée « action positive » par les directives et fait partie de l'« intervention rectificatrice »<sup>33</sup>

---

<sup>24</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 223.

<sup>25</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 53.

<sup>26</sup> Robert POST parle plus généralement de « transformation du droit », in « Les fonctions de la non-discrimination » in M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 78.

<sup>27</sup> B. TRANCHANT « Les nouveaux champs de la non-discrimination », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Pedone, 2012, p. 113.

<sup>28</sup> D. BORRILLO, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 139.

<sup>29</sup> À ce sujet, voir le travail d'Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 795 p.

<sup>30</sup> B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 980.

<sup>31</sup> Article 157 §4 du TFUE.

<sup>32</sup> Article 7 §1 et 2 de la directive 2000/78 ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 6 de la directive 2004/113 ; article 3 de la directive 2006/54 ; article 5 de la directive 2010/41.

<sup>33</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, pp. 1-2.

prévue par le législateur de l'Union pour permettre aux États de prendre en compte les « désavantages » particuliers qui touchent certains individus, pour diverses raisons. Nous devons rechercher d'abord à définir plus précisément l'action positive, mais nous nous heurtons ici à deux difficultés fondamentales.

## I. Les deux difficultés de la notion d'action positive

4. L'action positive lance deux défis particuliers à ceux qui s'aventurent à l'étudier. D'abord, elle s'inscrit au sein d'une multitude d'autres notions proches, issues de contextes différents, selon les États et les ordres juridiques considérés. Sans distinguer clairement toutes ces notions, l'action positive apparaît comme polysémique (1). Elle est ensuite fortement polémique (2).

### 1- Une notion polysémique

5. Vu l'imprécision du droit primaire et dérivé, nous sommes bien tentés de donner une définition de l'action positive dans nos propos introductifs, même si celle-ci pourra être amenée à évoluer tout au long du travail jusqu'à nos propos conclusifs. L'on trouve des éléments utiles à la compréhension à différents endroits du droit de l'Union. L'article 2, paragraphe 4 de la directive 76/207<sup>34</sup>, aujourd'hui abrogée, présentait les mesures d'action positive, sans les nommer encore, comme des « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». Une recommandation du Conseil compléta ensuite de manière évasive l'objectif d'égalité des chances par celui de « promouvoir la mixité dans l'emploi », par des « mesures générales et spécifiques appropriées »<sup>35</sup> dont elle fournissait quelques exemples<sup>36</sup>. Désormais, l'article 157, paragraphe 4 du TFUE autorise 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 ». La

---

<sup>34</sup> 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, JOCEE n° L 39, 14.2.1976, pp. 40-42.

<sup>35</sup> Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCEE n° L 331, 19 décembre 1984, pp. 34-35, § 1).

<sup>36</sup> *Ibid.*, § 4).

directive 2006/54<sup>37</sup> renvoie à cette disposition du Traité. Enfin, la directive 2004/113<sup>38</sup>, et les directives 2000/43<sup>39</sup> et 2000/78<sup>40</sup> pour les autres motifs que le sexe, en donnent une définition proche. Le terme même d'« action positive » est un premier problème puisque dans d'autres contextes juridiques, l'on trouve des appellations différentes pour des outils similaires ou proches : l'*affirmative action* aux États-Unis, la discrimination positive dans le contexte français et au-delà<sup>41</sup>, les mesures spéciales en droit international onusien<sup>42</sup>.

**6. Les multiples définitions de l'action positive.** En raison de la place essentielle qu'occupe l'égalité dans les systèmes juridiques occidentaux et de la quantité de travaux qui lui ont été consacrés<sup>43</sup>, la discrimination positive « est devenue un passage obligé, une figure imposée de bon nombre de thèses, soit indirectement, soit directement »<sup>44</sup>. Le résultat est une profusion de définitions et certainement le règne de la confusion. Certains arrivent peut-être à

---

<sup>37</sup> Directive 2006/54/CE 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, JOCE n° L 204/23, 26.7.2006, pp. 23-36.

<sup>38</sup> 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, JOCE n° L 373, 21.12.2004, pp. 37-43.

<sup>39</sup> 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, JOCE n° L 303 du 02/12/2000, pp. 16-22.

<sup>40</sup> 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, JOCE n° L 180, 19/07/2000, pp. 22-26.

<sup>41</sup> Les termes sont occasionnellement employés par la Cour de justice et par ses avocats généraux. CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98 ; CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06.

Conclusions de l'avocat général Mme Christine STIX-HACKL, présentées le 28 novembre 2002, aff. C-186/01, pt 11 ; Conclusions de l'avocat général M. M. POIARES MADURO présentées le 29 juin 2004, aff. C-319/03, pt 42.

<sup>42</sup> Article 2 §2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, adoptée le 21 décembre 1965 par la résolution 2106 A (XX) de l'Assemblée générale de l'ONU. Voir P. THORBERRY, « Special measures under the Convention », in *The international Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 204-234.

Article 4 §1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par la résolution 34/180 de l'Assemblée générale de l'ONU. Pour une analyse complète, voir I. BOERFIJN, F. COOMANS, J. E. GOLDSCHMIDT (dir.), *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, Belgique, Intersentia, 2003, 258 p.

<sup>43</sup> Sans les citer tous, en droit de l'Union européenne : A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 795 p. ; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p. ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 p. ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 552 p. ;

En droit français : G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, 397 p. ; P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 477 p.

<sup>44</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 415.

se rassurer en assénant que « ce concept est univoque »<sup>45</sup> ; telle n'est certainement pas notre idée de départ. La discrimination positive, « bien qu'utilisée couramment, a rarement fait l'objet d'un véritable effort de définition »<sup>46</sup> dans le droit positif, et au niveau doctrinal, son problème est plutôt l'équivocité<sup>47</sup>. Un recensement non exhaustif des définitions que l'on peut trouver de toutes ces notions donne rapidement le vertige. On peut classer ces définitions de diverses manières, selon les systèmes juridiques décrits ou selon leur degré de précision. « Dans son acception la plus générale, [...] il s'agit d'une réorientation des politiques publiques, dont l'objectif est de favoriser une ou plusieurs catégories sociales spécifiques, afin de compenser des inégalités préexistantes et durables qui affectent ces groupes au regard des normes sociales en vigueur »<sup>48</sup>. Dans une vision nettement plus restrictive, l'on chercherait à « réparer un handicap injuste [...] grâce à une politique de quotas »<sup>49</sup>, une « différenciation juridique »<sup>50</sup>, un « traitement »<sup>51</sup> ou « accès »<sup>52</sup> préférentiel. Une première incertitude est ici marquée, celle de la forme que peuvent prendre ces mesures.

7. Dans le contexte étatsunien, les définitions tendent à préciser plus rigoureusement les catégories bénéficiaires de ces mesures. Pour Ronald Dworkin, ces politiques publiques viseraient « à améliorer la place des Noirs et d'autres minorités »<sup>53</sup> dans la société, pour Daniel Sabbagh, ses bénéficiaires sont les « membres de divers groupes définis suite à un processus d'assignation identitaire – et ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable »<sup>54</sup>. Dans le contexte français, des formules plus évasives

---

<sup>45</sup> M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561.

<sup>46</sup> F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 206. Voir aussi Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 280.

<sup>47</sup> Louis CHARPENTIER déplorait que le concept d'action positive soit « toujours loin d'être clair et limpide, mais bien au contraire, reste vague, incertain, mal défini, voire même non défini », *in* « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité » *RTDE*, n° 2, 1996, § 4.

<sup>48</sup> S. WUHL, « La "discrimination positive" à la française. Les contradictions des politiques publiques », *Informations sociales*, vol. 148, n° 4, 2008, p. 85.

<sup>49</sup> L. FERRY (dir.) *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>50</sup> F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 207.

<sup>51</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 2 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, p. 352 ; P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *in* A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 218.

<sup>52</sup> R. LETTERON, « L'action positive en faveur des femmes », *in* T. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, p. 66.

<sup>53</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. SOUBRENIE, Paris, PUF, 1994, p. 426.

<sup>54</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, *op. cit.*, pp. 2-3. Voir aussi du même auteur « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, vol. 79, n° 3, 2010, pp. 41-67, où il précise que ces groupes

sont préférées, les auteurs parlent de « catégorie déterminée de personnes physiques ou morales »<sup>55</sup>, de « catégories de citoyens défavorisés »<sup>56</sup>, ou encore de « groupe socialement défavorisé »<sup>57</sup>. La discrimination positive aurait pour but de « surmonter les inégalités structurelles »<sup>58</sup>, de réparer les « effets de l'exclusion raciste ou sexiste »<sup>59</sup> ou de toute autre exclusion sociale, en visant « certains groupes minoritaires dans une société »<sup>60</sup>. La détermination des bénéficiaires de l'action positive est indiscutablement une deuxième question centrale de sa définition.

**8. La recherche du « plus petit dénominateur commun ».** Une telle méthode prétendrait rechercher le point commun des différentes définitions que l'on trouve de l'action positive et autres outils proches, sur lequel faire émerger un consensus. Pour Gwenaële Calvès, « en droit international comme dans les nombreux pays où elle est pratiquée, [...] elle s'inscrit dans une logique de comblement d'un écart de développement économique et social et suppose donc, plus qu'un simple traitement différencié, l'instauration d'un véritable traitement préférentiel »<sup>61</sup>. Il semble en effet que cela ressorte des différentes définitions que nous avons vues, même si cette idée ne fait pas l'unanimité, puisque certains estiment que l'action positive en droit de l'Union européenne ne saurait aller jusqu'aux traitements préférentiels<sup>62</sup>. Nous pensons néanmoins que, sans traitement préférentiel, l'action positive n'aurait nulle raison de poser des difficultés de conceptualisation et de susciter des polémiques. Puisqu'« aucune définition stabilisée de la notion d'action positive n'existe à ce jour »<sup>63</sup>, nous allons proposer

---

sont les Noirs, les « Hispaniques », les femmes, les descendants des populations autochtones (*Native Americans*), et parfois les Asiatiques.

<sup>55</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>56</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, p. 352.

<sup>57</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 218.

<sup>58</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 441.

<sup>59</sup> E. KESLASSY, *De la discrimination positive*, Rosny-sous-Bois, Editions Bréal, 2004, p. 9.

<sup>60</sup> O. DE SCHUTTER, « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, n° 7, 1991, p. 347.

<sup>61</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 8. Voir aussi O. DE SCHUTTER, « Chapter seven. Positive action », in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (dir.) *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 759 : « The distinct character of positive action as it is understood here is that it always involves differences in treatment on the basis of otherwise suspect grounds ».

Laurène JOLY trouve dans « leur caractère temporaire » le « trait commun » de ces mesures, in *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 339. Cela nous semble très discutable sachant qu'en droit de l'Union, le caractère temporaire n'est nulle part expressément exigé, contrairement aux conventions onusiennes que nous avons citées.

<sup>62</sup> Voir par exemple A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, n° 2, 2001, pp. 305-334 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 424.

<sup>63</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 337.

une série d'hypothèses afin d'établir notre propre définition, en nous fondant principalement sur les informations données par les textes de droit de l'Union.

**9. L'exclusion du motif de la nationalité.** En droit de l'Union, l'action positive n'existe qu'au bénéfice des catégories qui sont par ailleurs celles que l'article 19 du TFUE énumère, aux fins d'adopter des instruments de lutte contre les discriminations. Il s'agit des six motifs que sont le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, l'orientation sexuelle et le handicap. La nationalité, motif de discrimination prohibé dans le champ du droit de l'Union en vertu de l'article 18 du TFUE<sup>64</sup> et qui peut être combattu par des réglementations du Conseil et du Parlement<sup>65</sup>, n'apparaît toutefois pas dans la liste de l'article 19 du TFUE. En conséquence, elle ne figure pas dans les directives adoptées sur ce fondement. Aucun autre texte de droit dérivé destiné à lutter contre les discriminations fondées sur la nationalité ne contient de disposition pour autoriser l'action positive. Il nous faut donc en conclure que la nationalité est exclue du champ de notre étude, même si certains arrêts de la Cour de justice relatifs à la discrimination fondée sur ce motif nous intéresseront ponctuellement, étant donné leur portée générale pour toute autre discrimination.

**10. Hypothèses de définition.** La formule que nous avons relevée dans les directives pertinentes, « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas » les mesures d'action positive, nous invite à émettre dès à présent deux hypothèses. Des mesures potentiellement contradictoires avec le principe de l'égalité de traitement sont envisageables, étant donné qu'il est nécessaire de préciser que ce dernier ne les empêchera pas. Il faut donc en déduire que des différences de traitement fondées sur les motifs de discrimination sont autorisées d'une part, et qu'elles le sont à titre dérogatoire d'autre part. L'article 157 §4 du TFUE ajoute une précision en matière d'égalité entre les sexes, puisque des « mesures prévoyant des avantages spécifiques » sont autorisées, ce qui indique que le traitement préférentiel n'est certainement pas à exclure du champ de l'action positive, au moins pour le motif du sexe. Dans les textes, on trouve enfin l'idée que « l'égalité des chances »<sup>66</sup> ou la « pleine égalité »<sup>67</sup> est l'objectif qui justifie de telles mesures entrant en conflit avec l'égalité de traitement. En synthétisant nos observations, nous partons de l'idée que l'action positive désigne un ensemble de mesures qui peuvent prendre la forme de différences de traitement, au sens de traitements préférentiels,

---

<sup>64</sup> Article 18 §1 du TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

<sup>65</sup> Article 18 §2 du TFUE.

<sup>66</sup> Article 2 §4 de la directive 76/207 abrogée.

<sup>67</sup> Article 157 §4 du TFUE ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 7 §1 de la directive 2000/78.

dérogeant au principe de l'égalité de traitement et dont le but est de réaliser l'égalité des chances. Elles visent certaines catégories d'individus, en fonction de leur sexe, leur âge, leur religion ou convictions, race ou origine ethnique, leur orientation sexuelle ou handicap.

11. La difficulté de l'action positive ne réside pas que dans son sens, elle se trouve aussi dans les polémiques qu'elle suscite, notamment en France. Les débats nourris par l'action positive portent autant sur le choix des termes<sup>68</sup> que sur sa substance.

## 2- Une notion polémique

12. **Le choix des mots.** Un certain nombre d'auteurs déplorent d'abord le choix le plus courant en France du terme de « discrimination positive »<sup>69</sup>, « particulièrement mal choisi », un « monstre sémantique »<sup>70</sup>, un « non-sens »<sup>71</sup>, qui constituerait « un paradoxe en lui-même »<sup>72</sup>. Ceux qui le défendent peuvent malgré tout déplorer ce choix terminologique car il « comporte un aspect péjoratif indéniable »<sup>73</sup> qui risque de donner de ces mesures « une image définitivement repoussante »<sup>74</sup>. Sans aller jusque-là, d'autres font simplement remarquer son incohérence, « puisque toute discrimination revêt un aspect négatif et positif »<sup>75</sup> selon le point de vue que l'on adopte. Au contraire, des auteurs privilégient cette appellation, car il serait « fort regrettable de renoncer à une expression qui caractérise de façon nette et précise le phénomène qu'elle entend désigner : une mesure dont l'objectif est positif [...] mais qui épouse étroitement la logique même de la discrimination »<sup>76</sup>. D'autres encore introduisent des

---

<sup>68</sup> U. ARCHIBONG, *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive. Etude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique du Sud*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 20 : « Pour ajouter à la complexité, les expressions telles que "action positive", "discrimination inverse", "discrimination positive", "action affirmative" et "action corrective" sont utilisées indifféremment dans de multiples contextes ».

<sup>69</sup> François STASSE estime que « bien des malentendus auraient été évités s'il [le traducteur français] avait retenu une traduction plus fidèle telle que promotion positive ou traitement préférentiel » in « Pour la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 119. Dans le même sens, Rémi HERNU écrit que « l'expression "discrimination positive" est une impropriété de termes dans l'ordre juridique communautaire. Une discrimination est toujours illégale ; elle ne peut être positive », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 277.

<sup>70</sup> J.-F. FLAUSS, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'Homme », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 418.

<sup>71</sup> M. BOSSUYT, « La notion d'action positive », in E. DECAUX, A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (dir.), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 97.

<sup>72</sup> Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 281.

<sup>73</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 22.

<sup>74</sup> C. COURVOISIER, « Préface », in C. COURVOISIER, P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 7.

<sup>75</sup> C. GAUTHIER, « La discrimination positive », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre Européens*, Paris, Pedone, 2012, pp. 83-96.

<sup>76</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, p. 25.

expressions différentes, comme celle de « discriminations compensatoires »<sup>77</sup>. Le choix européen de l'« action positive » permet au moins de dépasser cette vieille querelle du choix des mots. Il n'est d'ailleurs guère évident que les différentes expressions employées, qu'il importe de replacer à chaque fois dans leur contexte propre, soient tout à fait synonymes et qu'elles puissent librement se substituer les unes aux autres. C'est là une autre question que permettra peut-être de régler notre étude.

**13.** Sur la substance, les opposants aux traitements préférentiels d'action positive mobilisent généralement la « figure de la victime innocente d'une discrimination à rebours » d'une part, et d'autre part celle « de l'incompétent qui, sans la discrimination positive, n'occuperait jamais la place qu'il occupe »<sup>78</sup>. L'on retrouve effectivement dans la plupart des critiques adressées, parfois en des termes très virulents<sup>79</sup>, ces deux axes principaux, même si les arguments peuvent être autrement regroupés<sup>80</sup>. L'action positive serait injuste et inefficace.

**14. L'(in)justice de l'action positive.** Ce sentiment d'injustice, voire de « scandale »<sup>81</sup>, serait généré par l'atteinte portée à la règle de l'égalité de traitement, de même qu'à la méritocratie, par le fait de réserver certains traitements avantageux à des catégories d'individus en les refusant aux autres. L'attention se porte plutôt ici sur les personnes qui ne bénéficient pas de la mesure. L'action positive sous forme de traitement préférentiel ne serait qu'un « abus de langage, un faux conceptuel, destiné à masquer, à mettre un cache sur la face (négative) que l'on veut occulter »<sup>82</sup>, à savoir l'instauration d'une discrimination tout à fait « négative » pour tous les exclus de la préférence. Atteindre l'égalité en générant des discriminations supplémentaires serait une *contradictio in terminis* puisque le sens même du principe d'égalité

---

<sup>77</sup> J.-L. AUTIN, « Les discriminations compensatoires entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in P. DE DEKKER, J.-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 107-118.

<sup>78</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, op. cit., pp. 32-33.

<sup>79</sup> Pour Anne-Marie Le POURHIET, « La discrimination positive marque "le retour du droit des oranges-outans" », 10 octobre 2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net>. Voir aussi de la même auteure « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avril 2001, pp. 166-177.

<sup>80</sup> D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 151 : Les partisans de l'action positive « mobilisent en général trois types d'arguments ayant trait à l'équité, la présence de défaillances de marché (imperfections des marchés de capitaux, externalités) et la démocratie (lutte contre le racisme "institutionnel") » quand ses détracteurs fondent leur opposition sur trois axes : « l'(in)efficacité, la méritocratie et l'existence d'effets pervers ».

Voir aussi L. FERRY (dir.) *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, op. cit., pp. 19-20.

<sup>81</sup> Alain-Gérard SLAMA éprouve un « sentiment de scandale » face aux discriminations positives, in « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 133.

<sup>82</sup> A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice », *RFDA*, mai-juin 1998, p. 519.



de traitement est de traiter de la même manière tous ceux qui sont placés dans une situation comparable<sup>83</sup>.

15. Dans la conception libérale de l'économie, la justice se réalise lorsque seule une concurrence « libre »<sup>84</sup> permet de répartir les ressources rares entre individus, selon leurs mérites et leurs talents respectifs et non selon des privilèges de naissance<sup>85</sup>. La méritocratie représente l'unique mode de répartition qui ne serait pas arbitraire et donc injuste. Pour ses opposants, la discrimination positive n'apparaît alors que comme une tricherie, un artifice qui entrave les règles de l'économie libérale et répartit les droits en fonction « d'un trait inné et immuable »<sup>86</sup> de l'individu. Le fondement même de la démocratie égalitaire<sup>87</sup> serait menacé par le communautarisme inévitablement renforcé par la discrimination positive<sup>88</sup>. « Derrière un modèle apparemment innovateur se cacherait ainsi un retour aux techniques les plus éculées de stigmatisation et d'assistance, dans lesquelles la cohésion sociale s'obtient par juxtaposition de groupes et de territoires dont la seule loi commune est la lutte pour la conquête et la défense d'avantages différentiels »<sup>89</sup>. Toute la « démarche du principe d'égalité »<sup>90</sup> serait renversée, puisqu'en épousant les « contours des discriminations qu'elles cherchent à combattre », ces mesures risqueraient de « contribuer à leur perpétuation »<sup>91</sup>. Même en dehors de la sphère juridique<sup>92</sup>, nombreux sont ceux qui craignent que « toute tolérance à l'égard de distinctions

---

<sup>83</sup> R. LETTERON, « L'action positive en faveur des femmes », *op. cit.*, p. 66.

<sup>84</sup> Article 2 du TUE.

<sup>85</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration française des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est le symbole même de cette égalité « républicaine » : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »

<sup>86</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, X. BIOY, M. PAULIAT (dir.), *Justice, Ethique et Dignité. Actes du colloque organisé à Limoges, le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 180.

<sup>87</sup> Au contraire, la doctrine anglo-saxonne voit plutôt le respect des différences comme une valeur démocratique. Voir S. BENHABIB (dir.), *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996, 384 p.

<sup>88</sup> Ronald DWORKIN parle de « *racially conscious society divided into racial and ethnic groups, each entitled, as a group, to some proportionable share of resources, careers, or opportunities* », in « Why Bakke Has No Case », *The New York Review of Books*, 10 novembre 1977, en ligne.

<sup>89</sup> R. LAFORE, M. BORGETTO, *La république sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, p. 327.

<sup>90</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>91</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 428.

<sup>92</sup> A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 2001, p. 172 : « toute pratique discriminatoire est dangereuse, même lorsqu'elle s'exerce en faveur d'une communauté qui a souffert. Non seulement parce qu'on remplace une injustice par une autre, et qu'on renforce la haine et la suspicion, mais pour une raison de principe plus grave encore à mes yeux : tant que la place d'une personne dans la société continue de dépendre de son appartenance à telle ou telle communauté, on est en train de perpétuer un système pervers qui ne peut qu'approfondir les divisions ».

raciales [entretienne] le racisme »<sup>93</sup>, reproche également répandu aux États-Unis<sup>94</sup>. D'ailleurs, c'est quand elle prend la forme de quotas de places réservées que la discrimination positive semble canaliser toutes les colères<sup>95</sup>, le quota évoquant « l'image de biens artificiellement soustraits à la compétition et donc retirés aux individus méritants pour être accordés à des incompetents »<sup>96</sup>. La critique d'Éric Fassin est un peu différente de celles qui sont habituellement utilisées, même si elle conclut à ce même risque « de nourrir une logique de discrimination »<sup>97</sup>. Pour lui, la discrimination positive, pourrait aboutir à une « naturalisation des catégories sociales »<sup>98</sup> qui détournerait de la lutte véritablement essentielle, à savoir celle contre les inégalités sociales et économiques.

**16. L'(in)efficacité de l'action positive.** Le deuxième reproche récurrent est celui qu'une telle tricherie ne serait même pas compensée par l'efficacité du traitement préférentiel pour ceux qui en bénéficient. Les critiques de la discrimination positive se font les fervents défenseurs des exclus autant que des « avantagés ». Selon eux, ces mesures préférentielles créeraient « une évidente accoutumance aux aides, préférences, et exonérations »<sup>99</sup> qui ne résoudrait pas en profondeur le problème de la discrimination et des inégalités. Les « passe-droits »<sup>100</sup> accordés à certains citoyens maquilleraient le mal en surface sans s'attaquer à ses racines<sup>101</sup>. Ce reproche de « l'affiliation imposée »<sup>102</sup> aux individus à certains critères qu'ils n'ont pas choisis, est assez constant. *In fine*, la discrimination positive porterait atteinte à leur dignité, « puisque ceux-ci ne seraient plus appréciés à leur "juste valeur" »<sup>103</sup>. L'attachement à la liberté individuelle, celle de se libérer de ses appartenances communautaires ou innées, sous-

---

<sup>93</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, Paris, PUF, 1995, p. 224.

<sup>94</sup> Voir par exemple l'Opinion du *Chief Justice* ROBERTS, 28 juin 2007. En ligne : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-908.ZO.html> ou l'opinion séparée du Justice Clarence THOMAS in *Barbara Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>95</sup> Voir par exemple les critiques de R. MORTIER, « La féminisation forcée des conseils d'administration », *Droit des sociétés*, n° 4, Avril 2011, comm., p. 75.

<sup>96</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême aux États-Unis*, op. cit., p. 85.

<sup>97</sup> E. FASSIN, « Penser la discrimination positive », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 65.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice », *RFDA*, mai-juin 1998, pp. 519-523.

<sup>100</sup> D. TRUCHET, « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, p. 85.

<sup>101</sup> Les termes d'Anne-Marie Le POURHIET, une fois n'est pas coutume, sont particulièrement virulents, elle présente la discrimination positive comme une rente de situation qui « engraisse des caïds et des profiteurs de toutes sortes », in « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avril 2001, p. 176.

<sup>102</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, op. cit., p. 18.

<sup>103</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, X. BIOY, M. PAULIAT (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 180.

tend ce genre de critiques<sup>104</sup>. L'action positive serait inefficace car ses bénéficiaires seraient sans cesse exposés à la suspicion et la stigmatisation.

17. Aux antipodes se trouve l'analyse de Ronald Dworkin qui voit justement dans l'*affirmative action* étasunienne l'instrument paradoxal de l'émancipation individuelle, étant donné la racialisation profonde de la société qu'il étudie, conséquence inévitable du passé esclavagiste puis ségrégationniste des États-Unis<sup>105</sup>. L'idée ne serait pas de stigmatiser mais de tenir compte des « difficultés personnelles »<sup>106</sup> de certains dans la mise en œuvre des politiques publiques<sup>107</sup>. L'action positive représenterait alors « un mal nécessaire, un remède triste et brutal »<sup>108</sup>. Il y a d'ailleurs selon nous quelque chose de curieux à voir dans la discrimination positive un paradoxe en ce qu'elle prendrait en compte des caractéristiques particulières de l'individu pour atteindre l'égalité. Le « droit de la non-discrimination a pris une envergure sans précédent dans les États membres »<sup>109</sup>, le principe de non-discrimination<sup>110</sup> est devenu la « règle d'or en Europe »<sup>111</sup>. Il a déjà pour conséquence de mettre l'accent sur des traits individuels tels que le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, et d'autres et de catégoriser fortement l'analyse juridique<sup>112</sup>. Dès lors qu'elle inclut une lutte contre les discriminations, la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement s'intéresse nécessairement aux caractéristiques

---

<sup>104</sup> Dans le cas d'Anne-Marie Le POURHIET, la critique va même plus loin puisqu'elle semble nier jusqu'à la réalité du phénomène discriminatoire : « Il y a, en effet, sur le sujet des discriminations, une forte base idéologique, cousine du marxisme, consistant à analyser systématiquement les rapports humains ou sociaux en dialectique dominants/dominés ou bourreaux/victimes, et qui tend à interdire au dominant d'intervenir dans les recherches que seuls les "martyrs" auraient vocation et compétence à mener », in « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.*, p. 167.

<sup>105</sup> Voir R. DWORKIN, « Why Bakke Has No Case », *The New York Review of Books*, 10 novembre 1977, en ligne : « American society is currently a racially conscious society; this is the inevitable and evident consequence of a history of slavery, repression, and prejudice ».

<sup>106</sup> D. TRUCHET, « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>107</sup> G. CALVÈS, « La discrimination positive "à la française" », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, pp. 35-36 : « Son objectif de moyen terme est de dissoudre les préjugés, changer les représentations sociales ».

<sup>108</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>109</sup> M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>110</sup> Même dans le domaine du droit social et en application de la directive 2000/78, la Cour de justice parle parfois du « principe de non-discrimination », comme « principe général du droit communautaire », CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 75 ; CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, pt 31 ; CJCE, 13 septembre 2011, *Prigge*, C-447/09, pt 38. Elle se réfère aussi aux « principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, consacrés aux articles 20, 21 » de la Charte des droits fondamentaux. Voir CJUE, 11 avril 2013, *Soukupová*, C-401/11, pt 28.

<sup>111</sup> M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 93.

<sup>112</sup> Voir C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, n° 12, 2007, p. 1295.

particulières de l'individu<sup>113</sup>. Il est toutefois incontestable que l'action positive, en ce qu'elle peut consister à octroyer « des droits catégoriels liés à des appartenances identitaires »<sup>114</sup> et qu'elle opère une « redistribution fondée sur l'identité »<sup>115</sup>, marque une plus grande « rupture avec le modèle universaliste »<sup>116</sup>.

18. D'ailleurs le sort de la discrimination indirecte n'est pas beaucoup plus heureux que celui de l'action positive<sup>117</sup>. Témoignant de la progression « largement prétorienne »<sup>118</sup> du principe d'égalité de traitement en droit de l'Union, le juge prohiba en 1969 les critères de distinction apparemment neutres mais qui ont pour effet de désavantager une catégorie d'individus sur le fondement de leur nationalité<sup>119</sup>, alors même que la directive visée ne précisait rien en ce sens<sup>120</sup>. Par la suite, la directive 76/207 explicita cette dualité de la discrimination prohibée dans le domaine de l'égalité des sexes en interdisant « toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement »<sup>121</sup>, enfin, la discrimination indirecte fut inscrite dans toutes les directives mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement après le Traité d'Amsterdam<sup>122</sup>. Elle se concentre sur la correction des « effets de groupe » de mesures qui ne font pourtant apparemment aucune distinction interdite. Le phénomène discriminatoire est

---

<sup>113</sup> De la même manière, Roseline LETTERON estime que « l'action positive est nécessairement en contradiction avec le principe de non-discrimination que consacre le droit positif », qu'en postulant « l'existence de communautés », elle « constitue la négation même de l'égalité juridique qui repose sur un principe d'unité », in « L'action positive en faveur des femmes », *op. cit.*, pp. 66 et 72. Là encore, une telle affirmation ne tient pas compte de l'existence du principe de non-discrimination, comme expression du principe d'égalité de traitement, qui repose déjà sur une logique de catégorisation et de différenciation, même si c'est pour la combattre.

<sup>114</sup> D. LOCHAK « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 3, 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013. Elle montre que l'antagonisme entre droits catégoriels et universalité est « plus apparent que réel », dans le cas de l'existence de « droits catégoriels universels, de droits catégoriels destinés à rendre effectifs les droits universels ».

<sup>115</sup> D. CARUSO, « Limits of the classic method: positive action in the European Union after the new equality directives », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 2, 2003, p. 362 : il parle d'« identity-based redistribution ».

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Même dans le contexte anglo-américain, la discrimination indirecte « continues to provoke controversies and debates about its moral and political foundations », in H. COLLINS, T. KHAITAN (dir.), *Foundations of indirect discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 4.

<sup>118</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *op. cit.*, p. 92.

<sup>119</sup> Voir CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, C-15/69, pt 6 et CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, 152/73, pt 11.

En droit européen conventionnel, l'arrêt définissant la discrimination indirecte est CEDH, 7 février 2006, *D. H. c. République Tchèque*, n° 57325/00, § 175.

<sup>120</sup> L'article 7 du règlement n° 1612/68 était au cœur des questions préjudicielles dans l'arrêt *Sotgiu* précité, selon lequel « le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage ».

<sup>121</sup> Article 2 §1 de la directive 76/207.

<sup>122</sup> Directive 2006/54, article 2 §1 b) et directive 2004/113, article 2 b) ; Directive 2000/78 et directive 2000/43, article 2 §2 b). Les définitions ne sont pas tout à fait homogènes, comme nous aurons l'occasion de le voir.

d'ores et déjà appréhendé dans une logique catégorielle et non plus individuelle<sup>123</sup>. Dans le contexte français, l'on estima volontiers que « dès lors qu'elles visent à sanctionner les situations objectives caractérisées par leurs effets, conséquences d'une insuffisante prise en compte des situations particulières, les discriminations indirectes sortent nécessairement du champ du principe d'égalité [...] lequel repose essentiellement sur l'obligation faite à une autorité normative d'appliquer une universalité de traitement »<sup>124</sup>. Dans le cas d'une discrimination indirectement fondée sur le sexe par exemple, toutes les femmes ne seront pas individuellement touchées par l'effet discriminatoire indirectement produit par la mesure, mais *en général*, c'est-à-dire dans des proportions plus élevées, ce sont elles qui seront davantage touchées que les hommes<sup>125</sup>. « Poussée à l'extrême, la logique quantitative et statistique de la discrimination indirecte aboutit à remettre en cause les principes mêmes de la justice libérale et méritocratique »<sup>126</sup>. Parce qu'elle consiste à qualifier un traitement apparemment égal de discrimination, il peut y avoir un « glissement inévitable de la notion de discrimination indirecte vers celle de discrimination positive »<sup>127</sup>.

**19.** La lutte contre les discriminations malveillantes, y compris celles qui sont indirectes et non intentionnelles<sup>128</sup>, parce qu'elles sont susceptibles de « restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »<sup>129</sup>, fait donc aussi l'objet de certaines résistances<sup>130</sup>. L'idée qu'« au principe (intenable) de l'universalité des prestations [soit substitué] un principe d'équité, ou une forme équitable de l'égalité »<sup>131</sup> n'est pas consensuelle,

---

<sup>123</sup> La Cour de justice parle de manière récurrente d'un droit individuel à l'égalité de traitement. Voir CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pts 21 et 22 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 32 ; CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, pt 20 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 39 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 24.

<sup>124</sup> X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n°2, 2013, p. 315.

<sup>125</sup> Voir l'abondante jurisprudence sur la distinction fondée sur le travail à temps plein/ à temps partiel : CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, C-96/80, pt 15 ; CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom*, C-50/96 ; CJCE, 11 septembre 2003, *Steinicke*, C-77/02 ; CJCE, 27 mai 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02 ; CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02 ; CJCE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08 ; CJUE, 22 novembre 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11 ; CJUE, 13 juillet 2017, *Kleinsteuber*, C 354/16.

<sup>126</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 420.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Dans la discrimination indirecte, « l'intention de l'employeur et les motifs qui l'animent dans sa décision d'agir ou de ne pas agir sont sans pertinence », *in* Conclusions de l'avocat général M. Poiares MADURO présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, pt 19.

<sup>129</sup> Selon la formule de l'article 101 du TFUE.

<sup>130</sup> En France, les tribunaux administratifs ont fait preuve d'une résistance assez tenace face au concept de discrimination indirecte. Voir X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n° 2, 2013, p. 315. Les juridictions judiciaires ayant été plus promptes à le manipuler : voir par exemple Cass. Soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341 ou Cass. Soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489.

<sup>131</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, p. 5.

encore moins celle d'instaurer une « justice inégalitaire »<sup>132</sup> fondée sur des traitements préférentiels. C'est ainsi que le principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union « n'empêche pas » de telles mesures, mais qu'il ne crée certainement pas d'obligation dans ce sens pour les États membres. Le régime dérogatoire apparaît comme une manière prudente de s'engager dans la voie des mesures correctrices sans malmener trop frontalement les cultures juridiques universalistes telles que celle de la France. Mais elle ne résout pas entièrement la difficulté qui se trouve pour certains dans l'idée-même de déroger au principe d'égalité, car au-delà d'une règle juridique, l'égalité en droit serait un idéal<sup>133</sup>. « L'exception contredit un postulat philosophique – une certaine conception universaliste de l'égalité comprise comme uniformité -, qui est censé être au fondement du droit »<sup>134</sup>. Alors même que Jean-Jacques Rousseau nous enseignait que « la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière »<sup>135</sup>, l'action positive introduit l'hétérogénéité, brise la généralité et l'indifférence de la norme aux identités particulières de ses destinataires. Si l'action positive permet de déroger « de façon permanente ou temporaire, dans un domaine déterminé »<sup>136</sup> à la règle de l'égalité, nous devons préciser son sens et sa portée.

## II. L'énonciation du principe de l'égalité de traitement

**20.** « L'égalité juridique est un axiome de l'individualisme libéral »<sup>137</sup>, elle ne pouvait donc être ignorée dans la construction européenne reposant sur un marché commun et différentes libertés de circulation. Étant donné l'importance et la qualité des travaux sur le sujet<sup>138</sup>, nous nous permettrons de passer rapidement sur la découverte du principe de l'égalité

---

<sup>132</sup> P. VAN PARIJS, « Quand les inégalités sont-elles justes ? », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1998, pp. 223-232.

<sup>133</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », intervention lors du Colloque *10 ans de droit de la non-discrimination*, organisé par le Défenseur des Droits le 5 octobre 2015 à la Cour de Cassation, en ligne, p. 11 : « L'égalité n'est pas seulement inscrite au frontispice de toute Constitution démocratique, elle exprime l'une des plus puissantes aspirations des sociétés modernes »

<sup>134</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 53.

<sup>135</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou principes du droit politique*, 1<sup>er</sup> éd. 1762, Paris, Editions sociales, 1971, p. 94.

<sup>136</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2008, p. 298.

<sup>137</sup> M.-T. LANQUETIN, « De l'égalité des chances », *Droit social*, 1996, p. 494.

<sup>138</sup> Précités dans la note 43.

de traitement dans l'ordre juridique de l'Union (1) pour clarifier ensuite à la fois son contenu (2) et le contrôle de son respect par le juge (3).

## 1- La découverte du principe

21. Dans le Traité de Rome de 1957 coexistaient une « interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité »<sup>139</sup> et un « principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »<sup>140</sup>, dans l'optique à chaque fois d'éviter des distorsions de la concurrence sur le marché commun<sup>141</sup>. Le législateur européen s'émancipa rapidement de la limite matérielle posée par le Traité et consacra dès 1976 un principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans tout le domaine de l'emploi et du travail, avec la directive 76/207. Suivant cette voie, la Cour de justice en profita pour reconnaître au principe d'égalité de rémunération une « double finalité, économique et sociale »<sup>142</sup>.

22. Le Traité d'Amsterdam vint ensuite confirmer le rôle moteur occupé par l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre les discriminations<sup>143</sup> et l'égalité comme droit fondamental<sup>144</sup>, avec l'apparition de deux dispositions essentielles. D'une part, l'article 13 du TCE<sup>145</sup>, qui deviendra l'article 19 du TFUE, constitue une « clause d'habilitation »<sup>146</sup> pour le

---

<sup>139</sup> Article 7 et 48 du TCEE.

<sup>140</sup> Article 119 du TCEE.

<sup>141</sup> La Cour le dit dans CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, C-15/69, pt 3.

Voir aussi M. MÖSCHEL, « Race Discrimination and Access to the European Court of Justice: Belov », *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 1433 ; O. DUBOS « la lutte contre les discriminations entre les femmes et les hommes : modèle et laboratoire ? », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER, *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 97 ; G. DE BÚRCA, « The Road Not Taken: The European Union as a global human rights actor », *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 649-693 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 45 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, vol. 27, 1991, p. 19 ; L. CHARPENTIER, « The European Court of Justice and the rhetoric of Affirmative Action », *European Law Journal*, vol. 4, n° 2, Juin 1998, p. 169.

<sup>142</sup> CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne / Sabena*, 43/75, pt 12. La Cour reconnaît même à présent que « la finalité économique revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine » dans CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom*, C-50/96, pt 57, et CJCE, 10 février 2000, *Sievers*, C-270/97, pt 57.

<sup>143</sup> « C'est souvent à partir d'un problème issu d'un impact économique que se développe une initiative sociale. Si le fonctionnement spontané du Marché crée un problème social, il y a une motivation pour agir », in E. SABATAKAKIS, « La mise en sommeil de l'Europe sociale », *Rev. UE*, 2011, p. 506.

<sup>144</sup> V. CONSTANTINESCO, « Le renforcement des droits fondamentaux », in *Le Traité d'Amsterdam. Réalités et perspective. Actes du colloque, Paris, 27 et 28 février 1998*, Paris, Pedone, 1999, p. 33.

<sup>145</sup> Voir L. FLYNN, « The implications of article 13 EC - After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others ? », *Common Law Market Review*, vol. 36, n° 6, 1999, pp. 1127-1152 : « The genesis and evolution of Article 13 EC ».

<sup>146</sup> Selon l'appellation dégagée par Edouard DUBOUT dans sa thèse *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit.

Conseil à 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 ». Cet article énumère, comme nous l'avons dit les motifs de discrimination prohibés, outre la nationalité, autant que les bénéficiaires potentiels de mesures d'action positive. Il mêle des critères « classiques » et des critères jugés plus « novateurs » par certains auteurs au moment de leur apparition<sup>147</sup>, comme l'âge<sup>148</sup> et le handicap. D'autre part, le paragraphe 3 de l'article 141 du TCE, devenu 157 §3 du TFUE, stipule que le Parlement et le Conseil 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 ». Le Traité d'Amsterdam a marqué « la naissance d'une prérogative d'action communautaire dans la lutte contre les discriminations »<sup>149</sup>, en dehors du champ de la nationalité.

**23.** Les directives 2000/78 et 2000/43 portent sur « l'égalité de traitement » et la lutte contre les discriminations fondées sur l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle pour la première et la race ou l'origine ethnique pour la seconde. Les directives 79/7<sup>150</sup>, 2004/113, 2006/54 et 2010/41<sup>151</sup> représentent le cadre de mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. « On ne peut qu'être saisi par la mutation qu'a accomplie l'Union européenne »<sup>152</sup> dans le champ social<sup>153</sup> et dans celui des droits fondamentaux en général<sup>154</sup> par l'ensemble de ces dispositifs et la jurisprudence s'y référant.

---

<sup>147</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, 2011, p. 967. Elle reprend elle-même une distinction faite par E. DUBOUT entre « motifs traditionnels » et « nouveaux motifs » dans sa thèse *L'article 13 TCE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 66-84. Voir également E. DECAUX, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.) *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *op. cit.*, p. 293.

<sup>148</sup> Marie MERCAT-BRUNS prend aussi l'exemple de l'âge comme critère « d'une nouvelle génération » aux États-Unis et en Europe, par contraste avec le sexe ou l'origine ethnique. In « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, 2007, p. 360.

<sup>149</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>150</sup> 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, JOCEE n° L 6, 10.1.1979, pp. 24-25.

<sup>151</sup> Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, JOUE n° L 180, 15.7.2010, pp. 1-6.

<sup>152</sup> F. SUDRE, « L'Union européenne et les droits de l'Homme », *Rev. Aff. Eur.*, n° 1, 2006, p. 7.

<sup>153</sup> F. MICHÉA, « Les catégories juridiques du droit social de l'Union européenne », in B. BRUNESSEN (dir.) *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 250 : « La richesse de la production normative en droit social est remarquable, si l'on prend en considération la résistance que les États membres ont pu manifester à l'égard de l'intégration dans ce domaine »

<sup>154</sup> Les directives 2004/113 et 2000/43 sortent l'action européenne du champ du droit social.



## 2- Le contenu du principe

24. Le principe de l'égalité de traitement se construit parallèlement au principe de non-discrimination dans l'ordre juridique de l'Union, ainsi l'égalité et l'interdiction des discriminations sont deux idées qu'il est très difficile de dissocier. Cela est particulièrement visible dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article 20 consacre un principe d'égalité devant la loi, suivi dans l'article 21 d'une interdiction des discriminations à portée générale. L'imbrication est également totale dans la plupart des directives qui définissent le principe de l'égalité de traitement comme « l'absence de toute discrimination directe ou indirecte »<sup>155</sup>. Pour Gérard Soulier, les deux notions renvoient en effet l'une à l'autre, « l'égalité comme absence de discrimination, la discrimination comme violation de l'égalité »<sup>156</sup>. Arnaud Haquet estime que la « notion de non-discrimination peut sembler plus facile à évoquer que celle de l'égalité, dont la signification est obscurcie par ses dérivés conceptuels »<sup>157</sup>. « Dès qu'une injustice se produit, elle tend à être qualifiée de discrimination »<sup>158</sup>.

25. Il est en tout cas certain que la notion de « discrimination » est l'une des clés de compréhension du principe de l'égalité de traitement, les deux formant un « couple énigmatique »<sup>159</sup>, même s'il nous paraît inexact de vouloir résumer l'égalité à une seule interdiction de discriminer. Si le principe d'égalité « se dérobe à toute définition stable et évolue avec le temps »<sup>160</sup>, la non-discrimination ne constitue pas une solution beaucoup plus satisfaisante. D'abord, cette notion « n'a de sens qu'appliquée à une situation de concurrence pour des biens rares. Toute discrimination est un jeu à somme nulle, où ce qui est gagné par

---

<sup>155</sup> Voir les articles 2 §1 des directives 2000/78 et 2000/43.

Un peu différent pour la directive 2004/113, l'article 1<sup>er</sup> énonce que « La présente directive a pour objet d'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe [...] en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ». Le lien n'est pas aussi clairement fait dans les directives 2006/54 et 2010/41 où l'accent est bien davantage porté sur le principe d'égalité de traitement. Il semble donc y avoir une différence pour le motif du sexe.

<sup>156</sup> G. SOULIER, « Préface » in R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, p. V ; dans le même sens, D. SZYMCSAK, « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2009-2010, p. 218 ; M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination en droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 37.

<sup>157</sup> A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, p. 305.

<sup>158</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, 1e éd., Paris, Larcier, 2016, p. 45.

<sup>159</sup> J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », *op. cit.*, p. 12.

<sup>160</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP G*, 2010, p. 643.

l'un est perdu par l'autre »<sup>161</sup>. Elle n'existe que dans une mise en rapport entre deux éléments distincts et selon un critère déterminé. Car il va de soi que les « inégalités évoluent » et « les distinctions que nos ancêtres jugeaient normales paraissent aujourd'hui insupportables »<sup>162</sup>. Le contenu précis, absolu, de la notion de discrimination n'existe pas, aucun consensus n'existe sur les critères qui fondent les discriminations à éradiquer<sup>163</sup>, ni sur la manière de comparer les situations.

26. Ensuite, en droit de l'Union européenne, la discrimination interdite est au moins duale dans sa forme, puisque sont interdites les discriminations directes et indirectes. En réalité, entre la discrimination « par association »<sup>164</sup>, la « discrimination statistique »<sup>165</sup>, « multiple »<sup>166</sup>, « structurelle »<sup>167</sup>, « systémique »<sup>168</sup>, les notions s'empilent dans un effort désespéré du législateur et du juge de mettre fin à « un phénomène de masse »<sup>169</sup>. L'« ancestrale problématique que celle de l'égalité poursuivie par le droit, harcelée par les faits »<sup>170</sup>, oblige à inventer sans cesse de nouvelles solutions et méthodes. Au-delà de l'accumulation des types de discriminations combattues, c'est la piste de l'« égalité par la différenciation »<sup>171</sup> qui devient la voie censée remédier aux lacunes de l'interdiction des discriminations. Ainsi le droit de la non-discrimination se complexifie encore davantage en épousant « les faits pour nommer la différence »<sup>172</sup>. On quitte alors le registre de « l'universalité de la règle, "aveugle aux différences" »<sup>173</sup> pour une spécialisation de la règle en fonction des besoins des catégories identifiées par l'article 19 du TFUE.

---

<sup>161</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 50.

<sup>162</sup> P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, p. 161.

<sup>163</sup> Les listes de discriminations interdites, quand elles existent, varient d'un instrument à l'autre.

<sup>164</sup> M. SCHMITT, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, n° 1, 2009, pp. 41-42 ; A. POPOV, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 mars 2016, consulté le 20 juin 2017.

<sup>165</sup> G. CALVÈS, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645.

<sup>166</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 3.

<sup>167</sup> Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pt 7.

<sup>168</sup> M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, consulté le 11 juillet 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3972>

<sup>169</sup> M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, p. 3.

<sup>170</sup> Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 249.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 60.

<sup>173</sup> D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 59.

27. Le principe de l'égalité de traitement autorise en effet de nombreuses différences de traitement fondées sur les motifs interdits. En témoigne par exemple l'article 6 §1 de la directive 2000/78 selon lequel « des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées ». Son respect implique parfois que des situations spécifiques soient prises en compte par le biais d'un traitement particulier, dont seront exclus ceux qui ne se trouvent pas dans une telle situation. C'est le cas des aménagements raisonnables exigés de l'employeur pour les travailleurs handicapés<sup>174</sup>. L'égalité concrétisée<sup>175</sup> dans les faits, autrement appelée l'« égalité réelle »<sup>176</sup>, ne se résume pas à la seule règle de l'égalité de traitement juridique, qui est celle que l'on qualifie d'« égalité formelle ». L'identité de traitement peut aussi être discriminatoire, selon la Cour de justice qui a très tôt affirmé que le « principe général d'égalité de traitement impose que [...] des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale »<sup>177</sup>. Cette conception « bidimensionnelle »<sup>178</sup> ou « bilatérale »<sup>179</sup> de l'égalité, loin d'être évidente comme en témoigne par exemple le droit français<sup>180</sup>, constitue sans doute l'une des plus grandes originalités du droit de l'Union<sup>181</sup> mais crée aussi des confusions supplémentaires. Même en cas de traitement juridique égal et donc en l'absence de discrimination formelle, il peut exister une « discrimination matérielle », selon l'expression autrefois utilisée par la Cour et ses avocats généraux<sup>182</sup>, si les situations sont trop différentes pour justifier un traitement égal. Le principe de l'égalité de traitement est donc autant une interdiction de différencier des situations

---

<sup>174</sup> Article 5 de la directive 2000/78.

<sup>175</sup> A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2007, p. 133 : parle d'« égalité concrète ».

<sup>176</sup> Concept que l'on trouve dès 1791 sous la plume de Condorcet : « Les lois prononcent l'égalité dans les droits, les institutions pour l'instruction publique peuvent seules rendre cette égalité réelle » (CONDORCET, Cinq mémoires sur l'instruction publique, 1791). Voir F. CAFARELLI, « La traduction juridique de la notion d'égalité réelle », *AJDA*, n° 2, 2018, p. 86.

<sup>177</sup> CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15, pt 69 ; CJCE, 6 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 23 ; CJCE, 17 juillet 1963, *Italie / Commission*, C-13/63.

<sup>178</sup> E. DUBOUT, « la fonction de la preuve dans le droit européen de la non-discrimination », in S. BESSON, A. R. ZIEGLER (dir.), *Egalité et non-discrimination en droit international et européen*, Paris, LGDJ, 2014, p. 203.

<sup>179</sup> O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, 449 p.

<sup>180</sup> Pour une comparaison des deux principes et les jeux d'influence, voir X. LAMPRINI, « Un principe de portée différente en droit français et européen », in L. XENOU, F. PICOD, J.-M. SAUVÉ (dir.), *Les principes généraux du droit de l'union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 363-372.

<sup>181</sup> Pour Gérard GONZALEZ, l'égalité se décline de trois manières : l'égalité devant la loi suppose que « la règle doit être appliquée de façon identique à tous sans autres distinctions que celles prévues par la loi elle-même », l'égalité dans la loi selon laquelle « celui qui fait la loi ne doit pas violer le principe d'égalité. La généralité de la loi peut suffire à remplir cette condition » et enfin l'égalité par la règle de droit, qui impose qu'il n'y ait « pas de traitement identique pour des situations différentes ». Il note que « peu de juridictions sont parvenues à ce niveau ». In F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>182</sup> Voir par CJCE, 17 juillet 1963, *Italie / Commission*, C-13/63, pt 4 : « une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle » ; Conclusions de l'avocat général M. NIAL FENNELLY présentées le 18 décembre 1997, aff. C-390/96, pt 29 ; Conclusions de l'avocat général M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 11 mars 1999, aff. C-391/97, note 18.

comparables que d'assimiler les situations différentes ; du moins en théorie, car la deuxième facette n'a que peu de réalité contentieuse en matière sociale. L'assimilation entre égalité et non-discrimination ne devrait pas être totale<sup>183</sup>, la Cour de justice voit plutôt la non-discrimination comme une « expression spécifique » du principe de l'égalité de traitement, qui ne s'applique que lorsque les situations sont comparables.

### 3- Le contrôle du respect du principe

28. La discrimination directe se définit comme « la situation dans laquelle 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 »<sup>184</sup> sur le fondement d'un motif protégé. Elle est indirecte quand « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes »<sup>185</sup> ou serait « susceptible d'entraîner un désavantage particulier »<sup>186</sup> pour une catégorie protégée d'individus. La première vérification que le juge doit réaliser est celle de la comparaison entre deux situations, en déterminant à la fois le critère de comparaison, le comparé et le comparateur<sup>187</sup>. Il peut déterminer par cette première étape si l'on se trouve dans un cas de discrimination directe ou indirecte potentielle, du fait des points communs entre les situations, ou dans un cas de discrimination matérielle du fait des dissemblances entre les situations.

29. Mais ce premier test ne solde pas nécessairement l'affaire, puisque la règle générale est assortie d'un grand nombre de dérogations. La seconde partie de l'analyse du juge peut consister en l'examen de l'applicabilité de règles spécifiques ou dérogatoires. Au sein de celles-ci se trouvent notamment les « 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 »<sup>188</sup> et les « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés » à l'âge, au handicap, à la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle, la race ou l'origine ethnique<sup>189</sup>, qui constituent l'action

---

<sup>183</sup> Jérôme PORTA estime aussi que « cette assimilation est proche de la confusion », *in* « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *RDT*, n° 5, 2011, p. 290. Confusion également déplorée par M. FALLON, D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination », *JDE*, vol. 6, n° 170, 2010, p. 170 et s.

<sup>184</sup> Directive 2000/78 et directive 2000/43, article 2 §2 a) ; directive 2004/113, article 2 a) ; directive 2006/54 article 2 §1 a) ; directive 2010/41, article 3 a).

<sup>185</sup> Directive 2006/54, article 2 §1 b) et directive 2004/113, article 2 b).

<sup>186</sup> Directive 2000/78 et directive 2000/43, article 2 §2 b).

<sup>187</sup> Voir D. THARAUD, *Contributions à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>188</sup> Article 157 §4 du TFUE, auquel renvoient les directives 2006/54 et 2010/41.

<sup>189</sup> Article 7 §1 de la directive 2000/78 ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 6 de la directive 2004/113.

positive. Les contrôles de l'objectif poursuivi, de la proportionnalité, jouent un rôle essentiel dans l'appréciation des dérogations par le juge de l'Union. L'étendue de la marge d'appréciation reconnue à l'État ou à l'autorité en cause est également un aspect déterminant du contrôle juridictionnel du principe de l'égalité de traitement et des régimes spécifiques qui l'accompagnent.

### III. De la dérogation vers le principe, l'inversion du cheminement

**30. Dérogation ou exception ?** La dérogation est définie par Gérard Cornu comme « l'action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »<sup>190</sup>, tandis que l'exception est « parfois synonyme de dérogation » et le plus souvent un « cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale »<sup>191</sup>. Pour d'autres, serait exception « ce qui est exclu d'une règle tenue comme première ou principielle, ayant vocation générale à s'appliquer et prévaloir, mais qui est inclus dans une règle seconde spéciale amputant partiellement sa portée d'une réserve ; l'exception ici, c'est la dérogation »<sup>192</sup>. La Cour de justice a plus volontiers parlé de « dérogation »<sup>193</sup> pour le régime de l'action positive, mais elle parle indifféremment de dérogation<sup>194</sup> et d'exception<sup>195</sup> pour d'autres régimes des directives. Les deux termes apparaissent donc comme synonymes et renvoient à la définition que Gérard Cornu donne de l'exception, et à ce que la doctrine appelle plutôt ainsi. Nous parlerons toutefois de dérogation, la plupart du temps, étant donné que c'est le terme privilégié par la Cour, et lorsque nous parlerons d'exception dans cette étude, il ne faudra pas y attacher un sens différent.

**31.** La sagesse réside peut-être, comme souvent, dans la modération et sans doute que « les discriminations positives ne méritent ni cet excès d'honneur, ni cet excès d'indignité »<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris PUF, 2007, p. 298.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>192</sup> P. AMSELEK « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 13.

<sup>193</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 12 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 18.

<sup>194</sup> Pour l'article 6 §1 de la directive 2000/78, voir CJUE, 26 février 2015, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-515/13, pt 23 ; pour l'article 2 §5 de cette directive, voir CJUE, 12 décembre, 2013, *Hay*, C-267/12, pt 46.

<sup>195</sup> Pour l'article 6 de la directive 2000/78 : CJUE, 16 juin 2016, *Lesar*, C-159/15, pt 24. Voir aussi CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 36.

<sup>196</sup> J. BOUGRAB, « Vers des "affirmative actions" à la française ? », in L. FERRY (dir.), *Pour une société de la nouvelle chance - Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 51.

Il semble toutefois qu'elles méritent qu'un plus grand nombre d'études leur soit consacrées<sup>197</sup>. Contrairement aux États-Unis où l'*affirmative action* a été constamment commentée et analysée<sup>198</sup>, les travaux approfondis sur le sujet manquent en France, nécessaires pour dépassionner le débat et mieux comprendre une notion qui effraie. « Le débat français sur la discrimination positive se caractérise par l'extrême confusion dans laquelle il se déroule »<sup>199</sup>. À cette nécessité de défaire des confusions s'ajoute une stimulation qui tient au fait que « le phénomène de l'exceptionnalisme est en soi intéressant, intrigant et séduisant »<sup>200</sup> pour le juriste. Il reste pourtant marginalement étudié en théorie du droit<sup>201</sup>. La règle dérogatoire paraît produire des effets contradictoires (1). L'action positive présente en outre certaines spécificités, en tant que règle dérogeant au principe de l'égalité au nom de l'égalité. Elle justifie que l'on inverse la méthodologie, en partant de la dérogation pour redécouvrir le principe (2).

### 1- Les effets contradictoires de la dérogation

32. Les dérogations sont à la fois accusées de contribuer « à entretenir le caractère flou et instable de la norme juridique »<sup>202</sup>, et abondamment présentes dans tout système normatif en

---

<sup>197</sup> Comme a entrepris de le faire Delphine THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*

<sup>198</sup> Sans exhaustivité : I. GLASSER, « Affirmative action and the legacy of racial injustice », in P. A. KATZ ET D. A. TAYLOR, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988, pp. 341-357 ; C.R. LAWRENCE, M.J. MATSUDA, *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997 ; I. KATZ., H. M. PROSHANSKY, « Rethinking affirmative action », *Journal of Social Issues*, 1987, pp. 99-112 ; R. K. FULLINWIDER, *Affirmative action and fairness, Institute for Philosophy and Public Policy*, 1991, pp. 10-13 ; M. HEILMAN, « Affirmative action's contradictory consequences », *Journal of Social Issues*, 1996, pp. 105-110 ; P. BREST, M. OSHIGE, « Affirmative Action for Whom ? Symposium: Race and Remedy in a Multicultural Society », *Stanford Law Review*, Vol. 47, n° 5, 1995, pp. 855-900 ; S. A. JACKSON, « Islam and Affirmative Action », *Journal of Law and Religion*, Vol. 14, n° 2, 1999-2000, pp. 405-432.

<sup>199</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 3.

<sup>200</sup> X. PHILIPPE, « Préface », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>201</sup> Pour un tour d'horizon de l'absence du concept d'exception dans les ouvrages de théories du droit, voir R. PONSARD, « Esquisse pour l'élaboration d'un nouveau concept d'exception en droit », in A. VIDAL-NAQUET, in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 90-93. Études dans d'autres disciplines : J.-M. de MOY, *L'exception en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 398 p. ; F. LEURQUIN-DE VISCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 p. ; T. H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de B. MATHIEU, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013 ; P. KOUTRAKOS, N. SHUIBHNE, P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 328 p.

En philosophie du droit : M. CARPENTIER, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, 686 p.

Pour une étude pluridisciplinaire : M. ARKOUN, E. BALIBAR, A. BANCAUD *et al.*, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Editions Parenthèse, 2007, 304 p.

<sup>202</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 221.

tant que correctifs nécessaires de la généralité et de l'homogénéité de la règle de droit<sup>203</sup>. Elles perturbent la règle autant qu'elles la complètent et l'améliorent.

**33. L'effet perturbateur de la dérogation.** De manière générale, l'exception peut « rendre plus fragiles les fondements de la confiance »<sup>204</sup> entre la norme et ses destinataires. Certains auteurs vont même jusqu'à voir dans la discrimination positive une violation du principe d'égalité<sup>205</sup>, ou un « antagonisme » qui « peut apparaître insurmontable »<sup>206</sup>. Mais la dérogation n'équivaut certainement pas à une violation et il serait malhonnête d'assimiler, à des fins critiques, l'inapplication d'une règle générale du fait de l'applicabilité d'une dérogation à une violation de cette règle. Il n'en demeure pas moins que « l'idée [semble] communément admise que l'exception, sous toutes ses formes, met à mal les qualités essentielles de la loi, et au-delà, du droit tout entier »<sup>207</sup>, qu'« en tant que source de perturbation du système », elle apporterait « chaos, instabilité et inégalités »<sup>208</sup>. Les termes sont forts. Le potentiel perturbateur, l'effet de « renversement des principes »<sup>209</sup>, de toute règle dérogatoire en font un objet d'étude particulièrement stimulant.

**34. L'effet mélioratif de la dérogation.** Aristote ne considérerait-il pas déjà que « la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre »<sup>210</sup> ? Les « correctifs »<sup>211</sup>, régimes d'exception, dérogations ou « limitation des droits »<sup>212</sup> se trouvent dans tous les systèmes juridiques. Aucune règle ne peut prétendre à l'absolu<sup>213</sup>. Même les droits de la personne humaine jugés fondamentaux sont susceptibles d'être écartés dans certaines circonstances exceptionnelles. L'article 15 de la

---

<sup>203</sup> Voir L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 709.

<sup>204</sup> A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 135.

<sup>205</sup> *Ibid.* p. 133 : « Une société qui viole les principes sur lesquels elle repose, même au nom de fins justes, ne peut pas être une société juste ».

<sup>206</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 56.

<sup>207</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 15.

<sup>208</sup> J.-M. de MOY, *L'exception en droit privé*, op. cit., p. 23.

<sup>209</sup> R. DRAGO, « Dérogation », *AJDA*, 2001, p. 411.

<sup>210</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE, Paris, Le Livre de poche, 2014, p. 231.

<sup>211</sup> Conclusions de l'avocat général M. A. SAGGIO présentées le 10 juin 1999, aff. C-158/97, pt 28.

<sup>212</sup> Selon l'expression choisie par l'article 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>213</sup> Le seul droit fondamental qui « ne connaît aucune exception » est l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, reconnue comme norme de *jus cogens* par les arrêts TPIY 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, n° IT-95-17/1-T ; CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97 ; Cou. IDH, 27 novembre 2003, Fond et Réparations, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Série C n° 103. Voir L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 39.

Convention européenne des droits de l'Homme autorise ainsi les États parties à déroger à la plupart des droits garantis lorsqu'ils estiment discrétionnairement être en « état d'urgence »<sup>214</sup>. Même le « droit à la vie » est contredit dans les cas où la mort « résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire »<sup>215</sup>. Chaque droit fondamental prévoit souvent lui-même ses propres limites<sup>216</sup> dans la Convention européenne. La notion transversale d'abus de droit est déjà une forme de régime dérogatoire où le droit n'est plus garanti parce que l'usage que l'on en fait est malveillant. La dérogation peut-être aussi le signe d'une volonté d'amélioration de la règle générale, de précision, ou d'adaptation à la complexité des faits. « Les exceptions et imperfections [ne] sont-elles [pas] au contraire le ciment nécessaire de l'identité de chaque société ? »<sup>217</sup>. Elles sont en tout cas censées apporter des solutions opératoires et permettre au droit la captation de la plus grande variété de situations possible.

## 2- Les justifications d'une méthodologie inversée

35. La démarche habituelle consiste à partir de l'étude d'une règle générale, en l'occurrence le principe de l'égalité de traitement, au sein de laquelle se trouvent ensuite des développements consacrés aux éventuelles règles dérogatoires<sup>218</sup>. La confrontation du principe au phénomène dérogatoire est parfois assumée en tant que telle<sup>219</sup>. Mais ces études, bien qu'infiniment utiles, ont toutes pour écueil de ne pouvoir traiter exhaustivement chacune des règles dérogatoires, surtout dans le cadre du principe de l'égalité de traitement qui en compte

---

<sup>214</sup> Voir L. BURGORGUE-LARSEN, « Article 15 : dérogation en cas d'état d'urgence », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 155-159 ; G. GONZALEZ, « L'État d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers sur la recherche en droits fondamentaux*, n° 6, 2007, pp. 93-100.

Pour une analyse plus large de ce genre de normes en droit international, voir H. TIGROUDJA, « Les normes internationales relatives aux droits de l'homme face aux régimes et lois d'exception », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., pp. 179-199.

<sup>215</sup> Article 2 §2 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>216</sup> Voir dans la Convention : article 2 §2 ; article 5 §1 a), b), c) et d) ; article 8 §2 ; article 9 §2 ; article 10 §2 ; article 11 §2.

<sup>217</sup> A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 7.

<sup>218</sup> Voir S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, op. cit., 552 p., R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 p. ; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p. ; E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., 845 p. ; M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., 491 p.

<sup>219</sup> C'était le cas des Septièmes journées d'études du pôle européen Jean Monnet du 27, 28 et 29 novembre 2006 intitulées « Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne ». Publication : L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 700 p.

Voir aussi P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », op. cit. pp. 213-225.



un nombre important. L'accent est résolument mis sur la règle générale, le caractère secondaire des dérogations étant alors inévitable. Nous proposons d'inverser la démarche, en partant de l'étude de la règle dérogatoire de manière approfondie pour apporter des éléments de compréhension sur la règle générale.

**36. Tracer la frontière entre discrimination et action positive.** Selon nous, ce n'est pas « le nombre important et croissant des exceptions » qui menace « l'effectivité du principe d'égalité »<sup>220</sup>, mais plutôt l'imprécision du régime associé aux règles dérogatoires. Là naît véritablement le risque d'un effet déstabilisateur de la dérogation pour le caractère prévisible et cohérent du système normatif dans son entier. L'action positive souffre d'un grand manque de clarté, à la fois conceptuelle<sup>221</sup> et fonctionnelle. Conceptuellement d'abord, nous devons chercher à comprendre et expliquer ses causes ou justifications. « S'il existe une exception, il existe aussi une explication »<sup>222</sup>. Incarne-t-elle un « mécanisme d'autorégulation incontournable du système normatif ou, au contraire, l'incapacité de la règle de droit à gérer les contradictions souvent complexes d'un système social ? »<sup>223</sup>. Notre objectif est de clarifier précisément le champ d'application du régime dérogatoire de l'action positive. « La frontière entre différenciation autorisée et discrimination interdite n'est [...] pas simple à déterminer en raison de la plus ou moins grande subjectivité de l'appréciation du caractère arbitraire »<sup>224</sup>. Si cette frontière doit être placée, l'exercice se révèle difficile en pratique, tant le principe de l'égalité de traitement semble traversé de tendances contradictoires, oscillant entre validation des différences de traitement et sanction de situations de discrimination toujours plus variées. « Rien n'est à la fois plus fascinant et plus trompeur que l'égalité »<sup>225</sup>. Or, pour l'efficacité du

---

<sup>220</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 223.

<sup>221</sup> Pour des études sur l'action positive limitée à l'égalité entre les sexes : L. CHARPENTIER, « The European Court of Justice and the rhetoric of Affirmative Action », *European Law Journal*, Vol. 4, n° 2, juin 1998, pp. 167-195 ; D. SCHIEK, « Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law - From Kalanke and Marschall to Badeck » *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 16, n° 3, 2000, pp. 251-276 ;

Pour l'action positive après le Traité d'Amsterdam : D. CARUSO, « Limits of the classic method: positive action in the European Union after the new equality directives », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 2, 2003, pp. 331-386 ; M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle. Les actions positives au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, 76 p. ; M. BELL, L. WADDINGTON, « Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *Common Market Law review*, vol. 48, 2011, pp. 1502-1526.

<sup>222</sup> X. PHILIPPE, « Préface », *op. cit.*, p. 7.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 10.

<sup>225</sup> D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, *op. cit.*, p. 3.

droit fondamental à la non-discrimination, il importe de savoir où se termine la discrimination et où commence l'action positive, vu leur proximité formelle.

**37.** L'indétermination laissée dans les textes du droit primaire et dérivé a contraint la Cour de justice à créer presque *ex nihilo* le régime de l'action positive. Cette imprécision peut trouver quelques explications. Une première piste toucherait en réalité tout le droit social de l'Union européenne : les États auraient tendance « à projeter dans l'Union leurs ambitions et leurs idéaux les plus généreux sans pour autant la doter de la capacité suffisante pour les réaliser »<sup>226</sup>. Il y aurait un décalage entre l'ambition affichée par l'action positive, imprécise et floue, et le contrôle de sa mise en place effective à l'occasion du contentieux. La deuxième explication pourrait résider dans le fait que la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne, notamment le droit à l'égalité ou à la non-discrimination, est une conquête récente, encore tâtonnante. L'action de l'Union européenne dans ce domaine souffrirait d'une « absence de colonne vertébrale »<sup>227</sup> aboutissant à des incohérences, des approximations voire des contradictions.

**38. Redécouvrir le principe de l'égalité de traitement.** La clarification de la notion d'action positive devrait permettre de progresser sur la voie de la compréhension du principe d'égalité. Si les mesures d'action positive adoptées n'oeuvrent pas à l'égalité de traitement *stricto sensu*, puisqu'elles permettent au contraire d'y déroger, elles visent en revanche à « assurer concrètement une pleine égalité »<sup>228</sup>. Là réside sans doute le plus grand mystère de ces mesures. « Les discriminations positives utilisent l'inégalité juridique afin de rétablir une égalité dans les faits »<sup>229</sup>. Plus simplement, elles dérogent à l'égalité tout en visant l'égalité, dans un mouvement aporétique déroutant. Ce que révèle *in fine* l'action positive, c'est l'ambiguïté de la notion même d'égalité<sup>230</sup> et son insaisissabilité<sup>231</sup>. Elle explique que certains auteurs aillent jusqu'à penser que l'égalité en elle-même « n'a pas de signification »<sup>232</sup>. L'action

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>227</sup> F. SUDRE, « L'Union européenne et les droits de l'Homme », *Rev. Aff. Eur.*, n° 1, 2006, p. 8.

<sup>228</sup> Article 157 §4 TFUE, la formule est aussi : « assurer la pleine égalité » dans les directives 2000/43 et 2000/78.

<sup>229</sup> P. ARDANT, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, p. 135.

<sup>230</sup> J. PORTA, « *Discrimination, égalité et égalité de traitement* », *op. cit.* : « Le champ de l'égalité est le lieu de multiples propositions de clarifications notionnelles ».

<sup>231</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>232</sup> P. WESTEN, « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 3, 1982, p. 546.

positive nous « oblige à retracer le paysage égalitaire dans son ensemble »<sup>233</sup>, ou plus humblement, à l'interroger.

**39. Structure de l'étude.** Comme l'explique Ariane Vidal-Naquet, la dérogation est à la fois « soustraite de la règle » générale et « posée par la règle » générale. Elle « demeure étroitement subordonnée à cette dernière, qui conditionne tant son existence que ses contours »<sup>234</sup>. Là se trouve la conflictualité, à la fois propre à toute règle dérogatoire et particulièrement grande dans le cas de l'action positive qui déroge à l'égalité au nom d'une plus grande égalité. « Le débat sur le point de savoir si l'action positive est une dérogation (temporaire) au principe d'égalité ou s'il s'agit en fait d'un élément intrinsèque d'une approche concrète de l'égalité est loin d'être clos »<sup>235</sup>, nous entendons y apporter notre contribution par ce travail. C'est un double mouvement apparemment contradictoire que nous analyserons. D'abord, le principe de l'égalité de traitement fait naître l'action positive. En tant que règle générale, il l'autorise à titre dérogatoire (Partie 1). Du fait de ce statut, l'action positive peine à trouver sa place face au principe de l'égalité de traitement qui lui impose « ses contours », en limitant strictement sa portée (Partie 2).

**Première Partie.** L'action positive autorisée par le principe de l'égalité de traitement.

**Seconde Partie.** L'action positive limitée par le principe de l'égalité de traitement.

---

<sup>233</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>234</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », *op. cit.*, pp. 18 et 21.

<sup>235</sup> Conclusions de l'avocat général M. Michal BOBEK présentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 105.



# PREMIÈRE PARTIE. L'ACTION POSITIVE AUTORISÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

---

« Aussi bien la discrimination ordinaire repose-t-elle sur l'enfermement de celui qui tombe sous ses coups, dans une double contrainte : celle de devoir être "normal", sans pouvoir satisfaire cette injonction »<sup>236</sup>.

**40.** Nous partons de l'hypothèse, vu la définition retenue au début de notre étude, que l'action positive permet d'adopter des mesures dérogatoires par rapport à la règle générale de l'égalité de traitement. Celle-ci s'entend comme l'interdiction de discriminer sur le fondement d'un certain nombre de motifs. La particularité de toute règle dérogatoire est qu'elle découle de l'affirmation d'une règle générale, dont elle vise pourtant à écarter l'application. Ainsi les dispositions du droit dérivé établissent-elles que le principe d'égalité de traitement « n'empêche pas l'adoption ou le maintien » de mesures d'action positive<sup>237</sup>. Sans l'énoncé préalable de la règle générale de l'égalité de traitement, les mesures d'action positive n'auraient nul besoin d'être soumises à un régime dérogatoire.

**41.** La première étape de notre travail doit nécessairement consister à comprendre le sens et le fonctionnement de la règle générale, entreprise commencée dans nos propos introductifs. Le principe général de l'égalité de traitement, d'abord « découvert »<sup>238</sup> par la Cour de justice en dehors de tout fondement textuel<sup>239</sup>, puis décliné en un principe d'égalité devant la loi et un

---

<sup>236</sup> J.-M. BELORGEY, « Discrimination ordinaire/discrimination positive. Quelle place pour la différence ? », *Vie sociale*, vol. 95, n° 3, 2007, p. 142.

<sup>237</sup> Article 7 §1 et 2 de la directive 2000/78 ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 6 de la directive 2004/113 ; article 3 directive 2006/54.

<sup>238</sup> Sur la « découverte » des principes généraux du droit par la Cour, voir H. RUIZ-FABRI, « Principes généraux du droit communautaire et droit comparé », *Droits*, vol. 45, n° 1, 2007, pp. 127-142.

<sup>239</sup> Les références de la Cour de justice au « principe d'égalité de traitement » sont très nombreuses dans sa jurisprudence. Dans les premiers temps, il est limité au contexte de la nationalité, conformément au Traité CEE interdisant les discriminations fondées sur celle-ci. Voir CJCE, 8 avril 1976, *Hirardin*, C-112/75. Il porte également sur l'égalité de rémunérations : voir CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne/État belge*, 80/70 et CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena* dit « Defrenne II », 43/75. Dès 1977, la Cour estime que la non-discrimination est « l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit

principe de non-discrimination dans la Charte des droits fondamentaux<sup>240</sup>, consiste essentiellement en plusieurs « normes d'interdictions »<sup>241</sup>. Dans les directives adoptées pour sa mise en œuvre se trouvent également un grand nombre de « normes d'habilitation » qui permettent aux institutions et aux États membres « d'adopter certains comportements qui seraient discriminatoires, mais ont pour objet de les habiliter à légiférer dans le domaine de la lutte contre les discriminations »<sup>242</sup>. Le principe de l'égalité de traitement, « principe de droit constitutionnel »<sup>243</sup>, se caractérise en réalité par une importante « dérogeabilité », c'est-à-dire qu'un grand nombre de règles dans le droit dérivé permettent d'écarter son application (Titre 1). Parmi elles, l'action positive occupe une place singulière, son rapport au principe d'égalité de traitement soulevant quelques difficultés que l'on ne rencontre pas dans les autres cas et qui nous amènent à qualifier ce rapport de partiellement dérogatoire (Titre 2).

---

communautaire », CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 et 16/77, pt 7. Elle le confirme dans l'arrêt CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne/Sabena* dit « Defrenne III », 149/77, pt 26 : « le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect » et « on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux » (pt 27). Enfin, dans l'arrêt CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 75 la Cour considère le « principe de non-discrimination en fonction de l'âge » « comme un principe général du droit communautaire ».

Pour des références récentes voir : CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C 356/12, pt 43 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Vervloet e.a.*, C-76/15, pt 74 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 55 ; CJUE, 27 juin 2018, *SGL*, C-459/17 et C-460/17, pt 47.

<sup>240</sup> Article 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

<sup>241</sup> Pour reprendre la distinction entre « normes d'interdiction » et normes d'habilitation » utilisée par de B. TRANCHANT, « Les nouveaux champs de la non-discrimination », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 115.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> CJCE, 18 janvier 2001, *Commission/Italie*, C-162/99. Il s'agit d'une « qualification inhabituelle » selon S. GERVASONI, in « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, op. cit., p. 91.

# TITRE 1. LA DÉROGEABILITÉ DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

42. « Il y a violation lorsqu'une norme de rang inférieur contredit les normes de rang supérieur »<sup>244</sup>. La violation entraîne la nullité ou l'inapplicabilité de la règle de rang inférieur. Dans le cas de la dérogation au contraire, c'est cette dernière qui l'emporte sur la règle générale ; il n'y a pas de rapport hiérarchique. L'enjeu est de déterminer, dans une concurrence normative, laquelle des deux règles s'applique et laquelle doit être écartée, selon leurs conditions respectives. Dès lors que les conditions requises à l'application de la règle dérogatoire se trouvent réunies, la règle générale peut être écartée. Lorsqu'une règle générale est pourvue d'un grand nombre d'exceptions, le rapport tend à s'inverser. La règle générale, à la manière d'une règle supplétive, ne s'applique que lorsque toutes les règles dérogatoires ont été examinées et jugées inapplicables. « Que penser [...] d'un principe qui ne se définit que par sa limite et la possibilité d'y déroger ? »<sup>245</sup> Le risque d'une remise en cause de la règle générale est induit par le nombre des règles exceptives.

43. La règle générale est ici celle de l'égalité de traitement, *stricto sensu*, dont il n'est pas si simple de cerner les contours. L'égalité de traitement par la norme juridique<sup>246</sup>, autrement appelée l'égalité formelle<sup>247</sup>, fut accusée à maintes reprises de ne pas concrétiser l'égalité pour les individus, dans les faits<sup>248</sup>. Constamment, des auteurs ont appelé à l'instauration d'une

---

<sup>244</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 77. Cette affirmation se fonde sur la hiérarchisation des normes pyramidale théorisée par Hans Kelsen, selon laquelle toute norme tire sa validité de la norme de « l'étage » supérieur qui fixe ses conditions d'édiction. Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

<sup>245</sup> B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 988.

<sup>246</sup> Les expressions varient, il s'agit aussi de l'égalité de droits ou l'égalité devant la loi. Voir C. LEBEN, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in G. HAARSCHER, *Chaim Perelman et la Pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 219-221.

<sup>247</sup> M. BOUCHER (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle. La question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, 582 p.

<sup>248</sup> S. WUHL, *Discrimination positive et justice sociale*, op. cit., p. 41 « le principe d'égalité n'a pu empêcher que des inégalités économiques, sociales, culturelles persistent voire se développent, au risque de faire apparaître l'égalité des droits comme purement formelle ».

égalité réelle<sup>249</sup>, concrète<sup>250</sup> ou substantielle<sup>251</sup>. Il nous paraît toutefois erroné de considérer le principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union comme un principe purement formel. La signification de la règle générale de l'égalité de traitement est la première question que nous devons résoudre (Chapitre 1).

44. Une fois celle-ci examinée, nous pourrions nous intéresser au phénomène opposé à l'égalité de traitement par le droit, celui des différences de traitement autorisées ou imposées par le droit, sur le fondement des mêmes motifs. Elles sont très nombreuses dans les textes de droit dérivé qui nous occupent. Elles répondent à des aspirations et impératifs complexes que nous chercherons à ordonner. En raison de cette prolifération et de cette complexité, nous trouvons pertinent de parler d'une « dynamique des différences de traitement légitimes », au sein même du principe d'égalité de traitement<sup>252</sup>, qui coexiste avec la règle générale de l'égalité de traitement *stricto sensu*. La possibilité de déroger fait partie du principe, puisque c'est nécessairement le principe qui autorise la dérogation. Le dynamisme vient non seulement du droit dérivé mais aussi de la jurisprudence en cours de construction de la Cour de justice, foisonnante et parfois tâtonnante, qui l'interprète (Chapitre 2).

---

<sup>249</sup> J. PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *RDT*, n° 6, 2011, p. 354. Voir aussi Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 84 ; T. PIKETTY, *L'économie des inégalités*, Paris, La Découverte, 1997, p. 40 ; P. ROSENVALLON, J.-P. FITOUSSI, *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, p. 75.

<sup>250</sup> E. FONDIMARE « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 juillet 2014, consulté le 25 mai 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/855>.

<sup>251</sup> Selon l'expression de la Cour de justice : CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 47 ; CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, C-595/12, pt 38 ; CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 34 ; CJCE, 16 février 2006, *Sarkatzis Herrero*, C-294/04, pt 37 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 25 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 32.

<sup>252</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 11 : « L'égalité et la différence ne sont pas deux "valeurs" antinomiques qu'il faudrait tempérer l'une par l'autre ».



# CHAPITRE 1. LA RÈGLE GÉNÉRALE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT *STRICTO SENSU*

45. Claire Aubin et Benjamin Joly mettent bien en évidence la différence entre le principe d'égalité devant la loi très formel que l'on trouve en droit français et le principe de l'égalité de traitement au sens d'absence de discriminations du droit de l'Union. « L'affirmation de l'égalité de droits fait place à la mise en évidence de discriminations de fait, définies de façon plus large »<sup>253</sup>. « Principe révolutionnaire »<sup>254</sup>, l'égalité de traitement est souvent résumée par une règle simple : « à situation équivalente, traitement équivalent »<sup>255</sup>. Dans et par la norme, l'égalité de traitement en droit social de l'Union se traduit d'abord par une interdiction, celle de discriminer<sup>256</sup> sur les motifs jugés sans rapport avec les compétences et mérites des individus. « Le principe de non-discrimination constitue à la fois l'instrument privilégié et une expression particulière du principe fondamental d'égalité »<sup>257</sup>. « La non-discrimination permet de définir concrètement le domaine d'application de l'égalité »<sup>258</sup>. En ce sens, la règle de l'égalité de traitement, définie comme interdiction de discriminer, constitue déjà une vision concrétisée du principe d'égalité.

46. « Pour penser la discrimination positive il nous faut inséparablement penser la discrimination elle-même »<sup>259</sup>, voici une parole de bon sens que nous allons suivre à la lettre. En premier lieu, « la dimension subjective de l'égalité se traduit pour le justiciable par la revendication à un traitement égal »<sup>260</sup> et donc *a contrario* par l'interdiction de certains

---

<sup>253</sup> C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, 2007, p. 1295.

<sup>254</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 56.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>256</sup> Égalité et non-discrimination sont souvent perçues comme les « facettes indissociables d'un seul et même principe », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Commentaire de l'article II-80. Égalité en droit », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Tome II-La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 283.

<sup>257</sup> C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 223-224.

<sup>258</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 13<sup>e</sup> éd. Paris, PUF, 2016, p. 415.

<sup>259</sup> E. FASSIN, « Penser la discrimination positive », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 57.

<sup>260</sup> X. MAGNON, « Le juge face aux exceptions. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 259.

traitements inégaux. « Alors que l'égalité toujours rêvée est irréalisable, l'absence de discriminations fondées sur des préjugements arbitraires apparaît comme un objectif réaliste »<sup>261</sup>. Ainsi, selon la Cour de justice, le « principe d'égalité de traitement [...] exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente »<sup>262</sup>. Les différents textes de droit dérivé mettant en œuvre ce principe, s'inspirant souvent des développements jurisprudentiels, ont donné des définitions plus précises des discriminations. Déjà, la directive 76/207 de 1976, désormais abrogée<sup>263</sup>, indiquait dans son deuxième article que « le principe de l'égalité de traitement [...] implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ».

47. Aujourd'hui, les directives en vigueur reprennent cette distinction entre discrimination directe et indirecte<sup>264</sup>, « distinction la plus cruciale »<sup>265</sup> du droit de la non-discrimination. La discrimination directe est *a priori* celle qui pose le moins de difficultés de compréhension, puisque sa définition est homogène entre les différentes bases juridiques. Elle « 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 »<sup>266</sup> (Section 1). Le deuxième type de discrimination peut paraître plus complexe à appréhender. Au-delà du fait que discriminer indirectement est une idée plus insaisissable, la coexistence de deux définitions dans le droit dérivé ajoute une difficulté, contrairement à la discrimination directe. Une des définitions s'applique au motif du sexe et la seconde à tous les motifs de discrimination prohibés restants (Section 2).

---

<sup>261</sup> G. GONZALEZ, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 229.

<sup>262</sup> CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, pt 43 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Vervloet e.a.*, C-76/15, pt 74 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 55.

<sup>263</sup> 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, JOCEE n° L 039 du 14 février 1976, pp. 40-42.

Bien qu'elle ait été abrogée par l'entrée en vigueur de la directive 2006/54/CE, elle a généré la majeure partie de la jurisprudence existante en matière d'égalité entre les sexes et reste donc essentielle dans notre étude.

<sup>264</sup> Définition unique que l'on retrouve dans les directives 2000/78 et 2000/43 à l'article 2 §1 ; dans la directive 2004/113, article 4 §1 ; dans la directive 2006/54, article 2 §1.

<sup>265</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 5.

<sup>266</sup> Directive 2000/78 et directive 2000/43, article 2 §2 a) ; directive 2004/113, article 2 a) ; directive 2006/54 article 2 §1 a) ; directive 2010/41, article 3 a).

## Section 1. L'interdiction de la discrimination directe

48. Le législateur ou toute autorité chargée de prendre une décision ou d'édicter une norme a en premier lieu un devoir d'abstention : en ne discriminant plus les individus, on assure le respect du principe de l'égalité de traitement. Dans cette première approche, la « discrimination positive », comme « rupture de l'égalité formelle à prétention universaliste »<sup>267</sup>, ne peut être regardée qu'avec suspicion, si ce n'est rejetée<sup>268</sup>. L'égalité de traitement par l'abstention implique que le décideur public ou privé n'instaure pas de différences de traitement entre des situations équivalentes, pour quelque raison que ce soit.

49. La définition de la discrimination directe étant homogène d'un texte à l'autre, nous pouvons la traiter de manière globale sans découper l'analyse par rapport aux différents motifs de discrimination combattus. Il faut d'abord expliquer le sens du qualificatif « directe », qui nécessite d'être précisé dès lors que le législateur décide de condamner également la discrimination indirecte<sup>269</sup>. Nous analyserons comment la Cour apprécie et établit l'existence d'un lien direct avec l'un des critères protégés (§1). Ensuite, le principe d'égalité de traitement ne requiert pas que des situations non comparables soient traitées de manière identiques<sup>270</sup>. « L'élément essentiel de la discrimination réside dans le fait [de traiter] de manière inégale plusieurs personnes qui se trouvent dans des situations comparables »<sup>271</sup>. Le juge de l'Union privilégie une approche pragmatique de l'opération de comparaison exigée (§2).

### §1) Le lien direct avec un motif protégé

50. Le lien est qualifié de direct par la Cour de justice dans deux cas. D'abord lorsque la différence de traitement en cause se fonde explicitement sur l'un des motifs de discrimination prohibés (A). Ensuite quand, à défaut d'être explicitement visé, le juge peut déceler que le motif

---

<sup>267</sup> L. BONNARD-PLANCKE, P-Y. VERKINDT, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social*, 2006, p. 968.

<sup>268</sup> Dans le contexte français, Renaud MORTIER émet des critiques virulentes contre la loi imposant un quota de sexe dans les Conseils d'administration des sociétés, en ces termes : « Pour qui croit en la méritocratie, il est bien loin d'être certain que le forçage de la féminisation des conseils d'administration soit une bonne chose [...]. Il s'agit d'évidence d'une discrimination frontale, qui s'inscrit en violation du principe d'égalité ». In « La féminisation forcée des conseils d'administration », *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2011, comm., p. 75.

<sup>269</sup> Evelyn ELLIS et Philippa WATSON vont même jusqu'à écrire : « the ECJ's understanding of the concept of direct discrimination is largely to be gleaned from the way in which it has contrasted it with indirect discrimination », in *EU Anti-Discrimination Law*, 2e éd., New York, Oxford University press, 2012, p. 143.

<sup>270</sup> CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15, pts 70 et 71.

<sup>271</sup> Conclusions de l'avocat général M. Karl ROEMER présentées le 8 février 1956, aff. 7/54 et 9/54.

protégé constitue l'élément déterminant qui fonde la différence de traitement. Bien que le motif ne soit pas explicite, cela n'empêche pas qu'il soit directement visé (B).

### **A) Le motif explicitement visé**

**51.** La Cour de Justice s'intéresse à l'effet discriminatoire produit par le fait de recourir directement à l'un des motifs interdits par l'article 19 du TFUE, de même qu'à la nationalité. Son approche se veut résolument « empirique, catégorielle, soucieuse des situations concrètes et des garanties effectives plus que des grands principes »<sup>272</sup>. L'effet discriminatoire se produit, dans le cas le plus simple, pour les individus concernés par le motif eux-mêmes, c'est-à-dire, les individus appartenant à une certaine catégorie d'âge, étant de l'un des deux sexes, répondant à une caractéristique ethno-raciale, présentant un handicap, pratiquant une religion, par exemple. Il s'agit de la lecture la plus littérale de la définition donnée par les textes de droit dérivé (1). Mais la Cour de justice, déterminée à « appréhender le phénomène discriminatoire dans son caractère multiforme »<sup>273</sup>, a complété son analyse de l'effet discriminatoire par une interprétation extensive de la discrimination directe. Dans le cas de la « discrimination par association »<sup>274</sup>, qui reste un phénomène isolé pour le moment, le motif est toujours explicitement visé mais le traitement défavorable se produit pour une personne qui n'appartient pas à la catégorie apparemment discriminée (2).

#### **1- L'effet discriminatoire pour les individus concernés par le motif**

**52.** Le cas le plus simple et le plus fréquent dans le contentieux est celui où l'utilisation explicite du motif produit un effet défavorable pour les personnes concernées par le motif. Les différents arrêts concernant des mesures nationales prévoyant des modalités de départ à la retraite différents pour les hommes et les femmes constituent une jurisprudence intéressante sur

---

<sup>272</sup> E. DECAUX, « Commentaire de l'article II-81, paragraphe 1, non-discrimination », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, op. cit., p. 289.

<sup>273</sup> S. SLAMA, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, 2003, p. 4.

<sup>274</sup> Selon l'appellation retenue par une partie de la doctrine. Voir S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 263-264 ; M. SCHMITT, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, n° 1, 2009, pp. 41-42 ; A. BOUJEKA, « Le handicap par association », *RDSS*, n° 5, 2008, pp. 865-867 ; A. POPOV, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 mars 2016, consulté le 20 juin 2017, en ligne.

Dans le cadre de la discrimination indirecte : Voir H. PAULIAT, « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 1, 11 Janvier 2016.

le « rayonnement » de l'interdiction de discriminer directement. « Les systèmes de retraites des États membres se caractérisent par de profondes divergences »<sup>275</sup> et l'Union respecte leur liberté de fixer l'âge de départ à la retraite, sans que ni le principe d'égalité des sexes n'y fasse obstacle<sup>276</sup>, ni la non-discrimination fondée sur l'âge<sup>277</sup>. Toutefois, la Cour a fréquemment rappelé que cette liberté doit se concilier avec le respect du droit de l'Union<sup>278</sup>. L'exemption concernant la fixation d'âge de départ à la retraite a donc été interprétée le plus strictement possible<sup>279</sup> et a été le terrain de condamnation pour discriminations directement fondées sur le sexe.

**53.** Une législation autrichienne qui prévoyait que « des seuils différents, s'agissant de l'âge, pour les assurés du régime légal de sécurité sociale selon qu'il s'agit d'hommes ou de femmes sont autorisés », puis précisait que pour les périodes à venir, « l'âge ouvrant droit à la pension de retraite anticipée pour les femmes » serait progressivement relevé de six mois chaque année<sup>280</sup>, a été considérée comme une discrimination directement fondée sur le sexe. Une autre réglementation permettait en effet à un employeur de licencier les salariés éligibles à une pension de retraite. Il y avait donc une différence de traitement directement fondée sur le sexe, résultant de la différence d'âge d'éligibilité à une pension de retraite. Il en fut de même pour une réglementation tchèque accordant une aide aux agriculteurs n'ayant pas atteint l'âge de la retraite, sachant que l'âge légal de départ à la retraite était plus bas pour les femmes que pour les hommes. « Les agricultrices disposaient d'une durée plus réduite pour bénéficier de ce dispositif de financement d'une préretraite »<sup>281</sup>. La Cour, faisant référence aux « principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination »<sup>282</sup>, constata une discrimination directe en fonction du sexe<sup>283</sup>.

**54.** La conséquence de la découverte d'une discrimination est, « aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées », « l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la

---

<sup>275</sup> M. SCHMITT, « Départ à la retraite : l'influence du droit de l'Union européenne », *JDE*, n° 9, 2013, p. 338.

<sup>276</sup> Directive 79/7, article 7, § 1, a).

<sup>277</sup> Directive 2000/78, article 6 §2.

<sup>278</sup> CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, pts 44 à 46 ; CJCE, 4 décembre 2003, *Kristiansen*, C-92/02, pt 31 ; CJCE, 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04, pt 33.

<sup>279</sup> Comme toute dérogation au principe de l'égalité de traitement, l'interprétation est stricte. Voir CJCE, 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04, pt 36 ; CJCE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 39.

<sup>280</sup> CJCE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 6.

<sup>281</sup> J. CAVALLINI, « Différence quant à l'âge légal de départ à la retraite entre hommes et femmes et discrimination en matière d'aide à la préretraite », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 24, 11 juin 2013, p. 1255.

<sup>282</sup> CJUE, 11 avril 2013, *Soukupová*, C-401/11, pt 28.

<sup>283</sup> *Ibid.*, pt 31.

catégorie privilégiée »<sup>284</sup>. Dans le dernier cas, les femmes devaient donc pouvoir percevoir l'aide jusqu'à « l'âge normal » de retraite fixé pour les hommes, tant que la réglementation n'était pas modifiée.

**55.** Nous avons pris ces exemples car, si les États ne pratiquent plus de différences directement fondées sur le sexe aujourd'hui comme ils le faisaient hier<sup>285</sup>, ils le font toujours aisément dans le cadre des retraites<sup>286</sup>. Le fait d'autoriser un départ à la retraite plus précoce pour les femmes est socialement accepté et encore perçu comme une façon de rattraper les désavantages subis par les femmes dans leur carrière, notamment liés à la grossesse et la maternité<sup>287</sup>. Cette dernière constitue d'ailleurs l'argument récurrentement utilisé par les États pour fonder des différences de traitement entre les hommes et les femmes qui, si elles sont légitimes lorsqu'il s'agit de « protéger une femme en raison de sa condition biologique pendant la grossesse et la maternité »<sup>288</sup>, ne le sont pas si elles servent à maquiller des discriminations directement fondées sur le sexe<sup>289</sup>, comme nous le développerons ensuite.

**56.** Le critère de l'âge est en revanche plus massivement utilisé dans les politiques sociales des États membres et ce de manière tout à fait explicite<sup>290</sup>. Ainsi, le contentieux des discriminations liées à l'âge « n'a cessé de croître ces dernières années »<sup>291</sup> devant le juge de l'Union, depuis le premier arrêt de principe *Mangold*<sup>292</sup>, en 2005. Dans cet arrêt déjà, une législation allemande autorisant la conclusion de contrats à durée déterminée avec les salariés ayant atteint l'âge de 52 ans, fut considérée comme directement discriminatoire, le gouvernement allemand ayant échoué à démontrer « que le traitement moins favorable des

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, pt 35 ; CJUE, 22 juin 2011, *Landtová*, C-399/09, pt 51 ; CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, pt 57.

<sup>285</sup> La condamnation de discrimination directe fondée sur le sexe la plus récente porte d'ailleurs sur le cas d'un refus d'octroyer une pension de retraite de l'État à une personne ayant changé de sexe à partir de l'âge de départ à la retraite des personnes du sexe acquis, CJUE, 26 juin 2018, *MB*, C-451/16.

<sup>286</sup> Voir aussi CJUE, 12 septembre 2013, *Kuso*, C-614/11 ; CJCE, 21 juillet 2005, *Vergani*, C-207/04.

<sup>287</sup> Dans l'arrêt CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99 par exemple, la réglementation française ne visait pas les fonctionnaires féminins en général pour accorder une bonification pour calculer l'âge du départ à la retraite, mais le fait d'avoir des enfants pour les femmes. C'est donc les mères qui profitaient de la bonification, les pères étaient exclus.

<sup>288</sup> Voir préambule de la directive 2006/54, pt 24 ; directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JOCE n° L 348 du 28.11.1992, pp. 1-7.

<sup>289</sup> CJUE, 19 octobre 2017, *Otero Ramos*, C-531/15, à propos de la loi organique espagnole 3/2007 pour l'égalité effective entre hommes et femmes, rappelle que « tout traitement moins favorable d'une travailleuse en raison de sa condition de femme allaitante doit être considéré comme tombant dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 2006/54 et constitue, dès lors, une discrimination directe fondée sur le sexe ». Voir aussi CJUE, 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, C-222/14, pt 51 ; CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, C-595/12, pts 41-43.

<sup>290</sup> Voir aussi C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, p. 11.

<sup>291</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>292</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

salariés âgés, en ce qui concerne la stabilité de l'emploi, est objectivement nécessaire à l'insertion professionnelle des salariés concernés »<sup>293</sup>. Depuis, des discriminations directes fondées sur l'âge ont été condamnées par la Cour dans le domaine de la rémunération<sup>294</sup>, variable en fonction de l'âge du recrutement, ou concernant le versement d'indemnités de licenciement dont étaient exclus les travailleurs en âge de percevoir une pension de retraite<sup>295</sup>.

**57.** L'interdiction des discriminations ne fait en principe pas obstacle, comme nous l'avons dit, aux différences de traitement fondées sur l'âge en matière de retraites. Si la jurisprudence qualifie presque toutes les différences de traitement fondées sur le sexe dans ce domaine de discriminations directes, la situation est plus nuancée pour le motif de l'âge. La Cour estime parfois qu'il n'y a pas de discriminations car la différence de traitement est justifiée<sup>296</sup>. À l'inverse elle a pu découvrir une discrimination directe fondée sur l'âge à l'occasion d'un recours en manquement contre la Hongrie, dans un régime « imposant la cessation de l'activité professionnelle des juges, des procureurs et des notaires ayant atteint l'âge de 62 ans »<sup>297</sup>.

**58.** Des cas plus complexes se sont aussi présentés où la détermination du caractère direct par rapport à l'âge était moins évidente. Dans l'arrêt *Hütter* une réglementation autrichienne excluait les périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans dans la prise en compte de l'expérience professionnelle, ce qui jouait sur la détermination du niveau de rémunération de certains agents contractuels de l'État<sup>298</sup>. L'employeur du requérant dans l'affaire au principal estimait qu'il ne pouvait s'agir d'une discrimination, étant donné que la règle « s'applique indistinctement à toute personne, indépendamment de son âge »<sup>299</sup>. En d'autres termes, toute personne qui a accompli un travail avant 18 ans sera traitée de la même manière, quel que soit son âge. La Cour constata d'abord que la réglementation instaurait effectivement une « différence de traitement entre personnes en fonction de l'âge auquel elles ont acquis leur expérience professionnelle », ce qui ne devait pas masquer que le critère prépondérant et explicite était bien l'âge, et non l'expérience professionnelle. Un tel « critère peut aller jusqu'à conduire à une différence de traitement entre deux personnes qui ont suivi les mêmes études et

---

<sup>293</sup> 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.

<sup>294</sup> CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs*, C-297/10 et C-298/10 ; CJUE, 9 septembre 2015, *Unland*, C-20/13.

<sup>295</sup> CJUE, 12 octobre 2010, *Ole Andersen*, C-499/08.

<sup>296</sup> CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07 ; CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, pts 53 à 77.

<sup>297</sup> CJUE, 6 novembre 2012, *Commission / Hongrie*, C-286/12, pt 81.

<sup>298</sup> CJUE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08, pt 11.

<sup>299</sup> *Ibid.*, pt 19.

ont acquis la même expérience professionnelle, et ce exclusivement en fonction de l'âge respectif de ces personnes »<sup>300</sup>.

**59.** La discrimination directe fondée sur la race ou l'origine ethnique a été abordée dans deux arrêts<sup>301</sup> dont l'arrêt *Feryn*<sup>302</sup>, qui fut l'occasion pour la Cour d'énoncer que la discrimination directe peut aussi résulter d'une pratique. En l'occurrence, un directeur d'une société affirmant publiquement qu'il « ne souhaitait pas recruter des personnes dites "allochtones"<sup>303</sup> »<sup>304</sup>. La recherche de « l'efficacité maximale de la lutte contre la discrimination »<sup>305</sup> et le fait qu'une telle déclaration publique 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 », font de cette pratique « une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43 »<sup>306</sup>, « même en l'absence de plaignant identifiable soutenant qu'il aurait été victime de cette discrimination »<sup>307</sup>. L'objectivation de la discrimination directe est totale, le seul fait de viser explicitement un motif, même sans effet discriminatoire identifiable sur un individu, peut entraîner des sanctions au titre de la directive 2000/43.

**60.** Il faut bien comprendre que l'adjectif « direct » ne renvoie aucunement à la victime de la discrimination, mais bien au rapport entre la différence de traitement et le motif. La Cour a d'ailleurs été capable de découvrir une discrimination directe dans la situation où la personne qui estime être désavantagée par la différence de traitement n'est pas elle-même concernée par le motif visé.

## **2- L'effet discriminatoire « par association »**

**61.** Ce cas un peu particulier ne s'est présenté que deux fois, raison pour laquelle les deux arrêts<sup>308</sup> ont eu chacun un fort retentissement. Ils témoignent de l'intérêt porté à l'effet discriminatoire, davantage qu'au formalisme des définitions, afin « d'englober toutes sortes de situations où la victime n'est pas directement visée par les mesures discriminatoires, mais n'en

---

<sup>300</sup> *Ibid.*, pt 38.

<sup>301</sup> L'autre arrêt est CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, dont nous parlerons plus tard.

<sup>302</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07.

<sup>303</sup> « Allochtone » signifie littéralement « terre d'ailleurs ». Le terme est employé par opposition aux autochtones, et signifie donc que l'employeur refuse d'embaucher les personnes d'origine étrangère.

<sup>304</sup> CJUE, 10 juillet 2008, *Feryn*, *op. cit.*, pt 18.

<sup>305</sup> F. MULLER et M. SCHMITT, « Droit social communautaire », *D.*, 2008, p. 3038.

<sup>306</sup> *Ibid.*, pt 25.

<sup>307</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, *op. cit.*, pt 23.

<sup>308</sup> CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06 puis CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14.



est pas moins victime »<sup>309</sup>. Par l'arrêt *Coleman* du 17 juillet 2008<sup>310</sup> d'abord, la Cour de justice a confirmé « son interprétation extensive du concept de discrimination »<sup>311</sup>. La question préjudicielle de la juridiction nationale trouvait son origine dans la contestation de son licenciement par une employée n'était pas elle-même en situation de handicap mais dont l'enfant l'était. La raison du licenciement était néanmoins le handicap de l'enfant. La Cour devait alors répondre à la question de savoir si un tel licenciement, alors que la requérante n'était pas elle-même concernée par le motif de discrimination, pouvait constituer une discrimination directe ou indirecte fondée sur le handicap au sens de la directive 2000/78.

**62.** La tentation de la discrimination indirecte devait être vite écartée, puisque, nous l'avons dit, les adjectifs « indirecte » autant que « directe » se réfèrent à la discrimination elle-même et non à la victime<sup>312</sup>. La discrimination indirecte, comme nous le préciserons, vise des normes ou pratiques d'apparence neutres. Or, le licenciement dans l'arrêt *Coleman* était explicitement motivé par le handicap de l'enfant, il n'y avait donc aucune apparence de neutralité. Si la Cour entendait condamner une telle pratique, ce qui s'imposait au nom de l'efficacité de la lutte contre les discriminations recherchée par la directive, il ne lui restait qu'une option : trouver le moyen de la faire entrer dans la définition de la discrimination directe.

**63.** « L'analyse téléologique et la théorie de l'effet utile corroborent cette solution »<sup>313</sup> originale dégagée par la Cour de justice<sup>314</sup>. Elle affirme que « le fait que la directive [...] comporte des dispositions visant à tenir compte spécifiquement des besoins des personnes handicapées ne permet pas de conclure que le principe de l'égalité de traitement qu'elle consacre doit être interprété de manière restrictive, c'est-à-dire comme interdisant uniquement les discriminations directes fondées sur le handicap et visant exclusivement les personnes handicapées elles-mêmes »<sup>315</sup>. La Cour ajoute que, si « la personne qui a fait l'objet d'une discrimination directe fondée sur le handicap n'est pas elle-même handicapée, il n'en demeure

---

<sup>309</sup> A. POPOV, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 mars 2016, consulté le 11 juillet 2018.

<sup>310</sup> CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06.

<sup>311</sup> M. SCHMITT, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, n° 1, 2009, p. 41.

<sup>312</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 57 : « Tandis que la discrimination indirecte concerne le lien d'une action particulière avec un motif particulier de discrimination, la discrimination par association concerne le lien avec la personne qui se plaint de discrimination »

<sup>313</sup> M. SCHMITT, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, 2009, p. 41.

<sup>314</sup> CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, *op. cit.*, pts 38 et 48.

<sup>315</sup> *Ibid.*, pt. 43.

pas moins que c'est bien le handicap qui, selon Mme Coleman, constitue le motif du traitement moins favorable dont elle allègue avoir été la victime »<sup>316</sup>. La discrimination est un phénomène objectivé par la Cour, dans le sens où il est répréhensible dès lors qu'il repose sur un des critères listés par les directives, peu importe la qualité et les caractéristiques de la victime. Le fait que la différence de traitement se fasse bien *en fonction* du motif prohibé suffit à ce que la Cour y voie la possibilité d'une discrimination directe. Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Coleman* a été salué par la doctrine comme audacieux et consacrant à demi-mots la « discrimination par ricochet »<sup>317</sup> ou « par association »<sup>318</sup>. « La démarche de la [Cour] est orthodoxe, s'en tenant à la liste des facteurs de discrimination fournie par les textes interprétés, mais aussi ouverte en ce qu'elle repose sur une lecture extensive de la portée *ratione personae* de ces textes »<sup>319</sup>, alors même qu'elle a posé une définition précise du handicap dans l'arrêt *Chacon Navas*<sup>320</sup>. Le droit de la non-discrimination profite donc « aux personnes handicapées et à leurs proches »<sup>321</sup>.

**64.** Cet élargissement *ratione personae* de la discrimination fondée sur le handicap a naturellement posé la question de sa transposabilité aux autres motifs. Si c'est le handicap qui constitue bien le critère protégé et non les personnes atteintes d'un handicap elles-mêmes, doit-on considérer par analogie qu'il en va de même pour tous les motifs ? Déjà, l'utilisation de formulations générales dans l'arrêt *Coleman* le suggérait : « l'égalité de traitement consacrée par la directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminées, mais en fonction des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> »<sup>322</sup>, c'est-à-dire tous les motifs de la directive

---

<sup>316</sup> *Ibid.*, pt 50.

<sup>317</sup> Pour une analyse dans le droit français : S. DETRAZ, « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal* n° 6, juin 2008, étude 10.

<sup>318</sup> C'est l'expression de l'avocat général M. M. POIARES MADURO dans ses conclusions présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, pt 19 : « C'est pour cette raison que, même s'il fallait se rallier au point de vue du gouvernement du Royaume-Uni, selon lequel la discrimination par association se situe manifestement hors de la portée de l'interdiction de la discrimination indirecte, cela ne signifie aucunement qu'elle échappe aussi à l'interdiction de la discrimination directe et du harcèlement. Au contraire, le fait de comprendre la discrimination par association dans le champ d'application de cette dernière interdiction est la conséquence naturelle du mécanisme d'exclusion qui caractérise le fonctionnement de celle-ci ».

Pt 20 : « Le cas de Mme Coleman est une affaire de discrimination directe. Ainsi qu'il ressort clairement de la demande de décision préjudicielle, Mme Coleman ne se plaint pas des incidences qu'une mesure a priori neutre aurait eues pour elle, en tant que mère d'un enfant handicapé qui reçoit principalement des soins de celle-ci. Elle reproche, en revanche, à son employeur de s'en être pris particulièrement à elle et de l'avoir prise pour cible à cause précisément de son enfant handicapé ».

<sup>319</sup> A. BOUJEKA, « Le handicap par association », *RDSS*, n° 5, 2008, p. 865.

<sup>320</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, pt 43. Cette question sera étudiée plus tard, voir §§ 676 et s.

<sup>321</sup> A. BOUJEKA, « Le handicap par association », *RDSS*, n° 5, 2008, p. 865.

Les « aménagements raisonnables » en vertu de l'article 5 de la directive 2000/78 vise en effet les « besoins dans une situation concrète » d'une « personne handicapée », ce qui signifie *a priori* que cette obligation ne s'applique que pour les personnes directement touchées par le handicap.

<sup>322</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, *op. cit.*, pts 38 et 50.

2000/78. La transposabilité de la discrimination par association a été confirmée pour la directive 2000/43 et le motif de la race ou l'origine ethnique<sup>323</sup> à l'occasion l'arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* en 2015<sup>324</sup>.

65. En l'espèce, la personne qui invoquait une discrimination fondée sur l'origine ethnique Rom n'appartenait pas elle-même à cette communauté, mais vivait dans un quartier majoritairement peuplé par des Roms. La Cour estime que le fait que la différence de traitement ait bien été opérée en fonction d'une origine ethnique particulière<sup>325</sup> suffit à se placer dans la logique de la discrimination directe, sans considération encore une fois pour le fait que la personne traitée moins favorablement appartienne effectivement ou non à l'ethnie discriminée. Même si le cas est un peu différent de celui de l'arrêt *Coleman*, on peut imaginer par exemple qu'une personne discriminée en raison de l'origine ethnique de son conjoint serait victime d'une discrimination qualifiée de directe. Le juge se concentre toujours sur l'effet discriminatoire de la mesure<sup>326</sup> et sur son lien avec l'identité de la victime qui n'est pas une donnée importante, tant qu'une discrimination est révélée. Ainsi, un « environnement discriminatoire et dégradant »<sup>327</sup> peut porter préjudice aux personnes qui ne sont pas elles-mêmes concernées par le motif de discrimination.

66. La discrimination directe offre donc un plus grand nombre de potentialités qu'il n'y paraît au premier abord. La Cour a également opté pour une interprétation extensive de la discrimination directe dans le cas de l'absence de tout motif exprimé. Étant donné que la discrimination directe est totalement détachée de tout élément intentionnel, elle peut se produire même lorsque le motif n'est pas explicite.

---

<sup>323</sup> S. BENEDI LAHUERTA, « Ethnic Discrimination, Discrimination by Association and the Roma Community: CHEZ », *Common Market Law Review*, vol. 53, n° 3, pp. 797–817 ; F. BENOÎT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Discrimination fondée sur l'origine ethnique (art. 21 de la Charte) », *RTDE*, n° 2, 2016, p. 362.

<sup>324</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14.

<sup>325</sup> *Ibid.*, pt 56 : la directive « a vocation à bénéficier également aux personnes qui, bien que n'appartenant pas elles-mêmes à la race ou à l'ethnie concernée, subissent néanmoins un traitement moins favorable ou un désavantage particulier pour l'un de ces motifs ».

<sup>326</sup> Conclusions présentées par l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT le 12 mars 2015, aff. C-83/14, pt 59. Elle développe l'exemple suivant qui est exactement une discrimination par association : « Imaginons qu'un groupe de six personnes souhaite se rendre dans un restaurant pour y déjeuner en commun, et qu'il n'obtienne pas de table en raison de la couleur de la peau de l'une d'entre elles. Il est manifeste que cet incident raciste ne saurait être considéré comme discriminatoire uniquement envers la personne concernée à titre principal, mais que les cinq autres personnes sont également victimes d'une discrimination par association. En effet, en raison de ce motif raciste, aucune d'entre elles n'est servie au restaurant ».

<sup>327</sup> *Ibid.*, pt 60.

## **B) Le motif non-explicité**

67. Dans la directive 2000/43, la discrimination directe se produit quand le traitement est moins favorable « *pour des raisons* de race ou d'origine ethnique », dans les directives 2004/113 et 2006/54, c'est « *en raison* de son sexe » que l'individu doit avoir été défavorisé et dans la directive 2000/78, c'est « *sur la base* de l'un des motifs » visés<sup>328</sup>. Ces trois formulations, proches en français et identiques en anglais<sup>329</sup>, ne donnent pas beaucoup d'éléments pour déterminer si, en dehors des cas où le critère est explicitement présent dans la mesure ou la pratique, une discrimination peut ou non être qualifiée de directe. Ainsi la Cour s'est-elle autorisée à ne pas se limiter à ce seul cas de figure.

68. En procédant à un tel élargissement, la Cour a parfois rendu très ténue la frontière entre discrimination directe et indirecte. Les juges semblent vouloir conférer à la discrimination directe la plus large portée possible, pour des raisons que nous expliqueront par la suite, par rapport à la discrimination indirecte, qui apparaît comme plus restrictive dans son sens. La Cour peut qualifier de discrimination directe des situations où le critère utilisé est indissociablement lié au motif protégé (1), ou lorsqu'une pratique n'explique pas sa motivation mais que celle-ci est manifestement un motif interdit (2).

### **1- La discrimination directe par critère indissociablement lié**

69. Cette première situation est celle où le critère utilisé par l'autorité normative n'est pas le motif protégé mais il produit le même résultat, à savoir traiter moins favorablement une catégorie protégée. Ici la frontière se brouille avec la discrimination indirecte du fait que c'est un autre critère que celui qui est prohibé qui est utilisé. Déjà, dans le cadre de son interprétation de la directive 76/207, la Cour avait décidé que constituait une discrimination directement fondée sur le sexe le fait de traiter différemment une femme en raison de sa grossesse. Le raisonnement est simple : les hommes ne pouvant pas être concernés par cet état et bien que toutes les femmes ne le soient pas nécessairement, *seules* les femmes peuvent potentiellement subir un traitement moins favorable qui aurait comme seul motif la grossesse. La Cour a ainsi qualifié le licenciement<sup>330</sup> et le refus d'embauche<sup>331</sup> en raison de la grossesse de discriminations directes. La Cour a eu l'occasion de montrer que la plupart des motifs étaient possiblement

---

<sup>328</sup> Souligné par nous.

<sup>329</sup> Dans les versions anglaises des textes, l'expression est systématiquement « on the grounds of ».

<sup>330</sup> CJCE, 8 novembre 1990, *Hertz*, C-179/88.

<sup>331</sup> CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88.

concernés par une telle analyse. Par exemple, fonder une différence de traitement sur le fait d'être éligible à la pension de retraite aboutit à une discrimination directe fondée sur l'âge, puisque l'éligibilité à la pension de retraite *ne dépend que de l'âge*<sup>332</sup>.

70. L'orientation sexuelle peut aussi être directement visée à l'occasion de différences de traitement fondées sur le statut de l'union du couple, mariage ou partenariat. Mais cette jurisprudence est complexe, voire énigmatique. Lorsque la législation d'un État n'autorise pas le mariage entre les personnes de même sexe mais ouvre pour eux une autre forme légale de partenariat, il est fréquent qu'elle établisse des différences entre les régimes de ces deux types d'union. *A priori*, la différence de traitement est fondée sur le critère du statut juridique de l'union et non sur celle de l'orientation sexuelle des individus. Un tel critère, qui a généralement pour but de favoriser les personnes mariées, semble davantage relever de la définition de la discrimination indirecte<sup>333</sup> que directe.

71. Pourtant, dans les arrêts *Maruko*<sup>334</sup> et *Hay*<sup>335</sup>, la Cour a posé le principe que toute réglementation « n'ouvrant le droit à des avantages en termes de rémunération ou de conditions de travail qu'aux travailleurs mariés, alors que le mariage n'est légalement possible dans cet État membre qu'entre personnes de sexe différent, crée une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle à l'encontre des travailleurs salariés homosexuels titulaires d'un PACS qui se trouvent dans une situation comparable »<sup>336</sup>. En d'autres termes, un tel critère est indissociablement lié à l'orientation sexuelle si par ailleurs la législation nationale refuse le mariage aux couples de même sexe. Il faut considérer que cette « jurisprudence se limite sans doute à des cas où un motif neutre conduit avec certitude à une discrimination »<sup>337</sup>, qui révèle l'absence totale de neutralité d'un tel critère et permet donc de se placer sur le registre de la discrimination directe.

72. L'arrêt *Römer*, intervenu entre les deux précédents, a cependant introduit une incertitude<sup>338</sup>. L'une des questions posées était précisément de savoir si l'utilisation d'un tel critère était constitutive d'une discrimination directe ou indirecte<sup>339</sup>. La Cour, conformément à l'arrêt *Maruko*, conclut qu'il s'agit bien d'une discrimination directe fondée sur l'orientation

---

<sup>332</sup> CJUE, 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, pt 46.

<sup>333</sup> Article 2 § 1 c) de la directive 2000/78.

<sup>334</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06.

<sup>335</sup> CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12.

<sup>336</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, pt 73 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12, pt 41.

<sup>337</sup> T. AUBERT-MONPEYSSEN, N. MOIZARD, « Égalité : des exigences trop fortes ? », *RDT*, 2012, p. 128.

<sup>338</sup> Qui confirme la solution déjà dégagée dans l'arrêt CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06.

<sup>339</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08.

sexuelle<sup>340</sup>. Toutefois, la Cour prend en compte dans son analyse le fait que, dans le contexte juridique national, non seulement le mariage était réservé aux personnes de sexes différents, mais en plus le partenariat de vie était réservé aux personnes de même sexe<sup>341</sup>. Dans un tel contexte, l'on se rapproche effectivement de la logique de la discrimination fondée sur l'état de grossesse, qui ne peut concerner *que* des femmes, sans les concerner toutes. Si le partenariat est réservé aux couples de même sexe, la différence de traitement ne concernera *de facto* que les couples de même sexe, sans concerner ceux qui n'auraient pas enregistré de partenariat. L'arrêt *Hay* revenant à l'interprétation de *Maruko*, puisqu'il n'exige pas que le partenariat soit réservé aux couples de même sexe, laisse à penser qu'il ne s'agissait qu'il s'agit d'un égarement ponctuel et non d'une condition supplémentaire. Le fait que le mariage soit réservé aux personnes hétérosexuelles suffit.

73. D'un point de vue purement juridique, cette position est regrettable. Considérer que le critère du statut de l'union est *in abstracto* constitutif d'une discrimination directe, tant que les couples mariés et pacsés sont placés dans une situation comparable, n'est pas très rigoureux par rapport aux définitions des deux types de discriminations. Quand le partenariat n'est pas réservé aux couples homosexuels, le fait est que des couples hétérosexuels pacsés subiront la différence de traitement, probablement dans une moindre proportion. D'ailleurs, dans l'arrêt *Nikoloudi*<sup>342</sup>, l'on apprenait que si le critère de l'emploi à temps partiel est plutôt de nature à faire suspecter une discrimination indirectement liée au sexe, il peut être à l'origine d'une discrimination directe si la législation réserve en pratique le travail à temps partiel aux seules femmes<sup>343</sup>. Entre les arrêts *Nikoloudi*, *Römer* et la jurisprudence sur le motif de la grossesse, il y a une logique claire, on se concentre sur le fait que l'effet discriminatoire ne porte *de facto* que sur des individus appartenant à la catégorie protégée, à titre exclusif. Dans les arrêts *Maruko* et *Hay*, si le partenariat est aussi ouvert aux couples de sexes différents, alors la seule démonstration valable devrait être celle d'un *désavantage particulier* pour les couples de même sexe, s'ils sont exclus du mariage. La discrimination devrait alors n'être qu'indirecte.

---

<sup>340</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, pt 42.

<sup>341</sup> *Ibid.*, pt 52.

<sup>342</sup> CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02.

<sup>343</sup> *Ibid.* pt 36 : « [...] le critère d'emploi à plein temps, en tant que condition préalable à la titularisation, tout en étant apparemment neutre quant au sexe du travailleur, revient à exclure une catégorie de travailleurs qui, en vertu des règles nationales ayant force de loi, ne peut être composée autrement que de femmes. Dès lors qu'un tel critère ne rend pas incomparable, au regard de la titularisation, deux situations qui sont, pour le reste, comparables, il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ».

## 2- La discrimination directe fondée sur le mobile de l'auteur

74. Toujours parce que la différence de traitement se fait *en fonction* du motif prohibé, la Cour a ouvert la possibilité avec l'arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* de fonder une discrimination directe sur les motivations manifestes de l'auteur de la différence de traitement<sup>344</sup>, sans toutefois trancher elle-même la question en l'espèce. La pratique en cause avait ceci de singulier que son auteur n'avait pas exprimé son mobile. La différence de traitement pouvait se constater aisément mais il n'y avait aucune explication de l'auteur.

75. En cause au principal se trouvait la pratique d'un fournisseur d'électricité bulgare consistant à placer les compteurs électriques des abonnés d'un quartier peuplé en majorité d'individus d'origine rom à une hauteur de sept mètres, sur les piliers en béton du réseau électrique. Dans les autres quartiers de la ville, les compteurs étaient placés à une hauteur accessible pour les habitants. L'avocate générale Juliane Kokott proposait à la Cour de qualifier une telle pratique de discrimination indirecte, puisqu'elle produisait un désavantage particulier pour les Roms<sup>345</sup>. Pour elle, « ni la décision de renvoi ni les observations présentées par les parties ne fournissent d'éléments concrets susceptibles d'indiquer que la pratique litigieuse soit choisie précisément en raison de l'origine ethnique des habitants de Gizdova Mahala ou se rattache à une particularité indissociable de leur origine ethnique ». Elle renvoie ici aux deux cas que nous avons vus précédemment : la discrimination directe parce qu'elle est explicite ou parce qu'elle est fondée sur un critère indissociablement lié. Elle voit deux impossibilités à reconnaître une discrimination directe. D'abord le fait que la pratique litigieuse ne concerne pas *exclusivement* les Roms, en se fondant sur la jurisprudence passée sur les femmes enceintes<sup>346</sup>, ensuite, le fait qu'il n'y ait aucun motif exprimé.

76. De manière surprenante, la Cour de justice ne suit pas les conclusions de l'avocate générale et s'engage plutôt dans la voie de la discrimination directe. Elle précise « qu'il suffit, pour qu'il existe une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/43, que [l']origine ethnique ait *déterminé la décision* d'instituer ledit traitement »<sup>347</sup>. Elle se fonde sur le fait que la juridiction a relevé que la pratique litigieuse est, de manière constante et incontestée, observée dans les quartiers « notoirement peuplés

---

<sup>344</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*

<sup>345</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT, présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14.

<sup>346</sup> *Ibid.*, pts 86-87.

<sup>347</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 76. Nous soulignons.

majoritairement de ressortissants bulgares d'origine rom »<sup>348</sup>. La Cour conclut que, s'il est établi par la juridiction que la pratique a été « instituée et/ou maintenue pour des raisons liées à l'origine ethnique »<sup>349</sup>, il faudrait la qualifier de discrimination directe, ce qu'elle ne fait pas elle-même<sup>350</sup>. Celle-ci « ne suppose plus que l'auteur de la discrimination stigmatise ouvertement sa victime du doigt en lui faisant savoir que c'est son origine ethnique qui lui pose problème »<sup>351</sup>. En fait, même si les conclusions de l'avocate générale étaient convaincantes, la solution proposée par la Cour repose davantage sur une interprétation littérale de la discrimination indirecte que sur une volonté d'élargir à l'infini la discrimination directe. L'interprétation de la discrimination directe revient presque à lui donner pour fonction de qualifier toute situation qui n'est pas une discrimination indirecte mais produit un effet discriminatoire.

**77.** La discrimination indirecte suppose l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique en apparence neutre, c'est-à-dire qui serait justifiée par des éléments étrangers au motif protégé<sup>352</sup>. Mais encore faut-il que de tels éléments existent ou soient au moins imaginables. Dans l'affaire *CHEZ*, la possibilité de justifier la différence de traitement d'une quelconque manière que ce soit, autrement que par la discrimination ethnique, fait défaut. C'est en raison du mobile, ou plutôt l'absence de mobile « en apparence neutre », que la Cour propose la qualification de discrimination directe davantage que de discrimination indirecte<sup>353</sup>.

**78.** La deuxième étape de l'analyse d'une différence de traitement directe est celle de la recherche du comparateur mieux traité<sup>354</sup>. « L'opération intellectuelle de comparaison »<sup>355</sup> n'est pas une spécificité de la discrimination directe, contrairement à ce que l'on vient de développer. Elle est absolument fondamentale dans la lutte contre toutes les formes de discrimination<sup>356</sup>. Le

---

<sup>348</sup> *Ibid.*, pt 81.

<sup>349</sup> *Ibid.*, pt 91.

<sup>350</sup> F. BENOIT-ROHMER, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Discrimination fondée sur l'origine ethnique (art. 21 de la Charte) », *op. cit.* : « la Cour reste prudente et ne se prononce pas sur la nature de la discrimination en cause ».

<sup>351</sup> A. POPOV, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *op. cit.*

<sup>352</sup> La discrimination indirecte sera présentée en détails dans la section suivante.

<sup>353</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 105 : la Cour laisse la possibilité au cas où la juridiction nationale conclurait qu'il ne s'agit pas d'une discrimination directe qu'elle puisse reconnaître qu'il s'agit d'une discrimination indirecte.

<sup>354</sup> O. LECLERC, « Égalité des personnes et modes de preuve », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 84 : « dès lors qu'un salarié entend prouver une discrimination [...] se pose au premier chef la question de savoir comment constituer l'échantillon de comparaison au regard duquel confronter sa situation ».

<sup>355</sup> R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Paris, LGDJ, 2003, p. 423.

<sup>356</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle aussi « que la discrimination découlait du fait de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable des situations comparables ». Voir CEDH, 20 juin



juge de l'Union développe une approche pragmatique de la comparabilité des situations dans le cadre de la discrimination directe, mais cette méthode est transposable puisque la discrimination indirecte « suppose également une comparaison concrète »<sup>357</sup>.

## §2) L'approche pragmatique de l'opération de comparaison

79. La discrimination est détectable grâce à cet exercice de *mise en rapport* de deux choses, qui comporte trois aspects déterminants. D'abord il faut identifier le « périmètre de comparaison »<sup>358</sup>, c'est-à-dire les situations que l'on compare<sup>359</sup>, ensuite le critère « qui oriente le regard du "comparatiste" »<sup>360</sup> et enfin, la méthode selon laquelle on compare. La question du critère est en principe réglée puisque c'est en fonction de l'un des motifs de discrimination interdits que s'effectue l'opération de comparaison. La Cour exige une appréciation concrète des situations comparées, car il est « impossible de déterminer *a priori* en quoi consistent la similarité et la singularité »<sup>361</sup>. (A). L'objectif de cette approche concrète des situations est de révéler s'il y a ou non une comparabilité des situations, « élément déterminant »<sup>362</sup> pour conclure à « l'existence d'une violation du principe d'égalité de traitement »<sup>363</sup> (B).

---

2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, §71 et CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48. La Cour précise bien « toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation [...]. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel ». Voir aussi CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, § 49 ; CEDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, n° 21319/93, 21449/93, 21675/93, § 88.

<sup>357</sup> M. SWEENEY, « La diversité des sources de l'exigence d'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 45.

<sup>358</sup> G. AUZERO, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Droit social*, 2006, p. 822.

<sup>359</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., § 45 : « l'élément central de la réflexion égalitaire est la notion de situation ».

<sup>360</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges : essai en droit social*, Toulouse, Editions l'Épilogue, 2016, p. 39.

<sup>361</sup> R. HERNU, « Le juge communautaire », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 263.

<sup>362</sup> H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, n° 57, 2004, p. 141.

<sup>363</sup> Arrêt CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, op. cit., pt 56 ; CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O.*, C-432/14, pt 31 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, pt 89 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 25.

## A) La méthode : l'appréciation concrète des situations

**80.** Idéalement, il faudrait parvenir à une objectivité totale dans l'appréciation de la situation de l'individu moins bien traité (1). Ensuite, dans le cas le plus courant qui se présente aux juges, le comparateur est identifiable aux fins de l'opération de comparaison (2).

### 1- La recherche de l'objectivité

**81.** Les exigences posées découlent du principe général d'égalité de traitement, quels que soient le motif et le texte par rapport auxquels la situation est contrôlée<sup>364</sup>. Le juge a donné plusieurs indications. D'abord, la comparabilité des situations doit être appréciée « au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent »<sup>365</sup>. Ensuite, l'examen « doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète, au regard de l'objet et du but de la réglementation nationale qui institue la distinction en cause »<sup>366</sup>. « Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève cet acte »<sup>367</sup>. Un bon exemple des implications d'une telle approche se trouve dans l'arrêt *Test-Achats*, où le Conseil exprimait justement « ses doutes sur le point de savoir si les situations des assurés de sexe féminin et de sexe masculin, dans le cadre de certaines branches de l'assurance privée, peuvent être considérées comme étant comparables, étant donné que, du point de vue de la technique des assureurs, qui classent les risques sur la base des statistiques en catégories, les niveaux de risque assuré sont susceptibles d'être différents chez les femmes et les hommes »<sup>368</sup>. C'est en analysant le but poursuivi par la directive 2004/113, qui est notamment « l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, [...] en matière de primes et de prestations »<sup>369</sup> dans le secteur assurantiel, que la Cour a pu invalider la différence de traitement en cause.

**82.** Cette appréciation *in concreto* implique de prendre en compte la cohérence de la réglementation en cause, mais également le contexte national dans lequel elle s'inscrit,

---

<sup>364</sup> Voir CJCE, 9 octobre 1977, *Ruckdeschel e.a.*, 117/76 et 16/77, pt 8 ou encore CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, *op. cit.*, pts 23-26.

<sup>365</sup> Arrêt CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pt 56 ; CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O.*, C-432/14, pt 31 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, pt 89 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 25.

<sup>366</sup> CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15, pt 69 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 57 ; CJUE, 26 juin 2018, *MB*, --451/16, pt 42. Voir aussi CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, *op. cit.*, pt 42 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12, pt 33 ; CJUE, 15 mai 2014, *Szatmári Malom*, C-135/13, pt 67, CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O.*, *op. cit.*, pt 32.

<sup>367</sup> CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15, pt 69, CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 26.

<sup>368</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et autres*, C-236/09, pt 27.

<sup>369</sup> *Ibid.*, pt 30.

particulièrement lorsqu'il ne s'agit pas d'une réglementation mais d'une pratique<sup>370</sup>. L'arrêt *Johnston* de 1986 montre le niveau d'exigence du juge de l'Union en la matière. Une juridiction irlandaise avait saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation de la directive 76/207. L'affaire en cause au principal portait sur une décision du chef de la police d'exclure les effectifs féminins des tâches de police nécessitant le port d'armes à feu. Par conséquent, les femmes ne recevaient « pas de formation au maniement et au tir d'armes à feu »<sup>371</sup>. La question était celle de savoir si, face au maniement des armes à feu, les policiers et policières étaient placés dans une situation comparable, ou si le sexe pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante permettant de fonder une différence de traitement<sup>372</sup>.

**83.** Les justifications de l'autorité irlandaise étaient marquées par une vision différentialiste des sexes qui paraît, aujourd'hui, fort peu compatible avec l'égalité de traitement. « Si les femmes étaient équipées d'armes à feu, elles risqueraient de devenir plus fréquemment des cibles d'attentats et leurs armes pourraient tomber dans les mains de leurs assaillants, [...] le public percevrait mal le port d'armes par des femmes, lequel serait trop en contradiction avec l'idéal d'une police non armée » et « des femmes armées seraient moins efficaces que dans les activités de police du domaine social en contact avec les familles et les enfants pour lesquelles leurs services seraient particulièrement appréciés »<sup>373</sup>. Pourtant, la Cour prit en compte ce contexte social particulier pour justifier l'absence de comparabilité des situations, parce que « les conditions d'exercice de certaines activités de police » ne seraient effectivement pas les mêmes pour les hommes et les femmes<sup>374</sup>. Elle imposa tout de même à l'État « d'examiner périodiquement les activités en cause en vue d'apprécier si, compte tenu de l'évolution sociale, la dérogation au régime général de la directive peut encore être maintenue »<sup>375</sup>. Ainsi l'appréciation *in concreto* de la différence de traitement permet d'exclure la qualification de discrimination directe, faute de comparabilité des situations, si discutable qu'elle soit.

---

<sup>370</sup> CJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.* : la pratique en cause ne pouvait avoir comme but *que* de traiter différemment les personnes en raison de leur appartenance à une ethnie particulière.

<sup>371</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, pt 4.

<sup>372</sup> *Ibid.*, pt 32 : « la Commission estime qu'en raison de ses conditions d'exercice, mais non en raison de sa nature, l'activité de policier armé pourrait être considérée comme une activité pour laquelle le sexe est une condition déterminante ».

<sup>373</sup> *Ibid.*, pt 35.

<sup>374</sup> *Ibid.*, pt 37.

<sup>375</sup> *Ibid.*

**84.** Dans le cadre complexe des discriminations alléguées sur le fondement de l'orientation sexuelle dans des États refusant le droit au mariage aux personnes de même sexe mais leur autorisant le partenariat, la Cour a fourni des précisions assez grandes. Dans les arrêts *Maruko* et *Römer* que nous avons évoqués, la Cour a posé une double exigence pour mener la comparaison. D'abord, il ne s'agit pas de faire une « comparaison globale du mariage et du partenariat de vie » dans le droit national, mais de déterminer les objectifs de la différence de traitement instaurée par la législation nationale et s'il existe une volonté d'assimilation des deux régimes<sup>376</sup>. Là encore, il faut tenir compte de la cohérence ainsi que du but de la réglementation dans laquelle s'inscrit la différence de traitement. De la même manière, il vaut mieux se focaliser sur les « droits et obligations des époux mariés et des partenaires de vie [...] qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions » de la différence de traitement en cause au principal<sup>377</sup>. Il est donc attendu de la juridiction nationale qu'elle entre dans un degré de détails importants au stade de l'opération de comparaison, afin que celle-ci soit la plus objective possible<sup>378</sup>. Cette objectivité est renforcée par l'identification d'un comparateur concret.

## **2- La recherche d'un comparateur identifiable**

**85.** L'octroi d'un « droit individuel à l'égalité de traitement »<sup>379</sup> implique *a priori* la comparaison entre deux individus. Dans le meilleur des cas, ils sont identifiables concrètement et précisément. Dans l'affaire *O.* par exemple, la Cour explique bien que la situation de l'étudiant « ayant conclu un contrat de travail à durée déterminée pour une période comprise dans leurs vacances scolaires ou universitaires » doit être comparée avec celle « des autres catégories de travailleurs éligibles à l'indemnité de fin de contrat »<sup>380</sup>. Le juge pourra ensuite déterminer s'il existe bien un traitement « moins favorable »<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, *op. cit.* : voir l'analyse du droit allemand effectuée par la juridiction dont émanait la demande de décision préjudicielle, selon laquelle un rapprochement progressif du régime mis en place pour ce partenariat avec celui applicable au mariage existait en droit allemand. Elle mettait en exergue que ledit partenariat était assimilé au mariage pour ce qui concerne la pension de veuve ou de veuf.

<sup>377</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, *op. cit.*, pt 43.

<sup>378</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, § 79 « Le caractère primordial du critère choisi pour établir la comparaison sera alors son caractère objectif ».

<sup>379</sup> Expression récurrente de la Cour, par exemple dans : CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pts 21 et 22 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 32 ; CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, pt 20 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 39 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 24.

<sup>380</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O.*, C 432/14, pt 37.

<sup>381</sup> Article 2 §2 b) de la directive 2000/78

**86.** Néanmoins, « le choix du "bon" comparateur » ne se révèle pas toujours sans difficulté<sup>382</sup>. Il a donc fallu imaginer des « techniques de comparaison des situations particulièrement audacieuses »<sup>383</sup> pour les cas plus complexes. Identifier le comparateur est rendu plus aisé<sup>384</sup> par le « fait que la comparabilité des situations peut être appréhendée de façon diachronique »<sup>385</sup>. En d'autres termes, le comparateur n'est pas nécessairement simultané par rapport au comparé (a). Il n'est pas nécessairement constant non plus (b).

*a- Un comparateur asynchrone*

**87.** Le comparateur n'est pas nécessairement actuel ou simultané. C'est le sens de l'expression « ne l'a été » dans la définition donnée par les directives, qui ne fait que reprendre des éléments déjà dégagés par la Cour de justice. En 1980, cette dernière avait déjà précisé, en interprétation du principe d'égalité de rémunération entre les travailleurs, que « le critère décisif [...] consiste à établir s'il existe une différence de traitement entre un travailleur masculin et un travailleur féminin accomplissant un "même travail" [...]. On ne saurait restreindre, par l'introduction d'une exigence de simultanéité, la portée de cette notion, qui est de caractère purement qualitatif, en ce qu'elle s'attache exclusivement à la nature des prestations de travail en cause »<sup>386</sup>. Et d'en conclure que « le principe d'égalité s'applique dans le cas où il est établi qu'un travailleur féminin, eu égard à la nature de ses prestations, a reçu une rémunération moindre que celle que percevait un travailleur masculin employé antérieurement à la période d'engagement de l'agent féminin et qui effectuait le même travail pour son employeur »<sup>387</sup>. Cela étant précisé, le choix comparateur présent ou passé peut tout de même s'avérer d'une grande complexité dans certains cas.

**88.** Dans l'affaire *D.* du 18 mars 2014<sup>388</sup>, la Cour était interrogée sur la directive 2006/54 et sur le principe d'égalité de traitement entre les sexes, parce qu'une autorité britannique avait refusé d'accorder un congé de maternité à une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à

---

<sup>382</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 230.

<sup>383</sup> R. HERNU, « le juge communautaire », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 305.

<sup>384</sup> Voir S. MIDDLEMISS, « Shall I compare thee? The legal dilemma: the choice of comparators in discrimination cases », *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 4, 2000, pp. 293-317.

<sup>385</sup> Rapport d'information n° 252 (2007-2008) de Mme Christiane HUMMEL, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 1er avril 2008, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/r07-252/r07-252\\_mono.html](https://www.senat.fr/rap/r07-252/r07-252_mono.html). Consulté le 18 décembre 2017. La délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes a souhaité être saisie du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

<sup>386</sup> CJCE, 27 mai 1980, *Macarthy / Smith*, C-129/79, pt 11.

<sup>387</sup> *Ibid.*, pt 13.

<sup>388</sup> CJUE, 18 mars 2014, *D.*, C-167/12.

une convention de mère porteuse. L'affaire se révéla épineuse sur la question du comparateur pertinent à utiliser. Faut-il comparer la mère commanditaire à une femme après sa grossesse ou aux individus exclus du congé de maternité à défaut de grossesse ? La Cour établit que la protection accordée *via* le congé de maternité vise bien « la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante [qui] se trouve dans une situation spécifique de vulnérabilité » et qu'« elle ne peut être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui bénéficie d'un congé de maladie »<sup>389</sup>. Ainsi l'attribution du congé « suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant »<sup>390</sup>. Dès lors, la Cour conclut que, le comparateur pertinent étant bien l'homme commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, il n'y a dès lors pas de discrimination directe<sup>391</sup>. La proximité des situations vécues doit être le guide du juge dans sa recherche du comparateur, qu'importe où il se situe dans le temps.

#### *b- Un comparateur inconstant*

**89.** La Cour a reconnu que la discrimination fondée sur le changement de sexe faisait partie d'une interprétation extensive du motif du sexe<sup>392</sup>, protégé par le Traité et les directives 76/207 puis 2006/54. Une telle décision n'a pas manqué de soulever des difficultés sur le comparateur dans le cas d'un changement de sexe<sup>393</sup>. Toute discrimination directement fondée sur le sexe implique qu'un homme et une femme, placés dans une situation comparable, soient traités différemment. Quel est le comparateur pertinent dans le cas d'une personne changeant de sexe ? Comme l'écrit très justement l'avocat général M. Michal Bobek, « la réassignation de genre est un processus empreint de dynamisme [qui] transforme effectivement le comparateur en une cible mobile, voire rend impossible toute identification d'un groupe comparable clairement défini »<sup>394</sup>.

**90.** Face à cette difficulté, la Cour a fait le choix logique de ne pas laisser ces personnes sans protection face aux discriminations, effectivement fondées sur le sexe *lato sensu*, d'une part, et de maintenir l'opération de comparaison d'autre part. Elle a introduit une certaine

---

<sup>389</sup> *Ibid.*, pt 33.

<sup>390</sup> *Ibid.*, pt 37.

<sup>391</sup> *Ibid.*, pt 47.

<sup>392</sup> Dans l'arrêt CJCE, 30 avril 1996, *P./S.*, C-13/94.

<sup>393</sup> Une partie de la doctrine estime que ces difficultés naissent justement du fait d'intégrer le changement d'identité sexuelle au motif du sexe, au lieu de les examiner sous l'angle d'un motif spécifique de discrimination comme l'identité sexuelle par exemple. C. TOBLER, « Equality and Non-Discrimination under ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, p. 543 et s.

<sup>394</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Michal BOBEK, présentées le 5 décembre 2017, C-451/16, pt 36.

souplesse dans le test de la comparabilité, profondément casuistique et lié au contexte notamment légal des situations qui se sont présentées à son appréciation<sup>395</sup>. Le comparateur devient variable. Si une femme est toujours comparée à un homme dans le cadre d'une discrimination directe fondée sur le sexe, et inversement<sup>396</sup>, la personne qui a changé de sexe sera parfois comparée tantôt à un homme, tantôt à une femme. Ainsi la Cour a-t-elle pu comparer la personne transgenre à une personne cisgenre ayant le sexe de son état antérieur au changement<sup>397</sup> ; ou opter pour une comparaison avec une personne cisgenre du sexe acquis<sup>398</sup>.

91. En dehors de quelques cas qui se révèlent délicats, la Cour n'a généralement que peu de difficultés à identifier le comparateur pertinent, passé ou présent, pour évaluer la différence de traitement en cause. Il est parfois prédéterminé selon le motif de discrimination en cause : dans le cas de la discrimination directe fondée sur le sexe comme on l'a dit, on met en rapport un homme et une femme dans la plupart des cas. Mais il ne saurait jamais y avoir de prédétermination absolue, le comparateur ne doit pas être figé, il doit rester casuistique. Le cas de l'âge est emblématique, ce sont des catégories d'âge tout à fait variables qui sont examinées et comparées entre elles<sup>399</sup>.

### ***B) L'objectif : la révélation d'une comparabilité des situations***

92. « L'égalité s'entend de la situation dans laquelle tous (...) disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les

---

<sup>395</sup> P. SKIDMORE, « Sex, gender and Comparators in Employment Discrimination », *Industrial Law journal*, 1997, vol. 26, pp. 51-61 ; M. BELL, « Shifting conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice : from P v S to Grant v SWT », *European Law Journal*, 1999, vol. 5, pp. 63 à 81.

<sup>396</sup> À part dans le cas de la grossesse, qui sera présenté en B) 2- « le cas particulier du comparateur hypothétique ».

<sup>397</sup> CJCE, 30 avril 1996, *P./S., op. cit.*, dans le cas d'un licenciement discriminatoire. Au pt 21 : « Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération ».

<sup>398</sup> CJCE, 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04, pt 38. En l'occurrence, la Cour estime que la directive 79/7 « 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 ».

<sup>399</sup> Voir CJUE, 16 juin 2016, C-159/15, *Franz Lesar*, pt 21 « une réglementation nationale telle que celle en cause au principal réserve un traitement moins favorable aux personnes dont l'expérience professionnelle a été, ne serait-ce qu'en partie, acquise avant l'âge de 18 ans par rapport à celles qui ont obtenu, après avoir atteint cet âge, une expérience de même nature et d'une durée comparable. Une réglementation de cette nature instaure une différence de traitement entre les personnes en fonction de l'âge auquel elles ont acquis leur expérience professionnelle ». Ou encore CJUE, 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, C-143/16.

Pts 27 et 28 : la Cour estime que « la situation d'un travailleur qui est licencié en raison de la seule circonstance qu'il a atteint l'âge de 25 ans est objectivement comparable à celle des travailleurs qui relèvent d'une autre catégorie d'âge » et qu'il y a donc bien une différence de traitement directement fondée sur l'âge.

mêmes contraintes »<sup>400</sup>. Cette définition omet de préciser qu'il faut une comparabilité des situations pour prétendre à un traitement égal. Il est évident que le principe d'égalité des rémunérations de l'article 157 du TFUE, par exemple, n'aurait aucun sens sans la précision « pour un même travail ou un travail de même valeur »<sup>401</sup>. « Le périmètre de référence de l'égalité s'arrête alors avec l'absence de comparabilité des situations »<sup>402</sup>. Il s'avère effectivement que l'opération de comparaison menée par le juge de l'Union consiste à révéler une comparabilité<sup>403</sup>, « normalement porteur[se] d'une certaine conditionnalité »<sup>404</sup>, plutôt qu'une identité.

**93.** Certains auteurs font en effet la différence entre comparaison et comparabilité<sup>405</sup>, sans être en accord sur ce point<sup>406</sup>. Nous pensons que l'adjectif « comparable » employé par les directives révèle deux réalités contentieuses : d'abord, le juge ne doit pas être contraint à des vérifications excessives ou impossibles. « Pour que les situations puissent être comparables, il faut qu'elles nouent un minimum de liens entre elles, ce qui se traduit par l'existence d'éléments communs »<sup>407</sup> (1). Ensuite, le choix de cet adjectif pourrait aussi être lié aux cas exceptionnels où le comparateur est hypothétique<sup>408</sup>, fait défaut, pour diverses raisons (2).

---

<sup>400</sup> A. JEAMMAUD, « Du principe de l'égalité de traitement des salariés », *Droit social*, 2004, p. 694.

<sup>401</sup> Ce qui peut en soi poser problème étant donné que « hommes et femmes n'ont pas souvent l'occasion de comparer leur rémunération faute d'occuper des emplois dans les mêmes secteurs ou aux mêmes qualifications », in M.-T. LANQUETIN, « L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en 5 ans ? », *Droit social*, 2006, p. 624.

<sup>402</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., note de bas de page n° 128, p. 37.

<sup>403</sup> Notion que la Cour emploie elle-même, voir par exemple CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 56 : « la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière ». Dans l'arrêt CJUE, 114 septembre 2016, *de Diego Porras*, C-596/14, les points 39 à 44 portent « sur la comparabilité des situations en cause ».

<sup>404</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 40.

<sup>405</sup> R. HERNU, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, op. cit., p. 305. La comparabilité viserait les cas particuliers où « Les situations à comparer sont hypothétiques ou le critère de comparaison fait défaut ; les situations qui ne sont pas inscrites dans le champ du traité ne peuvent être comparées avec celles qui y sont inscrites ; l'interdiction d'utiliser un critère de distinction empêche toute forme de comparaison sur cette base ».

<sup>406</sup> Delphine THARAUD, qui parle de « contrôle de comparabilité », estime que les cas visés par Rémi HERNU « ne sont en fait qu'exceptionnels », ils sont des « cas résiduels qui masquent le mécanisme central de la comparabilité : pour que les situations puissent être comparables, il faut qu'elles nouent un minimum de liens entre elles, ce qui se traduit par l'existence d'éléments communs », in *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 44.

<sup>407</sup> *Ibid.*

<sup>408</sup> La définition englobe bien la personne qui « aurait été » dans une situation comparable.



## 1- L'exigence de liens suffisants entre les situations

94. C'est « la reconnaissance d'un trait commun aux deux éléments qui autorise, en un deuxième temps, la définition d'une relation d'égalité, quelle qu'elle soit »<sup>409</sup>. Pourtant, note Rémy Hernu, « l'appréciation de la comparaison des situations se focalise le plus souvent sur l'examen du critère utilisé par l'auteur de la mesure contestée compte tenu de l'impossibilité pour le juge d'apprécier concrètement chaque situation »<sup>410</sup>. Comparer concrètement et objectivement des situations individuelles n'est pas une entreprise aisée<sup>411</sup>, surtout compte tenu des exigences imposées. Le juge insuffle donc parallèlement une souplesse indispensable dans l'opération de comparaison que le juge national doit réaliser.

95. La révélation d'une discrimination directe exige que soient mises en lumière des situations non pas *identiques* mais bien *comparables*<sup>412</sup>. Rechercher un comparateur identique n'aurait de toute façon pas grand sens puisqu'il s'agit de mettre en rapport des catégories au moins différentes par rapport à un trait caractéristique précis, qu'est l'orientation sexuelle, l'âge, le sexe, la race ou l'ethnie, le handicap, les convictions ou la religion. Cette précision récurrente de la Cour signifie que l'on compare la personne appartenant à la catégorie protégée non pas à une personne de cette même catégorie mais une personne d'une autre catégorie, selon la caractéristique, placée dans une situation comparable. « Comparable » signifierait donc, hormis l'appartenance à la catégorie protégée, « toutes choses égales par ailleurs ».

96. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la Cour ne s'attarde pas en pratique sur la comparabilité des situations en cause<sup>413</sup>, mis à part quelques cas particuliers en raison du texte

---

<sup>409</sup> C. SCHROEDER, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Fontaine, Editions Thot, 2002, p. 15.

<sup>410</sup> R. HERNU in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 263.

<sup>411</sup> Anastasia ILIOPOULOU-PÉNOT note qu'« en dépit de l'effort continu de la Cour de se tenir à une définition objective du caractère comparable des situations, il reste inévitablement une part de subjectivité dans son appréciation ». In « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 602.

<sup>412</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pt 57 ; CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, pt 42 ; CJUE, 12 décembre, 2013, *Hay*, C-267/12, pt 33 ; CJUE, 15 mai 2014, *Szatmári Malom*, C 135/13, pt 67 ; CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O. / Bio Philippe Auguste SARL*, C 432/14, pt 32.

<sup>413</sup> « *A priori* oubliée des juridictions, la comparabilité semble l'être aussi des auteurs » écrit Delphine THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 43.

applicable<sup>414</sup>, ou de la complexité des faits<sup>415</sup>. Dans le contentieux relatif aux différences de traitement directement fondées sur l'âge par exemple, la Cour se contente généralement de constater que les individus d'une certaine catégorie d'âge sont placés dans une situation comparable à celles des autres, sans effectuer de démonstration plus poussée<sup>416</sup>. Ponctuellement, la Cour peut aussi élargir le périmètre de la comparaison pour faire entrer une différence de traitement dans le champ d'application du droit de l'Union.

97. C'était le cas de l'arrêt *K. B.* de 2004 où un couple de même sexe, dont l'un des membres avait ensuite effectué un changement de sexe, se voyait refuser le bénéfice d'une prestation au motif qu'ils n'étaient pas mariés<sup>417</sup>. La législation nationale n'autorisait pas le mariage pour les couples de même sexe et le sexe pris en compte pour un mariage était celui enregistré à la naissance uniquement. Le couple était donc l'impossibilité de contracter mariage. Appelée à interpréter la conformité d'une telle réglementation avec l'article 141 TCE sur l'égalité de rémunérations entre hommes et femmes, la Cour a d'abord constaté que la différence de traitement s'opérait sur le fondement du statut marital. Or, selon le Royaume-Uni, cette différence de traitement ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe, puisque tous les couples non-mariés sont exclus, quelle que soit la raison qui fait qu'ils ne sont pas mariés<sup>418</sup>.

98. La Cour procéda à une interprétation inattendue, en référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'article 12 de la Convention<sup>419</sup>. Elle estima que, même si « la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève [...] du choix du législateur » et que le bénéfice du

---

<sup>414</sup> Sur l'interprétation de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO 1999, L 175, p. 43), par exemple, la Cour passe du temps sur la question centrale de la comparaison entre les travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée. Voir CJUE, 14 septembre 2016, *de Diego Porras*, C-596/14, *op. cit.* ; CJUE, 12 décembre 2013, *Carratù*, C-361/12, pts 39-48.

<sup>415</sup> Voir CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12, pts 45-55 : L'affaire portait sur une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse. Le choix du comparateur n'était pas évident.

<sup>416</sup> CJUE, 8 septembre 2011, *Henings*, C-297/10 et C-298/10 ou CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08, pts 84 et 86.

<sup>417</sup> CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, C-117/01.

<sup>418</sup> *Ibid.*, pt 20.

<sup>419</sup> *Ibid.*, pt 33 : « Il y a lieu de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'impossibilité pour un transsexuel de se marier avec une personne du sexe auquel il appartenait avant l'opération de changement de sexe, et qui tient au fait que, au regard de l'état civil, ils sont du même sexe étant donné que la réglementation du Royaume-Uni ne permet pas la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle, constitue une violation de son droit de se marier au sens de l'article 12 de la CEDH (voir Cour eur. D. H., arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, non encore publiés au Recueil des arrêts et décisions, respectivement § 97 à 104 et § 77 à 84) ».

droit au mariage n'est pas protégé par le droit de l'Union<sup>420</sup>, l'égalité de rémunérations est directement protégée et la réglementation en cause « affecte l'une de ses conditions d'octroi », à savoir la capacité à se marier<sup>421</sup>. Rémy Hernu alla jusqu'à affirmer qu'il s'agissait « assurément [d']un arrêt fondateur, faisant référence à une discrimination d'un nouveau type, ni directe, ni indirecte et qui porte sur les conditions d'accès au droit à l'égalité de traitement »<sup>422</sup>. C'est en tout cas en s'affranchissant totalement de l'obligation de comparer les situations en des termes précis que la Cour parvient à une telle conclusion, pratique qu'il ne paraît pas souhaitable de généraliser. Sans doute l'a-t-elle fait en vertu de la formulation de l'article 141 §1 TCE devenu 157 §1 TFUE, beaucoup plus vague que les définitions actuellement données par les directives de 2000 et les suivantes<sup>423</sup>.

99. Le principal problème de cette opération de comparaison, hormis son manque de précision, est sa part de subjectivité en raison de la « grande place [donnée] à l'appréciation des juges »<sup>424</sup>. Il est difficile de prévoir dans quel cas la Cour va chercher à mettre en valeur les similitudes et dans quel cas elle se concentrera sur les différences<sup>425</sup>. Globalement, elle a tendance à préférer les traits communs, quand elle réfute par exemple l'argumentation selon laquelle « les mères au travail ne se situent pas, à bien des égards, dans la même position que les pères », « même si des pères assument des obligations familiales, l'expérience montre que leur carrière n'en souffre pas d'une façon comparable à celle des femmes – tout au moins dans le contexte social actuel »<sup>426</sup> et refuse qu'une différence de traitement soit instaurée entre fonctionnaires féminins et masculins pour cette raison<sup>427</sup>. La comparaison sert davantage à

---

<sup>420</sup> CJCE, 7 janvier 2004, *K.B.*, C-117/01, pt 28.

<sup>421</sup> *Ibid.*, pt 30.

<sup>422</sup> R. HERNU in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 307.

<sup>423</sup> L'égalité de rémunérations s'applique « pour un même travail ou un travail de même valeur », voir article 157 §1 du TFUE.

<sup>424</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, op. cit., p. 81.

<sup>425</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de souligner ce problème : « il serait artificiel de mettre en évidence les similitudes entre des groupes [...] et de faire abstraction des distinctions entre eux aux fins de l'article 14 [interdisant la discrimination dans les droits garantis par la Convention] », in CEDH, 22 octobre 1006, *Stubbings c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 et 22095/93, § 73.

Est mis en lumière le caractère artificiel de la comparaison, par laquelle le juge choisit de manière subjective de mettre l'accent tantôt sur la ressemblance tantôt sur la différence, pour moduler l'application du principe de non-discrimination. Voir C. PICHERAL, « La détermination des différences de traitement », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 89-90.

<sup>426</sup> C'était la position défendue par le gouvernement français et l'avocat général ALBER dans l'affaire CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, op. cit.

<sup>427</sup> Voir le commentaire d'Anastasia ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 604. La problématique du choix du comparateur dans cette affaire était également présentes dans les arrêts en droit interne qui ont suivi. Voir CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, req. n° 141112.

« l'établissement d'une suspicion de discrimination », qu'elle n'est un élément de preuve suffisant de celle-ci<sup>428</sup>. La Cour de justice s'est aussi montrée capable de détacher totalement la discrimination de la comparaison, faisant d'elle une notion presque objective et non casuistique, dans le cas particulier où elle estime que le comparateur est introuvable.

## 2- Le cas particulier du comparateur hypothétique

**100.** Le comparateur peut être hypothétique, parce qu'on ne parvient pas à le situer dans le temps et l'espace<sup>429</sup> ou bien simplement parce qu'il est absent du raisonnement. La Cour a en effet eu l'occasion de le montrer, dans des cas de discriminations liées au sexe. « Le fait qu'il n'existe pas [...] d'homme exerçant le même travail que celui accompli par [la requérante] ne fait pas obstacle à l'application » du principe d'égalité de traitement<sup>430</sup>, puisqu'il suffit d'imaginer qu'un homme « aurait été » traité différemment, placé dans une situation comparable. Dans une logique proche, « une discrimination directe peut aussi être identifiée à partir du constat que le critère prohibé a joué un rôle dans la décision prise à l'encontre du salarié »<sup>431</sup>. Dans certaines situations personnelles et ponctuelles, comme le refus d'embauche dans l'affaire *Dekker*<sup>432</sup>, ou le licenciement dans l'arrêt *Webb*<sup>433</sup>, une personne peut estimer avoir été victime d'une discrimination en raison d'un motif interdit et ne pouvoir identifier clairement une personne mieux traitée, en raison justement du caractère ponctuel de la situation. Dans ce cas, la Cour, pour des raisons pragmatiques, établit donc que le comparateur « n'est pas un élément indispensable »<sup>434</sup>.

**101.** Il semblerait toutefois que ce renoncement soudain à l'opération de comparaison soit lié à la spécificité de la discrimination en jeu, comme le remarque Morgan Sweeney<sup>435</sup>. Dans les deux arrêts que nous venons de citer, il s'agissait de femmes enceintes. La spécificité

---

<sup>428</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, op. cit., p. 80.

<sup>429</sup> Marie-Thérèse LANQUETIN soulignait aussi cette évolution prévue par la directive 2002/73 en matière d'égalité entre les sexes. « Le texte élargit dans le temps la comparabilité. Non seulement la comparaison porte sur des situations actuelles mais aussi sur des situations passées. [...] Mais le texte va plus loin dans l'élargissement de la comparabilité. Par l'utilisation du conditionnel - « ne le serait » - il permet de comparer le traitement d'une personne avec une autre personne hypothétique ». In « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 » *Droit social*, 2003, p. 312.

<sup>430</sup> CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, pt 27.

<sup>431</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 234.

<sup>432</sup> C'était précisément le cas dans l'arrêt *Dekker*, qui portait sur l'embauche d'une femme enceinte. La Cour avait rappelé que « l'absence de candidats masculins » n'importait pas pour qualifier la discrimination. CJCE, 8 novembre 1990, C-177/88, pt 17.

<sup>433</sup> CJCE, 14 juillet 1994, *Carole Webb*, C-32/93. Cet arrêt confirme CJCE, 8 novembre 1990, *Hertz*, C-179/88, pt 13 et CJCE, 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, pt 15.

<sup>434</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges : essai en droit social*, op. cit., p. 71.

<sup>435</sup> *Ibid.*

de l'état de grossesse paraît expliquer que la comparaison devienne superflue. Il ne faut pas y voir une instabilité dans le raisonnement du juge en matière discriminatoire. Confrontée à « 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 révélée très peu de temps après la conclusion du contrat de travail, peut être comparée à celle d'un homme se trouvant dans la même incapacité, pour raisons médicales ou autres »<sup>436</sup>, la Cour préfère éviter un débat polémique. Elle affirme que la grossesse n'est assimilable à aucun « état pathologique » ni *a fortiori* à « une indisponibilité d'origine non médicale ». Un licenciement fondé sur une indisponibilité autre que celle entraînée par la grossesse ne serait d'ailleurs pas discriminatoire en raison du sexe<sup>437</sup>. La Cour n'a donc certainement pas détaché la discrimination de la logique comparative dans l'absolu, mais seulement dans le cas de la femme enceinte discriminée pour cette raison. Elle a notamment refusé de manière systématique d'étendre un tel raisonnement à la qualité de parent en général. « La situation d'un travailleur masculin ayant la qualité de parent et celle d'un travailleur féminin ayant également cette qualité sont comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants »<sup>438</sup>. L'on peut donc affirmer qu'hormis ces cas exceptionnels, la comparaison reste l'instrument indispensable de révélation des discriminations en général.

**102.** Car la notion de discrimination directe n'épuise pas la complexité du phénomène discriminatoire tel qu'il est aujourd'hui combattu en droit de l'Union. Dans plusieurs systèmes, la reconnaissance des discriminations indirectes a fait partie d'un processus de complexification du principe d'égalité<sup>439</sup> pour s'adapter aux réalités sociales<sup>440</sup> : la discrimination est souvent cachée et se manifeste dans l'application de normes d'apparence neutres. « Le débat le plus difficile [...] reste de savoir si les inégalités de fait, reconnues inévitables, ne dev[r]aient pas être combattues par le droit »<sup>441</sup>, estimait Georges Vedel.

---

<sup>436</sup> CJCE, 14 juillet 1994, *Carole Webb*, *op. cit.*, pt 24.

<sup>437</sup> *Ibid.*, pt 25. C'était le cas dans l'arrêt CJCE, 8 novembre 1990, *Hertz*, C-179/88, où le licenciement se produisait du fait d'absences liées à des maladies, elles-mêmes liées à la grossesse, mais que la Cour a estimé comparables à n'importe quelle autre maladie dont pourrait souffrir un homme.

<sup>438</sup> CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, C-312/86, pt 14 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 56 ; CJCE, 26 mars 2009, *Commission/Grèce*, C-559/07, pt 69.

<sup>439</sup> Dans la Convention CEDAW par exemple, même si cette catégorie n'est pas visée explicitement dans le texte, le Comité chargé de veiller à son exécution précise bien que les deux types de discriminations sont combattus par la Convention et reprend des définitions très proches de celles que l'on trouve dans les directives de l'UE (dans sa Recommandation générale n° 25 (2004), §7).

Voir C. NIVARD, « La Convention : un outil pour l'égalité », in D. ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, pp. 116-118.

<sup>440</sup> Pour une étude de la jurisprudence française sur les discriminations indirectes, voir E. FONDIMARE, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 25 mai 2018.

<sup>441</sup> G. VEDEL, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation Française, 1990, p. 175.

## Section 2. L'interdiction de la discrimination indirecte

103. La prohibition des discriminations indirectes est « l'une des constructions prétorienne les plus originales de la Cour de justice »<sup>442</sup>. Elle est fréquemment présentée comme une substantialisation du principe d'égalité en droit de l'Union<sup>443</sup>, une volonté de rendre l'égalité effective entre les individus<sup>444</sup>. Elle permet « de montrer que des inégalités structurelles » existent<sup>445</sup>. Le concept de discrimination indirecte<sup>446</sup> apparut d'abord sans être ainsi nommé dans le contexte de la discrimination en raison de la nationalité<sup>447</sup> et de la libre-circulation. Dans l'arrêt *Sotgiu* de 1974, la Cour avait estimé que « 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, aboutissent en fait au même résultat »<sup>448</sup>. En l'occurrence, le critère du domicile du travailleur pour fonder une différence de traitement aboutit à distinguer les travailleurs sur le fondement de leur nationalité. Certains éléments du régime progressivement construit de la discrimination « indirecte », selon l'appellation des directives, ont donc été posés par la Cour de justice par rapport à la nationalité. Même si ce motif n'est pas concerné par la possibilité d'adopter des mesures d'action positive, « certains concepts juridiques fondamentaux du droit communautaire sont de nature générale et peuvent être

---

<sup>442</sup> S. SLAMA, « Discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP* 2003. 4. Pour une étude de la jurisprudence avant les directives, voir P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425.

<sup>443</sup> P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, p. 425 ; A. ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 607-612 ; J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, p. 58.

<sup>444</sup> « L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, outil de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Rev. Union européenne*, 2015, p. 547 « la sanction des discriminations dites « indirectes » favorise une égalité véritable » ; D. SZYMCSAK, « Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2009-2010, p. 227.

<sup>445</sup> E. FONDIMARE, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 11 juillet 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2055>.

<sup>446</sup> Ce concept existait déjà dans le droit international public (Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales et Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes par exemple) et dans certains ordres juridiques nationaux, comme les États-Unis, le Royaume-Uni ou l'Irlande. Voir D. SCHIEK, « Indirect Discrimination », in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (dir.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 360 ; S. ROBIN-OLIVIER, « L'émergence de la notion de discrimination indirecte : évolution ou révolution », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 23 ; pour une étude générale : H. COLLINS, T. KHAITAN (dir.), *Foundations of indirect discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 291 p.

<sup>447</sup> Voir CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, C-15/69, pt 6.

<sup>448</sup> CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, C-152/73, pt 11.

transposés d'un domaine à un autre»<sup>449</sup>, cette jurisprudence nous sera donc utile pour comprendre le régime de la discrimination indirecte<sup>450</sup> fondée sur les motifs qui nous occupent.

**104.** La directive 76/207 est le premier texte du droit de l'Union qui évoque la discrimination indirecte, mais sans précision sur son régime<sup>451</sup>. Les directives adoptées après le Traité d'Amsterdam gagnent en précision tout en posant une nouvelle difficulté de compréhension. La discrimination indirecte prohibée sur le fondement du sexe, issue des directives 2004/113 et 2006/54, n'est pas définie comme celle des directives 2000/78 et 2000/43 pour les autres motifs. La discrimination indirectement fondée sur le sexe vise toute « situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe »<sup>452</sup> (§1). La discrimination indirectement fondée sur les autres motifs « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour une certaine catégorie de personnes<sup>453</sup> (§2).

### **§1) La discrimination indirecte fondée sur le sexe**

**105.** Comme pour la discrimination directe, « aux fins des objectifs du droit social communautaire, le concept de la discrimination indirecte est avant tout lié au traitement différent de situations comparables »<sup>454</sup>. La discrimination indirecte fondée sur le sexe repose sur la combinaison de deux éléments selon le droit dérivé actuellement en vigueur. Le premier élément de la définition est commun à celle que l'on trouve pour les autres motifs : la différence

---

<sup>449</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>450</sup> Pierre GARONNE tente justement d'établir une « théorie générale » de la discrimination indirecte en matière de nationalité et d'égalité des sexes, *in* « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425. « La notion de discrimination indirecte se définit de la même manière en matière de sexe ou de nationalité : une mesure qui affecte davantage les personnes du groupe défavorisé que celles de l'autre groupe est présumée discriminatoire, mais elle peut être justifiée ».

Voir aussi N. WARNIER, « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de Droit International et Droit Comparé*, n° 2, 2007, pp. 225-286.

<sup>451</sup> Article 2 §2 de la directive 76/207 : « Le principe de l'égalité de traitement [...] implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ». On retrouvait la même définition dans d'autres textes : article 4 §1 de la directive 79/7, article 5§1 de la 86/378/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale et article 3 de la directive 86/613/CEE du Conseil 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.

<sup>452</sup> Article 2 §1 b) de la directive 2006/54 ; article 2 b) de la directive 2004/113.

<sup>453</sup> Directive 2000/78 et directive 2000/43, article 2 §2 b).

<sup>454</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 24.

de traitement doit être opérée sur le fondement d'un critère neutre, c'est-à-dire un critère qui ne soit pas directement le sexe des individus ou une caractéristique indissociablement liée à celui-ci, comme l'état de grossesse (A). Ensuite, l'utilisation de ce critère doit produire un désavantage particulier pour les personnes d'un sexe par rapport à l'autre (B).

### ***A) Une apparente neutralité du critère, de la disposition ou de la pratique***

**106.** « La maxime selon laquelle "le fond prévaut sur la forme" exprime l'essence du concept de discrimination indirecte »<sup>455</sup>. À l'inverse des motifs de discrimination directe, qui font l'objet d'une liste exhaustive dans l'article 19 du TFUE<sup>456</sup>, les critères d'apparence neutre pouvant être à l'origine d'une discrimination indirecte ne peuvent pas être listés. Ils ne peuvent être saisis qu'*in casu* et un critère ayant un effet discriminatoire dans une réglementation en particulier pourrait bien n'avoir aucun effet dommageable utilisé dans une autre réglementation et dans un autre contexte (1). La volonté de sanctionner efficacement toute pratique, critère ou disposition apparemment neutre nécessite d'aborder la discrimination indirecte de la même manière que la discrimination directe, c'est-à-dire en se fondant sur l'effet discriminatoire, sans accorder d'importance à l'intention de l'auteur de la différence de traitement (2).

#### **1- L'analyse casuistique de la neutralité de la disposition, du critère ou de la pratique**

**107.** Par l'arrêt *Jenkins* du 31 mars 1981, la Cour étend son raisonnement développé dans le contexte de la discrimination fondée sur la nationalité à l'égalité entre les femmes et les hommes, en s'appuyant sur l'article 119 du TCEE<sup>457</sup>. L'avocat général Warner dans ses conclusions faisait référence à l'arrêt *Griggs* de la Cour Suprême américaine<sup>458</sup>, illustrant la

---

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>456</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, pt 55 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, pt 46 ; CJUE, 7 juillet 2011, *Agafitei*, C-310/10, pt 35.

<sup>457</sup> CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, C-96/80, pt 15 : la Cour parle de « moyen indirect » de réduire la rémunération des travailleurs féminins. Voir aussi c, pt 12.

<sup>458</sup> Cour Suprême des Etats-Unis, *Griggs v. Duke Power Company* 401 U.S. 424 (1971). Voir le commentaire de R.T. FORD, « Lutter contre les discriminations raciales, les vertus de la mesure statistique », *op. cit.*, pp. 82-84.

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait estimé qu'un règlement d'entreprise exigeant que les employés possèdent le *High School Diploma* (équivalent du baccalauréat) pour prétendre aux postes les plus élevés n'était pas discriminatoire, à défaut d'intention de discriminer. La Cour suprême adopta toutefois une position novatrice : partant du constat que, dans la pratique, l'immense majorité des employés noirs ne possédaient pas le diplôme requis, l'effet disproportionné de cette exigence sur cette catégorie d'employés était suffisant à établir une discrimination.

Le droit américain distingue, dans le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, entre le *disparate treatment* et le *disparate impact*. Ces deux notions sont proches de la distinction discrimination directe/indirecte, sans être absolument identiques.



fécondité du dialogue des juges en matière discriminatoire<sup>459</sup>. Pour la Cour, une réglementation qui opère une différence de rémunération entre les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel ne viole pas le principe de l'égalité de rémunérations *in abstracto* puisqu'une telle différence de traitement n'est pas fondée sur le sexe. Néanmoins, s'il devait être prouvé devant la juridiction nationale qu'un « pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine qui est requis pour pouvoir prétendre au salaire horaire à taux plein », alors l'inégalité de rémunération qui en résulterait *de facto* entre les hommes et les femmes pourrait constituer une discrimination indirectement fondée sur le sexe<sup>460</sup>.

**108.** Il ne peut y avoir de critères, dispositions ou pratiques neutres par essence constitutifs d'une discrimination indirecte. « Il se peut donc que la même mesure soit, compte tenu des différences de situations sociales, constitutive de distinction indirecte dans un pays et non dans un autre »<sup>461</sup>. Ce n'est qu'en prenant en compte le contexte « à la fois juridique et factuel »<sup>462</sup> dans lequel s'inscrit la norme que celle-ci peut produire un effet négatif pour une catégorie protégée. Le droit est une « machine à discriminer » pour reprendre l'expression de Baptiste Tranchant<sup>463</sup> : il établit sans cesse des catégories de manière à organiser des normes qui s'appliquent de manière homogène, par rapport à des réalités différentes. C'est parce qu'il existe un effet défavorable pour une catégorie protégée en particulier, par rapport aux autres, que la différence de traitement apparemment légitime peut devenir une discrimination indirecte.

**109.** Prévoir des régimes différents entre le travail à temps plein et le travail à temps partiel, par exemple, peut être un levier d'encouragement du travail à temps plein tout à fait légitime dans une politique d'emploi nationale. Depuis la première affaire *Jenkins*, la Cour de justice a eu l'occasion de rendre un nombre important d'arrêts à ce sujet. Certains qualifient une différence de traitement fondée sur un tel critère de discrimination indirecte, sauf à ce que le juge national établisse l'existence d'une justification objective étrangère à toute

---

<sup>459</sup> La jurisprudence américaine condamne les mesures en apparence neutres qui ont en pratique un impact discriminatoire (*disparate impact*) dans deux cas précis : d'abord, dans le cas où le groupe défavorisé est celui des Afro-américains, à compétences équivalentes (*Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987)). Ensuite, si la mesure est fondée sur un objectif discriminatoire (*Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982)) ; dans ce cas, le seul constat d'effet disproportionné de la mesure ne suffit pas, il faut apporter la preuve d'une intention discriminatoire (*Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980)).

<sup>460</sup> P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425 ; R. NIELSEN, « Case note to Dekker and Aldi », *Common Market Law Review*, n° 29, 1992, p. 167.

<sup>461</sup> P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, p. 425 ; R. NIELSEN, « Case note to Dekker and Aldi », *Common Market Law Review*, n° 29, 1992, p. 167.

<sup>462</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>463</sup> B. TRANCHANT « Les nouveaux champs de la non-discrimination », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, *op. cit.*, p. 113.

discrimination<sup>464</sup>, quand d'autres ne le font pas pour des raisons diverses<sup>465</sup>. Le raisonnement de la Cour est toujours élaboré par rapport à une analyse précise du contexte dans lequel s'inscrit la différence de traitement et de son impact.

**110.** Dans l'arrêt *Cadman* de 2006, la Cour était invitée à se prononcer sur la compatibilité du critère de l'ancienneté avec l'article 141 TCE, en tant qu'élément concourant à déterminer la rémunération et lorsque « cet élément entraîne des disparités de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »<sup>466</sup>. La Cour construit un raisonnement un peu différent de celui qui concerne le critère du temps de travail. Elle reconnaît d'abord que « constitue un but légitime de politique salariale le fait de récompenser, notamment, l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations »<sup>467</sup>. Cette légitimité *a priori* du critère dispense l'employeur de justifier particulièrement le fait d'y recourir<sup>468</sup>. Toutefois, cette légitimité *a priori* peut être mise en doute par le travailleur, ce qui entraînera l'exigence pour l'employeur de « justifier le recours au critère de manière circonstanciée »<sup>469</sup>. Si cette preuve ne devait pas être apportée, l'ancienneté pourrait alors en principe aboutir à une discrimination indirecte, s'il était démontré qu'un nombre plus élevé de femmes rencontre des difficultés à remplir un tel critère<sup>470</sup>. Le principe reste toutefois que le critère de l'ancienneté ne doit pas être « spécialement justifié » par l'employeur, quand bien même il peut « entraîner un traitement moins favorable des travailleurs féminins que des travailleurs masculins dans la mesure où les femmes sont entrées plus récemment sur le marché du travail que les hommes ou subissent plus fréquemment une interruption de carrière »<sup>471</sup>.

**111.** Encore une fois, on mesure le caractère profondément casuistique de la discrimination indirecte. L'objectif de valoriser l'ancienneté ne paraît ni plus ni moins légitime que la volonté d'encourager le travail à temps plein, pourtant, la Cour traite le second avec bien plus de suspicion que le premier.

---

<sup>464</sup> CJUE, 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno*, C-385/11 ; CJCE, 27 mai 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02.

<sup>465</sup> CJUE, 13 juillet 2017, *Kleinsteuber*, C-354/16 ; CJCE, 11 septembre 2003, *Steinicke*, C-77/02.

<sup>466</sup> CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05.

<sup>467</sup> *Ibid.*, pt 34. Confirme l'arrêt CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, pts 24 et 25.

<sup>468</sup> CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05, pt 36.

<sup>469</sup> *Ibid.*, pt 37.

<sup>470</sup> Ce que la Cour avait considéré par exemple dans l'arrêt CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89.

<sup>471</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, *op. cit.*, pt 24.

## 2- La non-pertinence de l'intention de l'auteur de la différence de traitement

112. « La seule chose qu'il faille prouver dans un cas de discrimination, c'est la réalité d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique protégée et pour laquelle aucune justification ne peut être retenue »<sup>472</sup>. Nous avons démontré que l'analyse de la discrimination directe portait d'abord sur le critère utilisé, qui est soit l'un des motifs protégés de manière explicite et évidente, soit un critère indissociablement lié, soit dans des cas plus rares, une différence de traitement qui ne peut s'expliquer que par le motif protégé. Elle s'intéresse ensuite à l'effet discriminatoire, par l'opération de comparaison<sup>473</sup>, bien que celle-ci puisse en de rares occasions être éludée. En principe, l'intention de l'auteur<sup>474</sup> ne rentre en compte à aucun moment dans l'analyse, mis à part dans le cas très particulier de l'arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*<sup>475</sup>.

113. Dans le cas de la discrimination indirecte, la question de l'intention aurait pu se poser un peu différemment. D'abord parce que la Cour a d'abord raisonné en l'absence de fondement juridique précis de droit primaire ou dérivé<sup>476</sup>, ensuite parce que la formulation finalement retenue par les directives 2006/113 et 2006/54 n'est pas non plus sans ambiguïté. Apparemment neutre par rapport aux motifs protégés, la différence de traitement semble souvent tout à fait légitime. Distinguer le régime juridique de l'emploi à temps plein ou à temps partiel apparaît justifié au regard de certains objectifs de politique sociale, comme celui d'encourager plutôt le travail à temps plein. Néanmoins, dans l'arrêt *Jenkins*, la Cour renvoya au juge national le soin d'évaluer « si, compte tenu des circonstances de fait, des antécédents et des motifs de l'employeur, une pratique salariale [...] présentée comme une différenciation en fonction du temps de travail hebdomadaire, constitue ou non, en réalité, une discrimination en raison du sexe des travailleurs »<sup>477</sup>. Les motifs de l'employeur apparaissaient alors dans la liste

---

<sup>472</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, pp. 147-148.

<sup>473</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 678 : « L'approche est objective, centrée sur l'analyse d'une situation de traitement défavorable ; l'approche n'est plus subjective, axée sur le comportement fautif d'un individu ».

<sup>474</sup> Dans l'arrêt CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, l'employeur avait expliqué son comportement discriminant pour les « allochtones » par les « réticences de la clientèle à leur donner accès, le temps des travaux, à leur domicile privé », qui s'avère totalement absent ensuite du raisonnement de la Cour. Dans l'arrêt CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, on retrouve cette idée, les souhaits d'un client ne peuvent aucunement servir à justifier une discrimination directe (en constituant un exigence professionnelle essentielle et déterminante), comme nous l'étudierons plus tard.

<sup>475</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, étudié aux §§ 74 et s.

<sup>476</sup> À part la directive 76/207, article 2 §1, qui envisageait elliptiquement que la discrimination fondée sur le sexe puisse se produire « indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ».

<sup>477</sup> CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, *op cit.*, pt 14.

des indices pertinents devant permettre au juge national de révéler la discrimination indirecte. Était requis que la mesure ne soit « en réalité qu'un moyen indirect pour réduire le niveau de rémunération des travailleurs à temps partiel *en raison de* la circonstance que ce groupe de travailleurs se compose, de manière exclusive ou prépondérante, de personnes de sexe féminin »<sup>478</sup>. Solution d'autant plus surprenante de la Cour de justice que, dans la législation du Royaume-Uni pertinente au principal, la « discrimination indirecte » était définie comme « toute pratique qui, bien qu'elle ne découle pas d'une volonté de discrimination, a cependant un effet discriminatoire »<sup>479</sup>. La condition d'une intention malveillante risquait fort d'introduire une disparité importante entre discrimination directe et indirecte, l'auteur de toute différence de traitement apportant en général des justifications pour prouver sa bonne foi<sup>480</sup>.

114. La question ressurgit dans l'arrêt *Bilka* en 1986<sup>481</sup> et la Cour abandonna cette fois toute ambiguïté quant à l'élément intentionnel. Le fait qu'un « pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein » suffit *a priori* à prouver que la « mesure ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe », à moins que l'employeur ne soit « en mesure d'établir que sa pratique salariale peut s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »<sup>482</sup>. La présomption de discrimination indirecte est établie à partir de l'analyse de l'effet disproportionné et la preuve contraire doit être apportée par l'auteur de la différence de traitement. En ce sens, les directives 2004/113 et 2006/54 n'ont fait que consacrer la jurisprudence<sup>483</sup>. « Les discriminations condamnées ne comportent pas nécessairement un préjugé ou une intention de nuire »<sup>484</sup>, même si elles peuvent être, en pratique, intentionnellement provoquées<sup>485</sup>, il ne s'agit pas d'une condition. « Même des mesures neutres, innocentes ou prises de bonne foi, ainsi que des actions décidées sans la moindre intention

---

<sup>478</sup> *Ibid.*, pt 15. Nous soulignons.

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> Dans l'arrêt *Jenkins* précité, il avait été « soutenu devant la juridiction nationale que la différence entre les taux de rémunération dépendait du nombre d'heures de travail ; que le fait que Mme Jenkins était payée moins que M. Bannan était purement accidentel et n'était aucunement fonction du sexe et qu'en effet il y aurait eu la même différence de rémunération, mais en faveur de Mme Jenkins, si celle-ci avait travaillé à plein temps et M. Bannan à temps réduit ».

<sup>481</sup> CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, 170/84.

<sup>482</sup> *Ibid.*, pts 29 et 30.

<sup>483</sup> L'arrêt *Bilka* a été confirmé par les arrêts CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, pts 11 et 12 et CJCE, 4 juin 1992, *Bötel*, C-360/90, pt 18.

<sup>484</sup> R. T. FORD, « Lutter contre les discriminations raciales, les vertus de la mesure statistique », in F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 73.

<sup>485</sup> B. FITZPATRICK, « The "mainstreaming" of sexual orientation into European equality law », in H. MEENAN (dir.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directive*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 326.

discriminatoire, tomberont sous le coup de l'interdiction si elles affectent plus que d'autres des personnes présentant une caractéristique particulière »<sup>486</sup>.

**115.** Cette position, partagée d'ailleurs par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>487</sup>, s'inscrit dans la volonté d'adopter une conception objective de la discrimination, comme fait de société qui peut être structurel et inconscient. « La réalité est que des acteurs bien intentionnés se livrent souvent à des pratiques discriminatoires par ignorance, négligence ou inertie »<sup>488</sup>. « L'interdiction de la discrimination indirecte a pour effet d'exclure la prise en considération de l'élément intentionnel de la discrimination et par conséquent d'objectiver le travail de comparaison des situations »<sup>489</sup>. La mesure du « désavantage particulier » constitue alors le centre névralgique de l'analyse de la discrimination indirecte.

### ***B) Un désavantage particulier pour l'un des deux sexes***

**116.** La discrimination indirecte a vocation à en finir avec « l'idée erronée qu'une norme juridique s'applique de manière identique et produit les mêmes effets, que l'on soit un salarié homme ou une salariée femme »<sup>490</sup>. Elle repose sur la démonstration d'un désavantage particulier pour les personnes de l'un des deux sexes et « s'intéresse moins à l'action et à ses raisons explicites qu'aux résultats de celle-ci »<sup>491</sup>. Ce désavantage doit être établi dans le cadre d'une démarche comparative, comme pour la discrimination directe, au moyen d'une la comparaison cette fois inter-catégorielle (1). Il doit ensuite être mesuré selon une méthodologie qui a évolué dans la jurisprudence de la Cour (2).

#### **1- La comparaison inter-catégorielle**

**117.** On retrouve, comme dans la discrimination directe et même si ce n'est pas aussi explicitement requis que pour celle-ci, la nécessité d'une opération de comparaison. Elle est

---

<sup>486</sup> Conclusions de l'avocat général M. Poiares MADURO présentées le 31 janvier 2008, aff. C-303/06, pt 19.

<sup>487</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme a aussi reconnu qu'il pouvait « exister des inégalités de fait ou de droit auxquelles manque l'intention malveillante », in G. GONZALEZ, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 227. Voir CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154 ; CEDH, 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, § 184 ; CEDH, 30 mai 2013, *Lavida c. Grèce*, n° 7973/10, §73.

<sup>488</sup> CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, § 129 (arguments des parties).

<sup>489</sup> P.-Y. VERKINDT, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051.

<sup>490</sup> M. MINÉ, C. COSTE, « Doit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002, p. 94.

<sup>491</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 239.

interindividuelle dans le cadre de la discrimination directe. Sur le fondement du sexe par exemple, en dehors du cas de la discrimination à l'égard de la femme enceinte en raison de sa grossesse et du cas particulier du changement de sexe, une femme doit être comparée à un homme et inversement. En matière de discrimination indirectement liée au sexe, si c'est toujours un individu qui s'estime victime de la discrimination, l'opération de comparaison n'est pas la même. La discrimination indirecte invite à une comparaison inter-catégorielle, une « collectivisation de la comparaison »<sup>492</sup>.

**118.** La victime de la discrimination indirecte fondée sur le sexe devra montrer que le critère, la disposition ou la pratique défavorisent davantage de femmes que d'hommes ou l'inverse. La directive 2006/54 prévoit en effet que le désavantage particulier doit se produire pour « des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». L'emploi du pluriel « des personnes » confirme clairement la comparaison catégorielle qui est requise<sup>493</sup> et non plus inter-individuelle. Une comparaison entre deux individus ne permettrait généralement pas de mettre en lumière l'absence de neutralité du critère, de la disposition ou de la pratique. Prenons l'exemple du travail à temps partiel. Une travailleuse et un travailleur à temps partiel, dans la même entreprise, seront désavantagés indistinctement par la différence de traitement entre le temps plein et le temps partiel. En revanche, une travailleuse pourra montrer que dans l'entreprise, ou au niveau national, la grande majorité des travailleurs à temps partiel, sont des travailleuses. C'est donc en comparant la catégorie des travailleuses à temps partiel et celle des travailleurs à temps partiel qu'un écart est révélé et que le désavantage particulier est prouvé. La discrimination indirecte s'appuie sur le « nombre beaucoup plus élevé » de personnes désavantagées<sup>494</sup>. Ce sont des échantillons d'individus regroupés selon leur sexe qui sont comparés. Par conséquent, la question réellement complexe qui s'est posée à la Cour est celle de l'importance de l'échantillon et de sa mesure. Comment le juge national doit-il procéder pour établir l'existence du « désavantage particulier » ? À partir de combien de femmes et de combien d'hommes considère-t-on qu'une preuve suffisante est apportée ?

---

<sup>492</sup> P.-Y. VERKINDT, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051.

<sup>493</sup> Comme le note également E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 427.

<sup>494</sup> Par ex : CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16, pt 31 ; CJUE, 20 juin 2013, *Riežniece*, C-7/12, pt 39 ; CJCE, 2 octobre 1997, *Kording*, C-100/95, pt 16.

## 2- Les techniques de mesure du désavantage

119. Plus encore que la discrimination directe, la discrimination indirecte est entièrement tournée vers les effets discriminatoires et leur mesure<sup>495</sup>. Deux questions liées se sont posées à la Cour de justice, que la définition retenue dans les directives les plus récentes semble avoir réglées, en tout cas dans une certaine mesure. Le désavantage subi par l'un des deux sexes doit-il être avéré ou peut-il n'être que potentiel ? Comment apporter la preuve que le désavantage est avéré ? L'usage du présent dans les directives 2006/54 et 2004/113 « désavantage particulièrement » font pencher la balance vers la preuve d'un désavantage avéré. Cette interprétation est corroborée par le fait que dans les directives 2000/78 et 2000/43, c'est une formulation différente qui a été retenue : il suffit que la règle soit « susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour une catégorie protégée par ces directives. Si une telle formulation n'a pas été reprise dans les deux directives en matière d'égalité des sexes postérieures, il y a tout lieu d'y accorder un sens. Un retour sur la jurisprudence antérieure permet d'éclairer la question de la mesure du désavantage d'abord quantitative (a) et son évolution vers une combinaison d'une approche quantitative et qualitative, malgré les textes (b).

### a- L'approche quantitative du désavantage

120. Dans le cadre juridique antérieur en matière d'égalité des sexes, incarné par la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, il fallait démontrer qu'une mesure ou pratique « apparemment neutre *affecte une proportion nettement plus élevée* de personnes d'un sexe »<sup>496</sup>. L'idée de « proportion nettement plus élevée » engageait clairement vers la démonstration statistique, permettant un « montée en généralité »<sup>497</sup>. Dans le cas de la discrimination fondée sur le sexe, ce moyen de preuve pouvait sembler anodin car le sexe est une donnée qui se *constate*, il n'est pas nécessaire de poser aux individus des questions qui relève de leur intimité, protégée par le droit au respect de la vie

---

<sup>495</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>496</sup> 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, JOCE n° L 014 du 20 janvier 1998, pp. 6-8, article 2 §2.

La Cour exige que la mesure affecte « un nombre considérablement plus élevé », « un nombre beaucoup plus élevé » de personnes. Voir : CJCE, 23 octobre 2003, *Schönheit*, C-4/02 ; CJCE, 4 octobre 2001, *BowdenCommiss*, C-133/00 ; CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97 ; CJCE, 13 janvier 2004, *Allonby*, C-256/01 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99 ; CJCE, 26 septembre 2000, *Kachelmann*, C-322/98 ; CJCE, 16 mai 2000, *Preston e. a. et Fletcher et autres*, C-78/98 ; CJCE, 6 avril 2000, *Jorgensen*, C-226/98 ; CJCE, 21 octobre 1999, *Lewen*, C-333/97 ; CJCE, 27 octobre 1998, *Boyle*, C-411/96 ; CJCE, 17 juin 1998, *Hill*, C-243/95.

<sup>497</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 85.

privée et familiale<sup>498</sup>. Tant que le droit de l'Union ne se préoccupait que de motifs de discrimination « visibles » comme le sexe<sup>499</sup>, ou la nationalité, qui figurent sur la carte d'identité nationale de tout citoyen européen, la preuve statistique paraissait réalisable.

**121.** La Cour amorça une évolution notable dans le domaine de la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité. Dans l'arrêt *O'Flynn* en 1996<sup>500</sup>, elle estima que trois types de conditions en droit national, bien qu'indistinctement applicables aux travailleurs migrants et nationaux, doivent être regardées comme indirectement discriminatoires. Celles qui « affectent essentiellement [...] ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants », celles « qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants » et enfin celles « qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants »<sup>501</sup>. En d'autres termes, au côté de l'approche quantitative représentée par le premier cas, la Cour reconnaît que des conditions peuvent, par leur nature même, entraîner un désavantage pour les travailleurs migrants. Ce sont les deux dernières hypothèses envisagées par la Cour.

**122.** Cette approche plus qualitative de la discrimination indirecte ne gagna toutefois pas immédiatement le domaine de l'égalité entre hommes et femmes. Dans l'affaire *Seymour-Smith* de 1999<sup>502</sup>, la Cour requiert de nouveau qu'une preuve statistique soit apportée, tout en précisant que la qualification de discrimination indirecte pourrait être retenue « même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais relativement constant et persistant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »<sup>503</sup>. La Cour, toujours limitée par le cadre de la directive 97/80 et sa définition de la discrimination indirecte, ne peut donc transposer l'ouverture opérée en matière de nationalité au domaine de l'égalité, même si elle assouplit l'exigence quant au niveau de disproportion à prouver.

---

<sup>498</sup> Voir le développement dans la Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, consacré aux bénéficiaires de l'action positive.

<sup>499</sup> Encore qu'aujourd'hui, les revendications pour la reconnaissance d'un sexe neutre dans l'état civil, notamment portées par les personnes intersexes, puissent être de nature à bousculer également la possibilité de parler de critère visible pour le sexe.

<sup>500</sup> CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn*, C-237/94, pt 9 : en l'espèce, l'accès à un avantage social au Royaume-Uni était associé à une condition territoriale « que les travailleurs migrants avaient normalement une vocation moindre à remplir ».

<sup>501</sup> *Ibid.*, pt 18.

<sup>502</sup> CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97.

<sup>503</sup> *Ibid.*, pt 61.



*b- La combinaison d'une approche qualitative et quantitative du désavantage*

123. Le problème s'est finalement réglé avec la nouvelle formulation de la discrimination indirecte consacrée par l'article 2 §1 b) de la directive 2006/54 qui abroge notamment la directive 97/80. La définition unique de la discrimination indirecte devient : « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre *désavantagerait particulièrement* des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». La disparition du terme de « proportion » relègue les statistiques au second plan<sup>504</sup> par rapport à l'évaluation de la nature des normes, ou en tout cas, permet une coexistence plus claire entre les deux. « La "disproportion" de l'impact peut se concrétiser de manières variées »<sup>505</sup>.

124. La discrimination indirecte fondée sur le sexe pouvant donner lieu à une analyse statistique, il n'y aurait aucune raison de rendre inadmissible ce moyen de preuve. Cela n'empêche pas que certains critères seront jugés suspects *par nature*, sans qu'il soit besoin d'analyser les effets<sup>506</sup>. Dans l'arrêt *Schnorbus* du 7 décembre 2000, par exemple, la Cour de justice a admis qu'il n'est pas « nécessaire d'analyser les conséquences concrètes de l'application »<sup>507</sup> d'une disposition qui accorde une priorité aux candidats ayant effectué un service militaire ou civil obligatoire, sachant que l'accomplissement de ce service, en vertu du droit national, n'est pas obligatoire pour les femmes. Le critère d'apparence neutre devient par nature, vu le contexte national, désavantageux pour les femmes<sup>508</sup>, sans qu'il soit nécessaire de

---

<sup>504</sup> M.-T. LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, mai 2001, p. 190 : « la méthode statistique n'était pas toujours pertinente car il fallait trouver à la fois des groupes suffisants et comparables ».

<sup>505</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 242.

<sup>506</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme semble avoir adopté la même approche. Dans l'arrêt CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 7209/02, un homme prétendait avoir été victime d'une discrimination indirecte, étant donné que les règles nationales d'établissement des listes de jurés aboutissaient à une sur-représentativité des hommes dans les jurys. Des statistiques recueillies montraient que dans les jurys composés au cours des cinq années précédentes, 95 % des membres étaient des hommes. Bien qu'aucune règle ne comporte une discrimination directement fondée sur le sexe, la Cour a reconnu que la pratique découlant de ces règles était constitutive d'une discrimination indirecte non justifiée. La preuve par statistique est donc un outil efficace de preuve devant la Cour européenne des droits de l'Homme également.

Puis, dans l'arrêt CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, § 188, la Cour a apporté une précision utile. Elle « estime que, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant. Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte ».

<sup>507</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99, pt. 38

<sup>508</sup> Dans ce sens d'ailleurs, la Cour aurait pu y voir, compte tenu du contexte, un critère indissociablement lié au sexe et donc constitutif d'une discrimination directe. Voir §§ 69 et s.

mesurer ses effets concrets<sup>509</sup>. Dans de telles situations, la Cour pose une sorte de « présomption d'équivalence entre le critère neutre et le critère discriminatoire »<sup>510</sup>.

**125.** Toutefois, la Cour continue d'exiger, pour prouver la discrimination indirecte fondée sur le sexe, que « l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »<sup>511</sup>, lorsqu'aux faits s'applique encore la directive 76/207. Dans l'arrêt *Riežniece*, la Cour fut interrogée sur la question de savoir si une différence de traitement fondée sur l'utilisation du congé parental pouvait constituer une discrimination indirecte à l'encontre des femmes, étant donné que « les femmes ont bien plus souvent recours au congé parental que les hommes »<sup>512</sup>. La Cour impose à la juridiction nationale de mener des vérifications approfondies pour établir si tel est bien le cas<sup>513</sup>, car le congé parental n'est pas un critère susceptible d'entraîner par nature une discrimination indirecte à l'encontre des femmes, tout comme le travail à temps partiel.

**126.** Même si une partie des éléments que nous avons présentés pour le motif du sexe se transpose tout à fait dans l'analyse de la discrimination indirecte fondée sur les autres motifs, il existe quelques différences que nous allons nous efforcer de mettre à présent en lumière.

## **§2) La discrimination indirecte fondée sur les autres motifs**

**127.** La définition retenue aux articles 2 §2 des directives 2000/78 et 2000/43 diverge de celle que l'on vient d'étudier dans le cadre de l'égalité entre hommes et femmes. Elle paraît s'éloigner de l'approche qualitative et quantitative combinée développée par la Cour. Elle est apparemment toute tournée vers une approche qualitative de la discrimination indirecte et non sur la mesure quantitative de ses effets concrets. Le critère, la disposition ou la pratique d'apparence neutre ne doit être que « susceptible d'entraîner » un « désavantage particulier » pour une des catégories protégées par ces textes. Il faut d'abord expliquer cette nette prédominance de l'approche qualitative de la discrimination indirecte pour les autres motifs que

---

<sup>509</sup> Voir aussi CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, C-595/12, pts 32 et 33, où la simple perte de chance suffit.

<sup>510</sup> M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, op. cit., p. 85.

<sup>511</sup> CJCE, 2 octobre 1997, *Gerster*, C-1/95, pt 30 ; CJUE, 20 octobre 2011, *Brachner*, C-123/10, pt 56 ; CJUE, 20 juin 2013, *Riežniece*, C-7/12, pt 39.

La Cour ne s'est pas encore prononcée sur la discrimination indirecte dans le cadre de la directive 2004/113 mais la définition étant identique, il n'y a pas lieu de penser que l'interprétation devrait être différente.

<sup>512</sup> CJUE, 20 juin 2013, *Riežniece*, C-7/12, pt 40, qui confirme CJCE, 21 octobre 1999, *Lewen*, C-333/97, pt 35.

<sup>513</sup> CJUE, 20 juin 2013, *Riežniece*, C-7/12, pts 40 à 48.

le sexe et la nationalité (A). Il convient ensuite d'analyser l'application jurisprudentielle d'une telle définition (B).

### *A) La prédominance de l'approche qualitative dans la définition*

**128.** Sans doute faut-il plutôt voir dans la formule des directives de 2000 une volonté de retenir une définition large de la discrimination indirecte, davantage que de créer une rupture avec la jurisprudence passée. En d'autres termes, la preuve quantitative du désavantage particulier aurait tout lieu d'être acceptée par la Cour pour les motifs de discrimination des directives de 2000 aussi.

**129.** C'est simplement par pragmatisme que la définition est ancrée dans l'approche qualitative. Les difficultés pour produire des données statistiques dans le cadre de certaines catégories protégées expliquent le choix des institutions européennes. Recueillir des statistiques sur la race ou l'origine ethnique est difficile voire interdit dans la plupart des États membres<sup>514</sup>, de même que relever des données fondées sur des caractéristiques appartenant à l'intimité de la personne (orientation sexuelle, convictions et religion en particulier) et protégées par le droit au respect de sa vie privée<sup>515</sup>. « La nouvelle définition donnée par les directives de lutte contre les discriminations semble consacrer l'approche qualitative et reprendre la jurisprudence *O'Flynn*, mais continue d'exiger qu'il touche les personnes protégées "en particulier". En ce sens, la référence à l'approche quantitative de la discrimination indirecte n'est pas totalement abandonnée »<sup>516</sup>.

**130.** Le Parlement européen, dans les amendements proposés en première lecture des textes des directives alors à l'état de proposition de la Commission, montre bien que les deux approches sont toujours présentes dans l'esprit des textes. Le Parlement avait proposé une

---

<sup>514</sup> En France, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 y fait obstacle. Nous développerons par la suite. M.-T. LANQUETIN propose aussi cette explication : « Cette solution évite de trancher le débat né en France selon lequel les données statistiques ne pourraient pas être utilisées en raison des exigences constitutionnelles ». In « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 » *Droit social*, 2003, p. 312. C. WILLMANN, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Droit social*, n° 2, 2008, pp. 166-173 : « les entreprises restent donc soumises au *statu quo ante*, défini par les art. 8 et 25 de la loi du 6 janvier 1978 (modifiée par la loi n° 2004-801), qui interdit une telle collecte de données considérées comme sensibles, sauf consentement écrit des salariés concernés ».

Voir également la note de veille n° 22 du Centre d'analyse stratégique « Les statistiques ethniques en France : où en sommes-nous ? » et le rapport de la CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles », 15 mai 2007, en ligne : <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/RapportdiversiteVD.pdf>

<sup>515</sup> Nous développerons cet aspect dans la partie suivante. Voir §§ 689 et s.

<sup>516</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 425.

définition plus détaillée que celle qui fut finalement retenue : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre produit ou est intrinsèquement susceptible de produire un effet défavorable pour une personne ou un groupe de personnes d'une race ou d'une origine ethnique, en sorte que celle-là ou celui-là se retrouve, ou risque sérieusement de se retrouver, en position de désavantage particulier »<sup>517</sup>. La distinction entre « produit » et « est intrinsèquement susceptible de produire » renvoie clairement aux deux méthodes d'analyse de la discrimination indirecte développée par la Cour en matière d'égalité entre les sexes ou sur le fondement de la nationalité.

**131.** D'ailleurs, le Parlement le confirme lui-même, puisqu'il justifie cet amendement en ces termes : « cette définition remaniée, qui (comme dans la proposition de la Commission) tient compte de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *O'Flynn*, a pour objectif de veiller à ce qu'il ne survienne pas de problème superflu de preuve statistique et à ce que le concept de désavantage comparatif, inhérent à une discrimination indirecte soit inclus »<sup>518</sup>. Il rejoint également les évolutions de la jurisprudence en matière d'égalité entre hommes et femmes, finalement consacrées par la directive 2006/54. Aucune proposition de modification de la définition des directives 2004/113 (dans le cadre de la consultation) et 2006/54 (dans le cadre de la codécision) n'avait en revanche été faite par le Parlement<sup>519</sup>. La formulation finalement retenue simplifie considérablement la question puisque seule l'approche qualitative est explicitement visée par les deux directives de 2000. Une règle ou pratique susceptible

---

<sup>517</sup> Résolution du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(1999) 566 - C5-0067/2000 - 1999/0253(CNS)), amendement sur l'article 2 §2 b).

On retrouve le même amendement dans la Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (COM(1999) 565 - C5-0068/2000 - 1999/0225(CNS)), amendement 22 : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre produit ou peut intrinsèquement produire un effet défavorable pour une ou l'une des personnes auxquelles s'applique un des motifs visés à l'article 1er, de sorte que celle-ci se trouve dans une position particulièrement désavantageuse ou menace d'être placée dans une telle situation ».

<sup>518</sup> Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *op. cit.*, justification de l'amendement 22.

<sup>519</sup> Voir pour la directive 2004/113 le projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services (COM(2003) 657 – C5-0654/2003 – 2003/0265(CNS)). Accessible en ligne.

Et pour la directive 2006/54/CE : Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 (COM(2004)0279 – C6-0037/2004 – 2004/0084(COD)).

d'entraîner un désavantage renvoie à la nature, au-delà de l'analyse de ses effets concrets et quantitatifs, sans pour autant que cette dernière possibilité soit exclue.

### ***B) L'interprétation jurisprudentielle de la définition***

**132.** L'interprétation jurisprudentielle de la discrimination indirecte fondée sur les autres motifs que le sexe et la nationalité n'est guère fournie. La majorité du contentieux né des directives 2000/78 et 2000/43 concerne le motif de l'âge, généré en grande partie par des mesures nationales visant directement le motif. La question qui se pose alors au juge par la voie préjudicielle est de déterminer si la différence de traitement directe est ou non couverte par une des exceptions prévues. Il importe tout de même de relever quelques éléments intéressants, dans le cadre de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique d'un côté (1) et dans celui de la discrimination fondée sur les autres motifs de l'autre<sup>520</sup> (2).

#### **1- La discrimination indirectement fondée sur la race ou l'origine ethnique**

**133.** Il convient déjà de signaler que, pour ce motif de la directive 2000/43, la Cour n'a rendu que neuf arrêts, dont trois où elle estima que la question n'entraînait pas dans le champ d'application de la directive<sup>521</sup>, un autre où elle se déclara incompétente<sup>522</sup>, un qui portait sur une question largement accessoire<sup>523</sup> et quatre enfin qui permirent d'apporter des éléments substantiels sur les notions de discriminations directes et indirectes<sup>524</sup>.

**134.** L'affaire *Jyske Finans* du 6 avril 2017 aborda de front la question de la discrimination indirectement fondée sur la race ou l'origine ethnique. Au principal, elle avait pour origine la pratique d'un établissement de crédit danois consistant à demander une pièce justificative d'identité supplémentaire aux individus sollicitant un crédit qui n'étaient pas nés au Danemark par rapport à ceux qui l'étaient. Selon le requérant au principal, une telle pratique constituait une discrimination fondée sur l'origine ethnique. La juridiction nationale saisie demande donc à la Cour de justice si une telle pratique est contraire à la directive 2000/43 en

---

<sup>520</sup> Nous opérons cette distinction afin de suivre la structure du droit dérivé lui-même.

<sup>521</sup> CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09 ; CJUE, 7 juillet 2011, *Agafitei*, C-310/10 et CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

<sup>522</sup> CJUE, 31 janvier 2011, *Belov*, C-394/11.

<sup>523</sup> CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10

<sup>524</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14 et CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, C-668/15 ; CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17.

ce qu'elle serait une discrimination directe ou indirecte. Que ce soit la Cour dans son arrêt ou l'avocat général Nils Wahl dans ses conclusions, l'impossibilité de parler de discrimination directe est rapidement établie puisque c'est bien sûr le motif du lieu de naissance que la différence de traitement repose à titre exclusif<sup>525</sup>. Un tel motif n'étant pas protégé par la directive 2000/43 et n'étant pas considéré à lui seul comme indissociablement lié au motif protégé<sup>526</sup>, il ne peut s'agir d'une discrimination directe.

**135.** La question se pose de savoir si une pratique consistant à différencier sur le fondement du lieu de naissance peut constituer un critère « apparemment neutre susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée ». L'avocat général rappelle trois éléments : d'abord il faut que la « mesure ait pour effet de désavantager particulièrement les personnes d'"une origine ethnique donnée" », ensuite aucune intention discriminatoire n'est nécessaire, enfin la discrimination indirecte « peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques »<sup>527</sup>. En soi, le postulat de l'avocat général peut paraître imprécis voire erroné puisqu'il estime que la mesure doit avoir pour effet de désavantager, alors que la directive parle de mesure « susceptible d'entraîner un désavantage », ce qui ne revêt pas le même sens. Ce qui est toutefois intéressant dans le raisonnement proposé par l'avocat général et qui sera déterminant dans l'arrêt de la Cour vient ensuite.

**136.** La lecture de l'article 2 §2 b) de la directive 2000/43 impose une condition d'application claire : la mesure prétendument discriminatoire doit désavantager une origine ethnique *en particulier*. « Autrement dit, cette disposition suppose d'identifier une origine ethnique particulière (ou, lorsqu'une pratique affecte plusieurs communautés ethniques distinctes, des origines ethniques particulières) »<sup>528</sup>. L'avocat général précise que cela n'influe pas sur les éléments dégagés dans la jurisprudence passée, à savoir que la discrimination indirecte n'implique pas que la personne « appartienne réellement à la communauté ethnique subissant le traitement (en cas de « discrimination par association »)<sup>529</sup> ni qu'une victime ait été identifiée<sup>530</sup> pour déclencher l'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'origine ethnique »<sup>531</sup>. On ne peut que constater l'absence de cette condition d'application

---

<sup>525</sup> Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL présentées le 1<sup>er</sup> décembre 2016, aff. C-668/15 et CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, *op. cit.*, pts 17 à 19.

<sup>526</sup> *Ibid.*, pt 19.

<sup>527</sup> Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL présentées le 1<sup>er</sup> décembre 2016, aff. C-668/15, pt 57.

<sup>528</sup> *Ibid.*, pt 60.

<sup>529</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 56.

<sup>530</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, pts 23 et 25.

<sup>531</sup> Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL présentées le 1<sup>er</sup> décembre 2016, aff. C-668/15, pt 61.

fondamentale dans le cas de l'arrêt *Jyske Finans*, puisque la pratique peut potentiellement affecter « chacune des origines ethniques existant sur Terre »<sup>532</sup>, le critère étant le fait d'être né en dehors du territoire d'un État membre de l'Union ou d'un État membre de l'AELE.

137. La Cour reprend donc les analyses de l'avocat général et fait de l'identification d'une origine ethnique *en particulier* comme victime du désavantage une condition d'application de la discrimination indirecte<sup>533</sup>. Comme pour la discrimination directe, « l'existence d'un traitement défavorable ne saurait être constatée de manière générale et abstraite, mais doit l'être de manière spécifique et concrète, au regard du traitement favorable en cause »<sup>534</sup>. Le lieu de naissance, en ce qu'il ne saurait présumer de l'origine ethnique, ne peut donc servir à fonder une discrimination indirectement liée à celle-ci.

138. La Cour eut l'occasion de confirmer ces éléments avec l'arrêt *Maniero* du 15 novembre 2018<sup>535</sup>, où se posait la question de savoir si le fait qu'une fondation privée d'un État membre réserve l'attribution de bourses de recherche aux candidats ayant réussi un certain examen pouvait constituer une discrimination indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique. Le défaut d'éléments révélant qu'un groupe ethnique particulier était défavorisé par une telle pratique conduit la Cour à écarter la question de la discrimination indirecte.

## 2- La discrimination indirectement fondée sur les motifs de la directive 2000/78

139. Il nous faut ici nous intéresser aux différents motifs protégés par la directive 2000/78 : d'abord la discrimination indirecte fondée sur l'âge ou le handicap (a), ensuite celle qui est fondée sur l'orientation sexuelle (b), pour terminer par celle liée à la religion ou aux convictions (c).

### a- La discrimination indirecte fondée sur l'âge ou le handicap

140. Bien que le motif de l'âge ait généré l'essentiel du contentieux né de la mise en œuvre de la directive 2000/78 devant la Cour de justice<sup>536</sup>, il n'est presque jamais question de

---

<sup>532</sup> *Ibid.*, pt 67.

<sup>533</sup> CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, *op. cit.*, pt 31.

<sup>534</sup> *Ibid.*, pt 32.

<sup>535</sup> CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17.

<sup>536</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN écrit que « c'est surtout la question de l'âge et toutes les discriminations que subissent dans l'univers professionnel tantôt les seniors - pour employer un terme politiquement correct - tantôt les plus jeunes, qui a engendré une ébullition interprétative révélatrice des problèmes communs auxquels sont confrontées les sociétés des États membres, toutes déboussolées par la crise économique ». In « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide » *AJDA* 2011 p. 967 .

discrimination indirecte. Les apports de la jurisprudence sur la discrimination indirecte par rapport au critère de l'âge restent donc modestes et très casuistiques<sup>537</sup>. On peut en apprendre davantage sur ce que *n'est pas* la discrimination indirecte que sur ce qu'elle *est*. Nous retrouvons ici notre idée que, dans l'analyse de la Cour, l'interprétation de la définition de la discrimination indirecte est plutôt restrictive, contrairement à celle de la discrimination directe.

**141.** Une différence de traitement fondée sur l'éligibilité à une pension de vieillesse est bien une discrimination directe puisqu'elle repose sur un critère indissociablement lié à celui-ci<sup>538</sup>. Traiter différemment ses employés du fait de leur différence d'expérience professionnelle<sup>539</sup>, ou du fait de la réalisation de périodes de scolarité différentes<sup>540</sup> n'entraîne pas une discrimination directe car de tels critères ne sont pas indissociablement liés à l'âge, mais pas de discrimination indirecte non plus, malgré le risque qu'ils produisent un désavantage pour certaines catégories d'âge, étant donné que l'objectif de tels critères paraît légitime<sup>541</sup> dans le cadre de la gestion des ressources humaines de son entreprise. Un autre exemple qui s'est présenté est le critère de l'ancienneté comme pouvant générer une discrimination indirecte. « Bien que l'ancienneté constitue une variable d'éviction redoutable de certaines catégories de travailleurs en fonction de leur âge, il est difficile de faire établir par le juge qu'elle est constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur l'âge »<sup>542</sup>, car « l'ancienneté va de pair avec l'expérience »<sup>543</sup> selon la Cour de justice. Ainsi, l'objectif est jugé encore une fois légitime, malgré le désavantage potentiellement produit pour les jeunes travailleurs.

**142.** La massivité du contentieux de l'âge se révèle décevante sur la question de la discrimination indirecte mais cela ne doit pas surprendre<sup>544</sup>. À travers ces renvois préjudiciels multiples, ce sont les politiques sociales mises en place par les États ou, à plus petite échelle, par les stratégies d'entreprise, qui sont passées au peigne fin par les juridictions nationales et incidemment par la Cour de justice. Or, le critère de l'âge est largement utilisé et de manière

---

Au jour où nous écrivons, la Cour a rendu plus de 30 arrêts en interprétation de la directive 2000/78 dans le cadre de différences de traitement fondées sur l'âge.

<sup>537</sup> M. MERCAT-BRUNS, « Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation », *RDT*, n°7-8, 2011, pp. 441-444. Elle étudie des arrêts de la Cour de cassation française mais revient sur les éléments du droit de l'Union européenne.

<sup>538</sup> CJUE, 12 octobre 2010, *Ingeniorforeningen i Danmark*, C-499/08.

<sup>539</sup> CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11.

<sup>540</sup> CJUE, 21 décembre 2016, *Bowman*, C-539/15.

<sup>541</sup> Comme nous le verrons par la suite, la discrimination indirecte peut toujours être justifiée par un objectif légitime, si les moyens sont appropriés et nécessaires.

<sup>542</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>543</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, pt 24.

<sup>544</sup> M. MERCAT-BRUNS, « Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation », *Droit social*, 2009, p. 1004.



tout à fait directe dans le cadre de ces politiques et stratégies. Il s'ensuit que ce sont bien davantage des cas de discriminations directes qui sont éventuellement être découverts par la Cour que de discriminations indirectes.

**143.** Il en va de même pour le handicap où la plupart des difficultés contentieuses sont nées de l'absence de définition de la notion de handicap dans la directive<sup>545</sup>. Toutefois, l'arrêt *HK Danmark* en 2013 a été l'occasion de quelques précisions sur la discrimination indirecte. Le critère utilisé pour fonder une différence de traitement dans les préavis de licenciement était les absences pour cause de maladie, et par extension, la maladie elle-même. Après avoir établi que la maladie ne se confond pas avec le handicap tel qu'il a été défini dans l'arrêt *Chacon Navas*<sup>546</sup>, en ajoutant qu'il faut une « durabilité de l'entrave à la vie professionnelle »<sup>547</sup> pour que la maladie entre éventuellement dans sa définition<sup>548</sup>, la Cour refuse de faire de la maladie un critère en soi prohibé par la directive 2000/78<sup>549</sup> ou un critère indissociablement lié au handicap, ce qui aurait produit un effet de stigmatisation du handicap inacceptable.

**144.** En revanche, elle pourrait bien produire une discrimination indirecte fondée sur le handicap, car « si le travailleur handicapé est confronté comme les autres travailleurs au risque de tomber malade, son état l'expose davantage aux maladies qui sont liées à son handicap »<sup>550</sup>. Le critère de la maladie est donc susceptible « d'entraîner une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap »<sup>551</sup>, ce qui, selon certains auteurs, « véhicule un double préjugé condamnable »<sup>552</sup> sur les personnes handicapées, portant atteinte à leur dignité. Il est vrai que tout lien, même indirect, entre la maladie et le handicap, risque de ramener le handicap

---

<sup>545</sup> La Cour a rendu dix arrêts sur ce motif : CJUE, 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17 ; CJUE, 18 janvier 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15 ; CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15 ; CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11 ; CJUE, 8 décembre 2014, *FOA*, C-354/13 ; CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06 ; CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05. Sur le fondement de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux : CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12.

<sup>546</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, *op. cit.*, pt 43 : cette notion doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Cité au pt 36 de l'arrêt CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*

<sup>547</sup> H. RIHAL, J. CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, 2013, p. 843.

<sup>548</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt 41.

<sup>549</sup> *Ibid.*, pt 42. On peut sans doute voir-là l'influence de la ratification intervenue entre l'arrêt *Chacon Navas* et *HK Danmark* de la Convention relative aux droits des personnes handicapées par l'Union européenne en 2011.

<sup>550</sup> J. CAVALLINI, « Maladie et discrimination indirecte fondée sur le handicap », *JCP S*, n° 23, 2013, p. 1238.

<sup>551</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt 76.

<sup>552</sup> H. RIHAL, J. CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

à une conception médicalisée, qui n'est pas celle qu'entend promouvoir la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>553</sup>, à laquelle l'Union est partie.

**145.** Une discrimination indirectement fondée sur le handicap pourrait bien être constituée également par une mesure telle que celle qui était en cause dans l'affaire *Bedi*<sup>554</sup>. Une convention collective conclue entre l'Allemagne et différents syndicats prévoyait le versement d'une allocation complémentaire temporaire pour les travailleurs âgés, longtemps dans l'emploi, se faisant licencier pour une cause économique, en cas de réemploi ou de chômage. La question de la discrimination indirecte sur le fondement du handicap intervient étant donné que le droit allemand permet par ailleurs que les travailleurs « gravement handicapés se voient octroyer une pension de retraite anticipée au titre du régime légal d'assurance pension, en fonction de leur année de naissance »<sup>555</sup>. La conséquence est que ces travailleurs-là bénéficient de l'allocation complémentaire moins longtemps, étant donné qu'ils parviennent plus tôt à l'éligibilité à une pension de retraite. Ces éléments établissent l'existence d'une présomption de discrimination indirecte, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus concrètement les effets de la mesure sur un grand nombre de travailleurs handicapés. Le simple fait que le requérant ait effectivement subi un traitement désavantageux suffit à établir cette présomption.

*b- La discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle*

**146.** L'orientation sexuelle, « motif inépuisable de discrimination »<sup>556</sup>, n'a pourtant pas encore été au cœur d'un grand nombre d'arrêts dans le cadre de la directive 2000/78<sup>557</sup>. L'âge et le sexe sont utilisés fréquemment pour fonder directement des différences de traitement dans les politiques sociales des États, tandis que l'orientation sexuelle serait davantage le prétexte de distinctions dans des domaines comme la santé, le droit au mariage et les droits reproductifs, qui ne font pas partie du champ d'application de la directive 2000/78. En revanche, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux prohibe toute discrimination, sans précision sur leur nature, fondée sur l'orientation sexuelle, dans tous les domaines. Nous avons vu que la plupart

---

<sup>553</sup> La Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006 cherche précisément à « faire place à une conception non entièrement médicale du handicap mais sociologique fondée sur la relation entre la personne et son environnement », selon H. RIHAL, J. CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

<sup>554</sup> CJUE, 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17.

<sup>555</sup> *Ibid.*, pt 51.

<sup>556</sup> F. SUDRE, « L'orientation sexuelle, motif inépuisable de discrimination pour la Cour EDH », *JCP*, 2016, p. 897.

<sup>557</sup> Seulement cinq arrêts à ce jour : CJUE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06 ; CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08 ; CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12 ; CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15.

des arrêts dans lesquels sont apparus des cas de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, dans le cadre de la directive 2000/78, avait pour origine des allégations de discriminations du fait des différences de traitement instaurées entre les statuts d'unions du couple. De telles allégations s'expliquent par le fait que les États autorisant le mariage pour les couples de même sexe sont restés longtemps très minoritaires, même si leur nombre a largement progressé aujourd'hui<sup>558</sup>. Le Parlement européen a recommandé aux États membres à plusieurs reprises de mettre fin à « l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes » et de « leur garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats »<sup>559</sup>.

147. Nous avons vu que dans trois des cas qui s'étaient présentés à la Cour de Justice<sup>560</sup>, les juges avaient considéré ce critère comme étant indissociablement lié au motif de l'orientation sexuelle, s'engageant donc dans la logique de la discrimination directe. Il nous faut dire à présent quelques mots du quatrième cas qui s'est présenté à la Cour. Le contexte de l'arrêt *Parris*<sup>561</sup> mérite d'abord d'être rappelé. Une mesure irlandaise accordait le bénéfice d'une prestation de survie pour le conjoint survivant dans le cadre du mariage, à la condition que le mariage ait été conclu avant le soixantième anniversaire du bénéficiaire de la pension de retraite décédé. À partir du 19 juillet 2010, la loi sur les partenariats civils ayant été adoptée en Irlande, le régime de la prestation de survie fut étendu pour bénéficier au survivant conjoint comme partenaire. Le cas particulier de la mesure en cause est son application indistincte au mariage et au partenariat, dès le 19 juillet 2010, ce qui différencie l'affaire *Parris* des précédentes. Ainsi la Cour confirme que la mesure est « formulée de manière neutre et vise, par ailleurs, les travailleurs homosexuels autant que les travailleurs hétérosexuels, et exclut, sans distinction, leurs partenaires du bénéfice d'une pension de survie lorsque le mariage ou le partenariat enregistré n'a pas été conclu avant le soixantième anniversaire du travailleur »<sup>562</sup>.

---

<sup>558</sup> 14 États membres de l'Union européenne ont ouvert le droit au mariage au couple homosexuel. En 2017, l'Allemagne, Malte, la Finlande et l'Autriche ont été les derniers à le faire. Par ordre chronologique ensuite : les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède (2009), le Portugal (2010), le Danemark (2012), la France (2013), le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles en 2013, Écosse en 2014), le Luxembourg et l'Irlande (2015). En Slovénie, le référendum du 20 décembre 2015 par référendum a rejeté la loi autorisant le mariage homosexuel adoptée par le Parlement.

<sup>559</sup> Résolution du Parlement Européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne, JOCE C 61 du 28.2.1994, p. 40 ; Résolution du Parlement européen du 17 décembre 1998 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union Européenne, JOCE C 313, 12.10.1998, p. 186.

<sup>560</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06 ; CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12.

<sup>561</sup> CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15.

<sup>562</sup> *Ibid.*, pt 49.

**148.** Toutefois, le requérant faisait valoir au principal que, le régime ayant été réservé aux seuls mariés jusqu'en 2010, il avait été dans l'impossibilité d'en bénéficier, avant d'atteindre l'âge de 60 ans. Il y aurait donc eu, selon lui une discrimination « multiple »<sup>563</sup> fondée sur l'orientation sexuelle et l'âge, car les travailleurs homosexuels de plus de 60 ans en 2010 étaient *de facto* exclus de la prestation. Ce raisonnement convainquit l'avocate générale pour qui, malgré la neutralité du critère retenu, « cette limite d'âge a affecté un grand nombre de travailleurs homosexuels d'une manière plus sensible et plus désavantageuse que leurs collègues hétérosexuels »<sup>564</sup>. Or, un tel « constat est suffisant pour conclure que l'on est en présence d'une discrimination indirecte en raison de l'orientation sexuelle »<sup>565</sup>.

**149.** Une fois de plus, la possibilité d'un effet discriminatoire est considérée comme la seule condition nécessaire à la révélation d'une discrimination indirecte. Elle développe des points intéressants : « le constat d'une discrimination indirecte ne suppose pas, en effet, que tous les travailleurs homosexuels soient défavorisés, pas plus qu'elle ne dépend du fait que des travailleurs hétérosexuels ne le soient jamais »<sup>566</sup>. La Cour n'a pourtant pas retenu cette conclusion logique, pour une raison extérieure à la logique discriminatoire. En effet, il n'était guère possible de ne pas conclure à une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, mais la Cour estime être ici tenue par le fait que la directive 2000/78 ne saurait avoir pour effet d'obliger les États à reconnaître le mariage ou une quelconque forme d'union pour les personnes de même sexe<sup>567</sup>. L'efficacité de la lutte contre les discriminations indirectes fondées sur l'orientation sexuelle est mise en échec par la répartition des compétences et une « déférence inédite »<sup>568</sup> de la Cour pour la liberté des États de ne pas autoriser le mariage pour les couples de même sexe.

**150.** Un dernier cas s'est présenté à la Cour, cette fois-ci en interprétation de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, qui interdit les discriminations mais sans précision sur leur forme directe ou indirecte. Cela n'empêcha pourtant pas l'avocat général Mengozzi de déceler, dans l'affaire *Geoffrey Léger* du 29 avril 2015<sup>569</sup>, une différence de traitement indirectement fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle, dans le fait d'interdire à vie pour les

---

<sup>563</sup> Nous étudierons cette question plus tard. Voir sur cet arrêt, N. MOIZARD, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267.

<sup>564</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT, présentées le 30 juin 2016, C-443/15.

<sup>565</sup> *Ibid.*

<sup>566</sup> *Ibid.*, pt 61.

<sup>567</sup> *Ibid.*, pts 59-61. Elle renvoie au considérant 22 de la directive 2000/78 qui garantit la liberté des États de ne pas reconnaître le mariage pour les personnes de même sexe.

<sup>568</sup> E. BRIBOSIA, I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *JEDH*, n° 2, 2017, p. 204.

<sup>569</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, C-528/13.

« hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme », de donner leur sang en France<sup>570</sup>. Tout l'enjeu de l'arrêt *Léger* était en effet de déterminer si « l'exclusion permanente pour les hommes ayant eu un rapport sexuel avec un homme [vise] à affecter une orientation sexuelle particulière ou plutôt un véritable comportement, à proprement parler »<sup>571</sup>. Il existe *a priori* un lien très direct entre le fait qu'un homme ait eu des relations sexuelles avec un homme et son orientation sexuelle, si direct d'ailleurs que l'on aurait pu s'attendre à un raisonnement sur le critère indissociablement lié et la discrimination directe dans les conclusions.

**151.** Contrairement à l'avocat général, et de manière d'ailleurs plus fidèle à la formule générale de l'article 21 de la Charte, la Cour n'utilise pas explicitement la dichotomie discrimination directe/indirecte. Elle précise simplement que la réglementation française est « susceptible de comporter, à l'égard des personnes homosexuelles, une discrimination au sens de l'article 21, paragraphe 1, de la Charte »<sup>572</sup>. Même si l'article 21 de la Charte ne prévoit pas de dérogations à l'interdiction de discriminer, la Cour se fonde sur l'article 52 §1 qui autorise des limitations aux droits fondamentaux reconnus par la Charte, si elles sont prévues par la loi, « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général »<sup>573</sup>. La Cour estime que tel est le cas ici, l'objectif étant de « protéger la santé des receveurs », la santé publique<sup>574</sup>. La caractérisation de la mesure comme étant « susceptible de comporter une discrimination » et la vérification des justifications peuvent laisser penser que la Cour voit dans une telle mesure une discrimination indirecte potentielle, et non directe. Ou bien doit-on penser que toute discrimination dans les domaines couverts par la Charte et non couverts par les directives, est justifiable, qu'elle soit directe ou non, vu l'article 52 §1 ? Il n'est pas évident qu'il faille voir dans l'arrêt *Léger* un cas de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, et ce malgré les conclusions de l'avocat général.

#### *c- La discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions*

**152.** La Cour n'a rendu que quatre arrêts en interprétation du motif de la religion ou des convictions de la directive 2000/78, dont deux en relation avec l'exigence de neutralité dans

---

<sup>570</sup> Conclusions de l'avocat général M. Paolo MENGOZZI, présentées le 17 juillet 2014, aff. C-528/13. Cf. sur ces conclusions C. DEMUNCK, « Vers la fin de l'exclusion française du don de sang des homosexuels ? », *Dalloz actualité*, 29 juillet 2014.

<sup>571</sup> *Ibid.*, pt 34 : « en pratique, c'est essentiellement, si ce n'est exclusivement, la totalité de la population masculine homosexuelle et bisexuelle qui se retrouve, de fait, exclue pour toujours du don pour la seule raison que ces hommes ont eu ou ont actuellement des rapports sexuels avec un autre homme ».

<sup>572</sup> *Ibid.*, pt 50.

<sup>573</sup> *Ibid.*, pt 52.

<sup>574</sup> *Ibid.*, pts 54-59.

l'entreprise<sup>575</sup>. Dans l'arrêt *G4S Secure Solutions* du 14 mars 2017, l'analyse s'est portée sur la discrimination indirecte, d'ailleurs soulevée par la Cour de justice elle-même<sup>576</sup>. Une disposition du règlement intérieur d'une entreprise belge interdisait à ses employés « de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses ou d'accomplir tout rite qui en découle »<sup>577</sup>. La Cour part de la considération première, en soi discutable comme nous aurons l'occasion de le montrer plus tard dans notre travail<sup>578</sup>, qu'un tel règlement ne saurait être perçu comme une discrimination directe, parce qu'il viserait « indifféremment toute manifestation de telles convictions »<sup>579</sup>. En revanche, selon la Cour, si cette règle ne vise pas directement une catégorie particulière d'individus sur le fondement d'une religion ou conviction particulière, elle pourrait bien constituer une discrimination indirecte si une catégorie d'individus subissait un désavantage particulier, en raison de sa religion ou de ses convictions.

**153.** Une question se pose alors : faut-il considérer qu'une règle de neutralité dans l'entreprise, même « indifférenciée », est en soi susceptible d'entraîner une discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions ? La Cour n'exclut pas qu'une telle règle de neutralité aboutisse à une discrimination indirecte, mais elle ne l'est pas *in abstracto* ou dans l'absolu, il faudrait en effet établir « que l'obligation en apparence neutre qu[e la règle] contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données »<sup>580</sup>. De ce *ratio decidendi* on peut tirer deux leçons importantes sur la discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions et au moins autant d'interrogations...

**154.** La première est qu'elle ne peut avoir lieu que contre une religion ou une conviction *en particulier* et non contre les croyants et les « convaincus » dans leur ensemble, ou peut-être contre la croyance religieuse en particulier et non à l'encontre des autres convictions, puisque la Cour part du principe – implicitement du moins – que personne n'est dépourvu à la fois de religion et de convictions. La neutralité de l'entreprise pèserait donc potentiellement sur tous les individus<sup>581</sup>. L'on peut faire un parallèle ici avec l'affaire *Jyske Finans*. Si l'article 2 §2 b)

---

<sup>575</sup> Sur les règles de neutralité dans l'entreprise : CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15. CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15. Les deux autres arrêts sont : CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16 et CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17.

<sup>576</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*, pt 33.

<sup>577</sup> *Ibid.*, pt 15.

<sup>578</sup> Voir § 196 de notre thèse.

<sup>579</sup> *Ibid.*, pts 30 et 31.

<sup>580</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, pt 34.

<sup>581</sup> Yannick PAGNERRE explique que « la neutralité n'est rien si elle n'est pas absolue. Si l'employeur impose un principe de neutralité religieuse, la qualification de discrimination directe sera retenue. Distinguer les "croyants" »

de la directive 2000/43 « suppose d'identifier une origine ethnique particulière »<sup>582</sup> pour s'appliquer, l'article 2 §2 b) de la directive 2000/78 suppose d'identifier une religion ou des convictions données. On peut sans doute étendre cette condition à tous les motifs, une mesure qui impacterait indirectement les individus de tous âges ou de toutes orientations sexuelles, ne saurait être une discrimination indirecte, justement puisque personne en particulier ne serait discriminé<sup>583</sup>. Nous notons à ce propos que la seule catégorie qui ne fonctionnerait pas de cette manière est celle du handicap. Il n'y a pas lieu d'identifier un handicap en particulier, il suffit d'établir que les personnes atteintes d'un handicap par rapport à celles qui ne le sont pas sont désavantagées, ou inversement, pour qu'il y ait discrimination indirecte.

**155.** Pourtant, il « semble difficile de défendre que l'interdiction générale de porter un signe ne gêne pas davantage ceux dont la religion impose un signe ostensible »<sup>584</sup>, par sa nature-même. Si le raisonnement de la Cour est que, potentiellement, des individus de toutes religions ou convictions pourraient vouloir manifester celles-ci, le fait de mettre exactement sur le même plan les manifestations d'ordre religieux et les simples convictions peut gêner. La Cour exige que la mesure aboutisse, « en fait, à un désavantage particulier »<sup>585</sup>, pour les croyants d'une religion ou d'une conviction *donnée*. Mais n'aboutit-elle pas nécessairement à un désavantage particulier pour tous les croyants à qui leur religion impose, selon leur appréciation, une tenue particulière<sup>586</sup> ? Ou pour tous ceux qui entendent manifester leurs convictions d'ailleurs<sup>587</sup> ? Or une telle catégorie d'individus n'est-elle pas définie « en raison » de sa religion ou ses convictions, au sens de la directive 2000/78 et donc protégée contre la discrimination indirecte ?

---

des "non-croyants" en laissant aux seconds la liberté d'exprimer des opinions politiques ou philosophiques tend à traiter de manière désavantageuse les premiers », *in* « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise », *Droit social*, 2017, p. 450.

<sup>582</sup> Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL présentées le 1er décembre 2016, aff. C-668/15, pt 60 ; CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, C-668/15, pt 26.

<sup>583</sup> Imaginons un règlement intérieur d'entreprise qui, au lieu de neutralité vestimentaire, imposerait l'abstinence sexuelle de la part de ses employés. Les personnes homosexuelles ou bisexuelles ne pourraient pas revendiquer une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle car une telle mesure vise toutes les personnes ayant des relations sexuelles et en étant privés, donc potentiellement tous les individus de toutes les orientations sexuelles confondues, quand bien même les individus ne souhaitant pas avoir de relations sexuelles serait effectivement *de facto* moins désavantagés que les autres.

<sup>584</sup> Y. PAGNERRE, « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise », *op. cit.*

<sup>585</sup> *Ibid.*, pt 34. En anglais : « the apparently neutral obligation it encompasses results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage ».

<sup>586</sup> On peut penser également aux Sikhs.

<sup>587</sup> Voir C. WOLMARK, « La neutralité, difficultés logiques et idéologiques », *RDT*, 2017, p. 235 ; S. LAULOM, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Semaine sociale Lamy*, n° 1762, 27 mars 2017.

Cette interprétation de la Cour est très discutable et vient du fait que religion et convictions constituent un seul et même critère en droit de l'Union<sup>588</sup>.

**156.** Le fait que la Cour juge que la mesure doit « aboutir à » désavantager particulièrement une catégorie protégée peut également laisser perplexe quant à la preuve qu'il faudra apporter devant la juridiction nationale. Si la Cour ne considère pas la neutralité comme étant par nature susceptible d'entraîner une discrimination indirecte pour les croyants voulant manifester leur religion, des preuves quantitatives sont-elles exigées ? La Cour ne donne aucune information<sup>589</sup> et ce vide constitue une importante énigme dans le régime de la discrimination indirecte.

**157. Conclusion du chapitre.** Bien que ce soit le point de départ de notre réflexion, « penser la discrimination »<sup>590</sup> n'est pas si simple. Malgré les définitions données par le droit dérivé depuis 2000, on peut constater que « la frontière entre la discrimination directe et indirecte n'est pas clairement fixée »<sup>591</sup>. Dans les divers cas que nous avons étudiés, le problème a fréquemment ressurgi, parfois la Cour qualifie une discrimination de directe parce que le critère est indissociablement lié, alors que dans d'autres cas qui semblerait imposer cette logique, elle optera plutôt pour la discrimination indirecte étant donné la neutralité du critère de distinction utilisé<sup>592</sup>. Dans le contentieux relatif aux différences de traitement fondées sur la forme d'union d'un couple, la Cour a opté pour la voie de la discrimination directe comme de la discrimination indirecte<sup>593</sup>. Il n'est pas rare que, pour un même cas, les qualifications

---

<sup>588</sup> P. ADAM, « La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée) », *RDT*, 2017, p. 422 : « Sont ainsi mis en comparaison le sort réservé à la manifestation des convictions religieuses et celui fait à l'extériorisation d'autres types de conviction ».

<sup>589</sup> Certains auteurs y voient un flou malvenu qui laisse perplexe sur la manière dont une telle preuve pourra être apportée. V. par exemple, G. CALVÈS, « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *Semaine sociale Lamy*, 27 mars 2017, n° 1762, p. 3-6. D'autres estiment au contraire que la « discrimination indirecte devrait donc être systématiquement retenue. Sinon, la charge probatoire pesant sur les salariés risque d'être très lourde ». Voir S. LAULOM, « Le port du voile dans l'entreprise : un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Semaine sociale Lamy*, 27 mars 2017, n° 1762, p. 6-10 ; M. PEYRONNET, « Règlement intérieur : l'obligation de neutralité n'est pas une discrimination directe mais... », *Dalloz Actualités*, 16 mars 2017.

<sup>590</sup> E. FASSIN, « Penser la discrimination positive », *op. cit.*

<sup>591</sup> T. AUBERT-MONPEYSSSEN, N. MOIZARD, « Égalité : des exigences trop fortes ? », *RDT*, 2012, p. 128.

Dans le contexte du droit anglo-américain, Sandra FREDMAN se demande si cette distinction existe encore et si elle est réellement nécessaire. In « Direct and Indirect Discrimination, Is There Still a Divide ? », in H. COLLINS, T. KHAITAN (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 31-56.

<sup>592</sup> Voir nos développements sur CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99, §§ 288 et s.

<sup>593</sup> E. BRIBOSIA, I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *JEDH*, n° 2, 2017, p. 204 : les auteures se demandent, à propos de l'arrêt *Parris*, « comment concilier l'approche de la Cour avec celle développée dans les arrêts *Maruko*, *Römer* ou *Hay* au terme de laquelle la Cour avait consacré une conception non formaliste et audacieuse de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte, en jugeant que l'exigence



divergent entre les conclusions de l'avocat général et l'arrêt de la Cour<sup>594</sup>. Quand bien même les deux catégories seraient parfaitement déterminées, ce qui est loin d'être le cas, elles ne sont pas suffisantes pour comprendre l'action positive.

**158.** L'on voit souvent dans la lutte contre les discriminations le choix d'une « conception de l'égalité qui privilégie l'assimilation par rapport à la différenciation »<sup>595</sup>. L'assimilation serait symbolisée par l'égalité de droit entre situations comparables où toute différence de traitement serait suspecte car potentiellement discriminatoire. Pourtant il n'existe pas que des situations comparables dans la mise en œuvre de l'égalité, pas plus qu'il n'existe que des situations comparables imposant l'égalité de traitement juridique. Il nous faut donc écarter cette « confusion trop souvent faite entre le principe d'égalité de traitement et l'exigence d'égalité au sens strict, encore qualifiée d'égalité formelle ou d'égalité des droits »<sup>596</sup>. La différenciation, des situations comme des traitements, est une véritable dynamique qui complète la logique de l'assimilation que l'interdiction de discriminer symbolise. Le passage de la différence de traitement à la discrimination implique qu'un grand nombre de conditions soient réunies, outre la comparabilité des situations.

**159.** C'est cet ensemble de cas que nous allons aborder à présent, les différences de traitement imposées ou autorisées au titre même de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, dans le droit dérivé et les Traités. Dans cette dynamique s'inscrit l'action positive. Une « politique égalitaire appliquée sans discernement maintient les inégalités »<sup>597</sup>. Mais quelles sont les inégalités, les différences de situations, et considérations particulières qui impliquent que la règle de l'égalité de traitement *stricto sensu* soit écartée en droit de l'Union européenne ?

---

du mariage, à l'exclusion du partenariat de vie, pour l'octroi de certains avantages est constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle... ».

<sup>594</sup> Par exemple CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15 et conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT, présentées le 31 mai 2016 dans cette affaire.

<sup>595</sup> O. DUBOS « La lutte contre les discriminations entre les femmes et les hommes : modèle et laboratoire ? », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, pp. 97-112.

<sup>596</sup> G. AUZERO, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Droit social*, 2006, p. 822.

<sup>597</sup> E. KESLASSY, *De la discrimination positive*, *op. cit.*, p. 27.



## CHAPITRE 2. LA DYNAMIQUE DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT LÉGITIMES

**160.** En droit social et en application du principe de l'égalité de traitement, le point de départ est double. On établit conjointement l'existence de situations comparables puis l'existence d'une différence de traitement. Nous avons expliqué dans le chapitre précédent en quoi consistait l'opération de comparaison permettant d'établir le caractère comparable des situations. Nous n'avons toutefois pas encore parlé du cas où le juge établissait que les situations n'étaient pas comparables. Qu'advient-il alors de la différence de traitement, qui peut être directement fondée sur le motif, ou indirectement par l'intermédiaire d'un critère apparemment neutre ? En principe, le « principe général d'égalité de traitement impose que [...] des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale »<sup>598</sup>. Faut-il pour autant les traiter différemment et comment ? « La vocation uniformisatrice de l'universalisme » ne saurait être « réellement concrétisée »<sup>599</sup>, les différences l'emportent parfois sur les points communs. Le législateur et les juges sont alors contraints de quitter le registre de l'uniformité pour celui de la différence de traitement. Le droit ne cherche alors plus à lutter contre la prise en compte des motifs protégés car elle serait discriminatoire, mais à lutter contre l'absence de prise en compte de ceux-ci. Ce sont d'abord ces différences de traitements, justifiées par le défaut de comparabilité, qui vont nous intéresser<sup>600</sup> (Section 1).

**161.** Si, en revanche, la comparabilité est établie, la détection d'une « différence de traitement » par la Cour<sup>601</sup> ne mène pas systématiquement à la qualification de discrimination

---

<sup>598</sup> CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15, pt 69 ; CJCE, 6 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 23.

<sup>599</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 27.

<sup>600</sup> G. KOUBI, G.J. GUGLIELMI, *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 9 : « la question de la différence de situation [...] est désormais le pivot autour duquel s'établit le discours sur l'égalité et sur l'inégalité » de traitement.

<sup>601</sup> En général, la Cour établit d'abord l'existence de la différence de traitement de manière claire. Dans le cadre de la directive 2000/78 : CJUE, 14 mars 2018, *Stollwitzer*, C-482/16, pts 34 et 40 ; CJUE, 13 juillet 2017, *Kleinstauber*, C-354/16, pt 50 ; CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, pt 32 ; CJUE, 16 juin 2016, *Lesar*, C-159/15, pt 19 ; ou bien elle établit l'absence de différence de traitement : CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16, pt 28 : « cette réglementation traite de manière identique, quel que soit leur sexe, les personnes » ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 42 « il n'apparaît pas que la réglementation nationale en cause au principal instaure une différence de traitement directement fondée sur le handicap ».

Dans le cadre de la directive 2000/43 : CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, C-668/15, pt 15 : « il convient de rechercher si une pratique telle que celle en cause au principal institue une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique ».

directe ou indirecte. Ces deux conditions n'établissent qu'une présomption de discrimination<sup>602</sup>. À partir de celle-ci, le juge s'intéresse aux éventuelles justifications de l'auteur de la différence de traitement, qui ne sont pas les mêmes dans le cas de la discrimination directe ou indirecte. « Si la discrimination est illégale dans l'ordre juridique communautaire, tel n'est pas toujours le cas de l'inégalité »<sup>603</sup>, au sens d'inégalité de traitement. Certaines différences de traitement sont autorisées *malgré* la comparabilité des situations. C'est particulièrement incontestable dans le cas de la discrimination indirecte, puisque, dans sa définition même, est prévue une telle possibilité de justification. Elle est interdite « 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 »<sup>604</sup>. L'objet de notre deuxième section est l'étude des cas où l'objectif poursuivi et la proportionnalité des moyens de l'auteur de la différence de traitement permettent de déroger à la règle de l'égalité de traitement. « Dans son sens normatif, la justification consiste à exposer les raisons pour lesquelles une mesure, pratique ou politique comprenant une différenciation sur la base d'un critère prohibé, est bien fondée, juste »<sup>605</sup> (Section 2).

## **Section 1. Les différences de traitement liées au défaut de comparabilité des situations**

162. *A priori*, la comparabilité des situations constituant une condition de la discrimination, dès lors que l'on se situe en dehors de celle-ci, la règle de l'égalité de traitement *stricto sensu* n'a pas vocation à s'appliquer. La question qui nous intéresse ici est de savoir si, pour autant, une différence de traitement est exigée par le législateur ou le juge. Nouvelle

---

Dans le cadre de la directive 2006/54 : CJUE, 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12, pt 60 (sur la directive 76/207) ; CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 31 ; CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 25.

<sup>602</sup> Pour la discrimination indirecte, voir P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425 : « Toute situation suspecte n'entraîne cependant pas une discrimination indirecte, mais uniquement ce que nous nommerons une distinction indirecte », qu'il définit bien ensuite comme une présomption de discrimination indirecte. Dans le même sens M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 109 ; C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 60 ; N. WARNIER, « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de Droit International et Droit Comparé*, n° 2, 2007, p. 233.

<sup>603</sup> R. HERNU, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>604</sup> Article 2 §2 b) directive 2000/78, 2000/43, 2006/54 ; article 2 b) directive 2004/113

<sup>605</sup> S. U. COLELLA, « Les justifications des mesures portant atteinte à l'interdiction des discriminations dans l'UE. Vers une (ré-)conciliation entre la Charte et la CEDH ? », *op. cit.*, p. 403.

preuve de sa grande « créativité intellectuelle »<sup>606</sup>, la Cour de justice a reconnu constamment que le principe général de l'égalité de traitement exige « que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »<sup>607</sup>. Il est assez classique de voir dans cette deuxième facette du principe d'égalité de traitement une « approche matérielle de l'égalité »<sup>608</sup>, « une conception concrète d'égalité »<sup>609</sup>, surtout par opposition au droit public français puisque le Conseil d'État<sup>610</sup> autant que le Conseil constitutionnel<sup>611</sup> ne font pas une telle interprétation du principe d'égalité<sup>612</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme est en revanche parvenue à la même conclusion que la Cour de justice. Depuis 2000, elle estime que « 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 »<sup>613</sup>.

**163.** L'interdiction de la discrimination matérielle est le fondement pour « réclamer un traitement adapté à sa situation particulière »<sup>614</sup>. Dans le cadre des motifs de discrimination qui nous intéressent et étant donné que ce n'est pas le principe général d'égalité de traitement qui s'applique seul, mais aussi et surtout les dispositions prévues par les directives, le législateur a

---

<sup>606</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 11.

<sup>607</sup> CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, pt 43 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Vervloet e.a.*, C-76/15, pt 74 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 55.

<sup>608</sup> C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2016, p. 249.

<sup>609</sup> A. ILIOPOULOU-PÉNOT « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, op. cit., p. 606.

A. BYRNES, « Article 1 », in M. A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF, *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 54 : « le concept d'égalité substantielle recoupe une pluralité de sens. Il a d'abord désigné le second aspect du principe aristotélicien selon lequel les situations différentes doivent appeler à un traitement différent, proportionnel à leurs différences ».

<sup>610</sup> CE (Ass.), 28 mars 1997, *Société Baxter e.a.*, n° 179049, 179050, 179054 ; CE, 22 novembre 1999, *Rolland*, n° 196437 ; CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 266572 ; CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean d'Aulps*, n° 300608.

La Cour de cassation estime qu'une « une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes », Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 02-10359.

<sup>611</sup> Pour le Conseil Constitutionnel, même si traiter différemment les situations différentes est une possibilité, « il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ». Voir Décision n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres* ; Décision n° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres* ; Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

<sup>612</sup> Voir X. LAMPRINI, « Un principe de portée différente en droit français et européen », in L. XENOU, F. PICOD, J.-M. SAUVÉ (dir.) *Les principes généraux du droit de l'union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 363-372.

<sup>613</sup> CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 44. Confirmé par CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95.

<sup>614</sup> A. ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », op. cit., p. 606.

réglé la question de manière apparemment limitative. L'obligation « de prendre en compte »<sup>615</sup> la différence se limite aux deux régimes des aménagements de l'emploi et du travail prévus par le droit dérivé. Ces aménagements s'expliquent précisément par la prise en compte de « différences de situations suffisamment importantes pour justifier un écart par rapport à l'égalité »<sup>616</sup> (§1). Nous présenterons ensuite le cas plus problématique que constitue l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Elle ne fonde pas une obligation de traiter différemment des situations différentes ; il s'agit bien dans le droit dérivé de dispositions présentées comme autorisant à déroger à la règle de l'égalité de traitement entre catégories protégées<sup>617</sup>. Néanmoins, au stade d'un examen approfondi des mesures adoptées à ce titre, l'on peut constater qu'on se situe tout à fait dans une logique d'incomparabilité des situations. Malgré les formulations ambiguës choisies par les textes de droit dérivé, il ne devrait donc pas y avoir de rapport dérogoire par rapport à l'égalité de traitement (§2).

### **§1) Les régimes spécifiques d'aménagement de l'emploi et du travail à certaines situations**

**164.** Les aménagements raisonnables sont une figure singulière dans le paysage anti-discriminatoire européen<sup>618</sup> dont il importe de bien comprendre les fondements. Un certain nombre d'auteurs mêlent toutes les dispositions permettant de traiter différemment sous l'étiquette des dérogations au principe de l'égalité de traitement, ce qui est inexact<sup>619</sup>. L'article 5 de la directive 2000/78 se lit ainsi : « 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

---

<sup>615</sup> C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, 2007, p. 1295.

<sup>616</sup> R. HERNU, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257.

<sup>617</sup> L'article 4 §1 de la directive 2000/78 commence bien par « Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2 », mettant sur la voie d'un rapport dérogoire.

<sup>618</sup> Pour une étude approfondie de celui-ci dans le contexte du droit américain, voir C. JOLLS, « Antidiscrimination and accommodation », *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 642-699.

<sup>619</sup> Par exemple K. BERTHOU, A. MASSELOT, « La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ? », *CDE*, n° 5-6, 2000, p. 239 : « Force est de constater que dans son optique protectrice, la directive 92/85 crée une rupture avec le concept d'égalité » ; Franck HÉAS met toutes les dispositions spéciales prévues par la directive 2000/78 en matière de handicap sur un même plan et estime qu'il « s'agit là d'une logique de discrimination positive, c'est-à-dire d'un traitement préférentiel et différencié réservé à des catégories de personnes », in « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, 2011, n° 1279.

l'employeur une charge disproportionnée ». L'article 5 de la directive 92/85<sup>620</sup> impose « un aménagement provisoire des conditions de travail et/ou du temps de travail » pour les travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes. De tels aménagements sont obligatoires pour ces deux cas uniquement (A). Pourtant, étant donné que l'obligation de traiter différemment des situations différentes est générale selon la Cour de justice<sup>621</sup>, et même si de tels aménagements ne sont pas explicitement requis par le droit dérivé pour les autres motifs, d'autres aménagements, selon d'autres motifs, pourraient être envisageables. Il faudrait alors déterminer quelles situations, découlant des motifs protégés par le droit de la non-discrimination, sont spécifiques au point de nécessiter des aménagements. L'incomparabilité risque de se révéler bien difficile à démontrer (B).

***A) Les situations spécifiques prises en compte : la grossesse, l'accouchement, l'allaitement et la situation de handicap***

165. Julie Ringelheim voit dans ces aménagements obligatoires la « portée transformatrice du principe de non-discrimination »<sup>622</sup> ; nous y voyons une concrétisation indéniable du principe de l'égalité de traitement<sup>623</sup>. Il nous faut d'abord expliciter en quoi consiste l'obligation de traiter différemment découlant des deux dispositions que nous avons citées (1). Dans les deux cas, il ne s'agit pas de dérogations, mais bien de comportements nécessaires au sens ou « leur violation entraîne des effets discriminatoires »<sup>624</sup>. Les aménagements sont une exigence découlant du principe d'égalité de traitement (2).

---

<sup>620</sup> 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), JOCEE n° L 348 du 28 novembre 1992, pp. 1-8. Les articles 28 §1 et 2 de la directive 2006/54 y renvoient.

<sup>621</sup> Arrêt précité : CJCE, 6 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, pt 23.

<sup>622</sup> J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013.

<sup>623</sup> Voir aussi, J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 33.

<sup>624</sup> C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, op. cit., p. 25.

## 1- Une obligation de traiter différemment

166. Sophie Robin-Olivier écrit que, « tout comme l'âge, le handicap n'est pas une situation dont le droit de l'Union européenne interdit absolument la prise en compte dans la définition des politiques sociales : au contraire, il est nécessaire, pour des raisons liées à l'intérêt général, de prendre en compte le handicap pour appliquer, dans certains cas, un traitement différent à une personne »<sup>625</sup>. Il en va de même avec la grossesse, l'accouchement et l'allaitement. Si l'on parle d'« obligation », il faut déterminer juridiquement de quelle forme d'obligation il s'agit. Les États membres sont face à une obligation de résultat (a), tandis que les employeurs n'ont qu'une obligation de moyens (b).

### *a- Une obligation de résultat pour les États membres*

167. L'« aménagement provisoire des conditions de travail et/ou du temps de travail de la travailleuse » enceinte, accouchée ou allaitante est présentée comme une obligation par la directive 92/85<sup>626</sup>. L'article 5 de la directive 2000/78 parle quant à lui de « l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées »<sup>627</sup> et l'utilisation du présent simple est univoque (« des aménagements raisonnables sont prévus »). La Cour doit interpréter la directive 2000/78 conformément à la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU<sup>628</sup>, que l'Union a ratifiée. Or, l'existence d'une obligation et de sa nature est moins évidente dans cette Convention.

168. Son article 5 §3 stipule qu'« afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ». Ces aménagements sont définis par la Convention comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales »<sup>629</sup>. L'expression « faire en sorte » choisie dans la Convention onusienne n'implique vraisemblablement pas une obligation de résultat. L'organe de surveillance de la

---

<sup>625</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 325.

<sup>626</sup> Pour une analyse critique de cette directive, voir K. BERTHOUS, A. MASSELOT, « La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ? », *CDE*, n° 5-6, 2000, pp. 637-656.

<sup>627</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 17.

<sup>628</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 48 ; CJUE, 1er décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, pt 41.

<sup>629</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées, article 2, al. 4 : « Définitions ».



Convention, le Comité des droits des personnes handicapées, n'a pas encore adopté d'observations générales pour expliquer la portée des droits garantis par ce Traité. Sur ce point, il semble que le droit de l'Union soit allé plus loin que le droit onusien pour protéger et faciliter l'intégration des travailleurs handicapés dans le monde du travail.

169. Il est évident que les États doivent, pour opérer une transposition correcte de la directive 2000/78, comme de la directive 92/85, exiger que des aménagements soient pris dans les entreprises. Pour eux, c'est bien une obligation de résultat, dans le sens où un recours en manquement est envisageable si l'État ne transpose pas cette exigence de la directive dans sa législation. Ce faisant, la directive a « introduit une figure juridique nouvelle dans la quasi-totalité des États »<sup>630</sup> dans le domaine du handicap. En France par exemple, ce fut la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui transposa l'obligation dans le paysage juridique français<sup>631</sup>. Au Royaume-Uni, le *Disability Discrimination Act* de 1995 contenait déjà une obligation de procéder à des « *adjustments* » à la charge de l'employeur<sup>632</sup>. Il fut remplacé en 2010 par le *Equality Act* qui transposa véritablement les directives européennes et conserva les *adjustments* pour les personnes handicapées<sup>633</sup>. En Espagne, une loi du 30 décembre 2003 introduit dans la

---

<sup>630</sup> E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe » in *L'accommodement de la diversité religieuse*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 171.

À l'inverse aux États-Unis, on retrouve déjà une telle obligation dans *The Americans With Disabilities Act* du 26 juillet 1990, Section 12111, Définitions, § 9 : « *The term "reasonable accommodation" may include (A) making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities; and (B) job restructuring, part-time or modified work schedules, reassignment to a vacant position, acquisition or modification of equipment or devices, appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials or policies, the provision of qualified readers or interpreters, and other similar accommodations for individuals with disabilities* ».

<sup>631</sup> Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005 page 2353, texte n° 1.

L'article L 5213-6 du code du travail issu de cette loi prévoit : « 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. 521213 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 dispensé. 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 peut 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 ».

Voir E. FILLION, M.-R. GUEVEL, P. ROUSSEL (dir.), *Aménagements raisonnables et Situations de handicap. Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?*, Actes électroniques de la journée d'études du 11 février 2016 organisée à l'EHESP, 76 p.

En ligne : [https://www.ehesp.fr/wp-content/uploads/2014/05/20160901\\_actes\\_amenagements-raisonnables-et-situations-de-handicap.pdf](https://www.ehesp.fr/wp-content/uploads/2014/05/20160901_actes_amenagements-raisonnables-et-situations-de-handicap.pdf) Consulté le 20 février 2018.

<sup>632</sup> *Disability Discrimination Act* de 1995, Part II, 6.

<sup>633</sup> *Equality Act* de 2010, Part II, Chap. II, 20. Les « *ajustments* » s'appliquent de manière plus large aux services et fonctions publiques (y compris les transports), aux locaux (prenant en compte les modifications et parties communes), au travail (incluant des partenaires, les autorités locales), à l'éducation (supérieur et formation), au logement.

loi « LISMI »<sup>634</sup> des mesures spécifiques (« *medidas específicas* ») parmi lesquelles le fait de rendre l'entreprise accessible aux personnes handicapées, sauf si cela impose une charge trop importante pour l'employeur<sup>635</sup>. Un dernier exemple est celui du droit belge qui a aussi découvert la notion aménagement raisonnable à l'occasion de la transposition de la directive 2000/78 par la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination du 10 mai 2007<sup>636</sup>.

**170.** L'obligation de résultat de l'État consiste à mettre à la charge des employeurs une obligation d'adapter raisonnablement l'emploi et le travail aux travailleurs handicapés et provisoirement à la femme enceinte, accouchée et allaitante. Ce second niveau prend la forme d'une obligation de moyens pour l'employeur.

*b- Une obligation de moyens pour l'employeur*

**171.** Pour les personnes handicapées, cette obligation montre que « l'entreprise peut être tenue de contribuer activement à l'objectif d'inclusion sociale des groupes défavorisés »<sup>637</sup>. Mais il est toujours possible pour l'employeur de se décharger de son obligation s'il parvient à prouver qu'un aménagement représenterait « une charge disproportionnée » pour lui. C'est d'ailleurs le sens même de l'adjectif « raisonnable ». La portée de l'obligation est sans doute réduite par « crainte d'imposer aux entreprises des contraintes excessives »<sup>638</sup>. La directive 92/85 précise quant à elle que si « l'aménagement des conditions de travail et/ou du temps de travail n'est pas techniquement et/ou objectivement possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer à la travailleuse concernée un changement de poste »<sup>639</sup>. L'employeur est donc tenu dans les deux cas d'une obligation de moyens dont l'étendue est difficile à saisir<sup>640</sup>.

---

<sup>634</sup> Ley 13/1982, 7 avril 1982, *de integración social de los minusválidos* (LISMI).

<sup>635</sup> Ley 62/2003, 30 décembre 2003, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social*.

Introduction de l'article 37.2 bis dans la LISMI : « *Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario* ».

<sup>636</sup> L'article 4 de la loi du 10 mai 2007 définit les aménagements raisonnables comme des « mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée ».

<sup>637</sup> J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, p. 61.

<sup>638</sup> *Ibid.*

<sup>639</sup> Article 5 §2 de la directive 92/85 précitée.

<sup>640</sup> Voir L. WADDINGTON, « When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding When a Disability Accommodation is "Reasonable" from a Comparative Perspective », *Comparative Labor Law and*

172. L'article 5 de la directive 2000/78 précise que la « 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 ». Le préambule ajoute que la directive « n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées »<sup>641</sup>.

173. On peut considérer que l'exigence contenue dans la directive 92/85 est plus poussée que celle de la directive 2000/78, du fait de sa plus grande précision. Le caractère raisonnable de l'aménagement exigé par l'article 5 §2 de la directive 92/85 semble être davantage objectif. Il doit être mis en rapport avec l'efficacité de la protection conférée à la femme enceinte, plutôt que qu'avec les capacités de l'employeur. Le fait que l'aménagement ne puisse être « raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés » est un cas parmi d'autres. La différence entre les « motifs dûment justifiés » et la preuve d'une « charge disproportionnée » paraît constituer une différence d'intensité du contrôle. Déjà dans l'arrêt *Dekker*, la Cour avait expliqué que le préjudice financier subi par un employeur du fait du congé maternité d'une candidate à l'embauche enceinte ne saurait constituer un motif pour ne pas l'embaucher<sup>642</sup>. L'intensité des aménagements nécessaires sera fonction de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité de la travailleuse, imposée par l'article 4 de la directive 92/85. Nous aurons l'occasion de développer le contrôle développé dans le cadre des aménagements raisonnables de la directive 2000/78 dans la seconde partie.

174. Malgré la proximité apparente de la notion d'aménagement raisonnable avec celle d'action positive<sup>643</sup>, la première est à distinguer très clairement de la seconde<sup>644</sup> parce que

---

*Policy Journal*, vol. 29, n° 3, 2008, p. 321. Elle souligne que le terme « raisonnable » est bien plus confus et complexe que le terme « aménagement ».

<sup>641</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 17.

<sup>642</sup> CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, 177/88, pt 12.

<sup>643</sup> C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, 2007, p. 1295 : l'aménagement raisonnable « peut rappeler la notion de "discrimination positive", dont elle est proche. Mais elle s'en distingue fondamentalement puisqu'il ne s'agit pas d'arbitrer en faveur d'une personne appartenant à une catégorie donnée ou de réserver, suivant un système de quota, un certain pourcentage des emplois à tel ou tel groupe de personnes. Elle vise à compenser les effets du handicap pour remettre la personne qui en est affectée sur un pied d'égalité avec les autres ».

<sup>644</sup> Dans le même sens, voir M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *op. cit.*, « l'ensemble des dispositions de non-discrimination en raison du handicap ne relève pas de l'action positive. En effet, selon l'économie de la directive communautaire 2000/78, les auteurs distinguent bien l'aménagement raisonnable propre au critère du handicap des actions positives » ; F. GUIOMARD, « La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations dans le champ de l'emploi », *in* T.

l'aménagement est une exigence découlant du principe de l'égalité de traitement, et non une dérogation. L'obligation de prendre en compte la grossesse, l'accouchement et l'allaitement et d'aménager les conditions de travail « vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle »<sup>645</sup>, a affirmé la Cour de justice.

## 2- Une exigence découlant du principe d'égalité de traitement

175. L'aménagement, en tant que différence de traitement appliquée à un individu en raison de sa situation particulière, doit être individualisé (a). Comme nous l'avons dit en outre, la Cour de justice doit interpréter la directive 2000/78 à la lumière de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées. Même si dans sa jurisprudence à l'heure actuelle, l'occasion ne s'est pas présentée, la Cour de justice devrait, en vertu du droit onusien, estimer que l'absence d'aménagement raisonnable pour le travailleur handicapé constitue une discrimination (b).

### *a- L'individualisation de l'aménagement en fonction d'une situation particulière*

176. « On peut distinguer deux grandes catégories d'aménagements : dans certains cas, c'est une adaptation de l'environnement physique du lieu de travail qui sera nécessaire [...]. Dans d'autres, c'est une modification de la manière dont le travail est réalisé qui sera requise »<sup>646</sup>. Pour la femme enceinte et allaitante, en cas de risques, l'employeur peut modifier ses conditions et horaires de travail, la changer de poste ou la dispenser de travail<sup>647</sup>, mais elle est aussi en principe exempte de tout travail de nuit<sup>648</sup> et ne peut pratiquer aucune activité liée à des substances dangereuses<sup>649</sup>. La directive 2000/78 ne contient pas vraiment d'information sur les « mesures appropriées » requises, si ce n'est qu'elles doivent « 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 ». La Cour a confirmé qu'elles pouvaient consister à aménager le temps de

---

GRÜNDLER (dir.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, Rapport de recherche, Ardis, 2016, pp. 29-34, en ligne.

<sup>645</sup> CJCE, 30 avril 1998, *Thibault*, C-136/95, pt 26.

<sup>646</sup> J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 70.

<sup>647</sup> Article 5 de la directive 92/85.

<sup>648</sup> Article 7 de la directive 92/85

<sup>649</sup> Article 6 de la directive 92/85.

travail<sup>650</sup>, on imagine également que sont envisageables toutes « transformations de postes de travail »<sup>651</sup>.

**177.** D'apparence, et le temps qu'il dure, l'aménagement octroie un traitement différencié à la personne qui en bénéficie par rapport aux autres employés. Le fait d'aménager le temps de travail d'une personne handicapée et de refuser de le faire pour un employé non-atteint de ce handicap ne constitue-t-il pas une discrimination directe fondée sur le handicap, ou plutôt, le fait de ne pas être handicapé ? La même question pouvant se poser pour la femme enceinte et allaitante. Si défavoriser cette dernière constitue une discrimination directe fondée sur le sexe selon la Cour de justice, l'avantager ne constitue-t-il pas une discrimination directe fondée sur le sexe elle aussi, au détriment des employés masculins exclus du bénéfice de l'aménagement ? De telles interrogations sont en réalité des contre-sens.

**178.** La Cour de justice a bien rappelé que l'article 5 de la directive signifie que « l'employeur doit prendre les mesures appropriées [...] pour permettre à *une personne handicapée* d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser »<sup>652</sup>, c'est-à-dire en raison de la situation particulière dans laquelle son handicap la place par rapport à l'emploi. C'est une situation objective et individuelle qui est visée, exactement comme dans le cas de la grossesse, de l'accouchement et de l'allaitement. Les aménagements provisoires au bénéfice de la femme ne sont pas une obligation de traiter différemment fondée sur le sexe, mais une obligation de prendre en compte une *situation* - « la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci »<sup>653</sup>, et non la qualité de femme en général. Il ne peut y avoir de discrimination directe à l'encontre des hommes, n'étant précisément jamais placés, selon la Cour, dans une situation comparable.

**179.** Nous devons toutefois préciser que la Cour de justice a elle-même introduit une confusion. Dans l'arrêt *Milkova*, elle évoque des « mesures de discrimination positive en faveur de la personne handicapée elle-même »<sup>654</sup>, par rapport, semble-t-il, aux aménagements raisonnables. Cette appellation devrait être évitée, elle n'a pas été reprise depuis et l'on peut espérer qu'il s'agisse d'une approximation isolée. L'esprit de la directive 2000/78 est bien de

---

<sup>650</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt 55.

<sup>651</sup> Voir par exemple l'article L. 122-24-4 du code du travail français. Le droit français donne des exemples d'aménagements du poste de travail : « l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail » (Art. L. 323-9-1.). En outre, « les aidants familiaux et les proches de la personne handicapée bénéficient dans les mêmes conditions d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter l'accompagnement de cette personne handicapée » (Art. L. 212-4-1-1)

<sup>652</sup> CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, pt 39. Nous soulignons.

<sup>653</sup> CJCE, 14 juillet 1994, *Carole Webb*, C-32/93, pt 20.

<sup>654</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 42.

différencier les mesures collectives d'action positive de l'article 7, des mesures individualisées d'aménagement raisonnable de l'article 5. Parler de *discrimination* positive est un contre-sens car il ne saurait y avoir de discrimination dans le cas d'un traitement visant à compenser les besoins particuliers liés à un handicap particulier. Il manque la condition de la comparabilité des situations entre le travailleur handicapé et non-handicapé. Il n'y aurait d'ailleurs pas de comparabilité entre un travailleur handicapé et un autre travailleur handicapé non plus, chaque handicap créant des besoins particuliers par rapport à une emploi en particulier. Loin d'être une discrimination positive, l'aménagement raisonnable est au contraire une nécessité et son absence pourrait, ou devrait, générer une discrimination matérielle.

*b- L'absence d'aménagement raisonnable comme discrimination matérielle*

**180.** Les aménagements sont des dispositifs d'« égalisation dans la différence »<sup>655</sup>. Le lien entre le principe de l'égalité de traitement et l'ensemble des mesures destinées à protéger la femme enceinte a été clarifié progressivement. L'article 2 §3 de la directive 76/207 faisait le lien avec la directive 92/85 en précisant que « la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité », remplacé par l'article 28 §1 de la directive 2006/54. Vu la proximité de formulation entre cet article 2 §3 et l'action positive, la Cour de justice a considéré dans un premier temps qu'il s'agissait d'une dérogation au principe d'égalité<sup>656</sup>. Puis, une formule ambiguë prit le pas. La Cour parla alors de la légitimité, d'une part, de la « protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et, d'autre part, de la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement »<sup>657</sup>. Elle leva finalement toute ambiguïté en affirmant que l'attribution de ces droits particuliers « a pour but d'assurer la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement »<sup>658</sup>. Telle est aussi la lecture du défenseur des Droits français pour qui l'obligation à l'égard des travailleurs handicapés « ne vise pas à conférer un traitement préférentiel aux personnes handicapées, considérées en tant que groupe défavorisé, mais à garantir à chaque personne handicapée, une égalité réelle dans une situation concrète de travail

---

<sup>655</sup> I. ODUL-ASOREY, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 3, 2013, mis en ligne le 27 novembre 2013, consulté le 06 novembre 2014.

<sup>656</sup> Voir CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, pts 41 et 44.

<sup>657</sup> CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, 184/83, pt 25, CJCE, 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, pt 21, et CJCE, 14 juillet 1994, *Carole Webb*, C-32/93, pt 20.

<sup>658</sup> CJCE, 30 avril 1998, *Thibault*, C-136/95, pt 26.

et d'emploi »<sup>659</sup>. Pour autant, doit-on aller jusqu'à considérer que l'absence ou le refus d'aménagements devrait constituer une discrimination, au sens matériel ?

**181.** La Convention de l'ONU est explicite en ce sens, de même que certains droits nationaux<sup>660</sup>, en ce qui concerne la personne handicapée. Son article 2 stipule que « la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». Le refus d'aménager raisonnablement l'emploi et le travail dans les conditions prévues est constituée une discrimination<sup>661</sup>. Or, selon une jurisprudence constante, la convention de l'ONU « peut être invoquée aux fins d'interpréter la directive 2000/78, laquelle doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à cette convention »<sup>662</sup>. Ainsi, une personne handicapée à qui un employeur aurait refusé un aménagement raisonnable de ces conditions de travail, pourrait faire valoir l'existence d'une discrimination matérielle, au sens de la directive 2000/78 interprétée conformément à la Convention de l'ONU. Alors même que la directive ne le prévoit pas explicitement, le travailleur handicapé n'aurait qu'à apporter la preuve du caractère raisonnable de l'aménagement<sup>663</sup>. En d'autres termes, si l'aménagement est une obligation qui découle du principe de l'égalité de traitement, son absence pourrait constituer une discrimination matérielle<sup>664</sup>. « La discrimination est caractérisée non seulement lorsque des situations identiques sont traitées différemment, mais également lorsque des situations objectivement différentes sont traitées de la même manière »<sup>665</sup>.

**182.** Vu que le principe général d'égalité de traitement coexiste avec les textes de droit dérivé le mettant en œuvre pour certains motifs, peut-on imaginer qu'en l'absence de dispositions expresses, d'autres motifs que le handicap et la grossesse, l'accouchement et l'allaitement, puissent permettre de prouver une incomparabilité de situations pour revendiquer un traitement spécifique ?

---

<sup>659</sup> Voir Défenseur des droits, *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable*, décembre 2017, p. 19 : « L'obligation d'aménagement raisonnable ne relève pas des mesures d'action positive » (en ligne).

<sup>660</sup> Voir A. LEJEUNE, J. HUBIN, J. RINGELHEIM, S. ROBIN-OLIVIER *et al.*, *Handicap et aménagements raisonnables au travail : importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, 206 p.

<sup>661</sup> G. QUINN, E. FLYNN, « Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012, p. 42.

<sup>662</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, pt 41 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 48.

<sup>663</sup> Voir §§ 894 et s.

<sup>664</sup> Voir L. WADDINGTON, M. BELL, « Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity », *Common Market Law review*, 2011, p. 1504.

<sup>665</sup> Conclusions de l'avocat général M. Michal BOBEK presentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 77.

## ***B) La possibilité d'aménagement pour d'autres situations découlant des motifs protégés***

**183.** La Cour de justice a eu l'occasion, en se fondant sur le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité, de reconnaître que la binationalité pouvait constituer une différence de situation objective, imposant qu'un régime spécifique soit instauré par l'État quant aux règles relatives au changement de nom de famille<sup>666</sup>. En dehors de ce cas, la question de la prise en compte de la spécificité des situations se trouvent étroitement liée à la question religieuse. Une possibilité d'aménagement, en dehors du droit de l'Union, existe pour ce motif (1). En ce sens, la Cour de justice a ouvert une piste intéressante en faisant le lien entre aménagement justifié par la pratique d'une religion et discrimination indirecte (2).

### **1- La possibilité de l'aménagement pour motifs religieux hors du droit de l'Union**

**184.** Dans un certain nombre de systèmes, l'idée d'aménager raisonnablement l'entreprise est profondément liée, non pas au handicap, mais à la religion et aux pratiques religieuses<sup>667</sup>. Dans le contexte nord-américain, « les législations et la jurisprudence ciblent les discriminations en raison des convictions religieuses et contraignent les employeurs à des aménagements afin de respecter la liberté de culte des travailleurs »<sup>668</sup>. C'est d'ailleurs l'origine de la notion de *reasonable accommodation*. Ce n'est qu'au début des années 1990 que « cette catégorie juridique est étendue afin de protéger d'autres minorités, notamment les personnes handicapées »<sup>669</sup>. L'enjeu est « de déterminer si et dans quelle mesure une règle générale (un horaire de travail, par exemple) doit être adaptée pour qu'une personne puisse pratiquer sa foi »<sup>670</sup>. La religion est définie par le droit étatsunien comme protégeant deux aspects, les pratiques et les croyances<sup>671</sup>, aucune ne devant faire l'objet de discriminations. Le droit impose « un devoir d'aménagement raisonnable, reconnaissant ainsi le fait que la liberté de religion exige la protection de la pratique et des rites religieux, ainsi que la protection des convictions »<sup>672</sup>. Le *Civil Rights Act* de 1964 exige, dans le secteur public, que l'employeur

---

<sup>666</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.

<sup>667</sup> Voir E. BRIBOSIA, I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, 370 p.

<sup>668</sup> A. LEJEUNE, J. HUBIN, J. RINGELHEIM, S. ROBIN-OLIVIER *et al.*, *Handicap et aménagements raisonnables au travail : importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 25.

<sup>669</sup> *Ibid.*

<sup>670</sup> E. BRIBOSIA, I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>671</sup> *Civil Rights Act* de 1964, Titre VII, Définitions « The term "religion" includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief ».

<sup>672</sup> L. VICKERS, Réseau européen des experts en matière de non-discrimination, *Rapport thématique, Religion et convictions : discrimination dans l'emploi — Le droit de l'Union européenne*, 2006, 71 p.



procède à des aménagements raisonnables du travail pour que les croyances et la pratique religieuse de l'individu soit préservée. Il s'agit, comme dans la directive 2000/78 pour le handicap, d'une obligation de moyens limitée pour l'employeur<sup>673</sup>. La Cour suprême canadienne exige également que des aménagements soient pris à cette fin. Elle les définit comme « une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par une telle norme »<sup>674</sup>.

**185.** Au-delà du droit nord-américain qui exerça une influence certaine, la Cour de justice puise son inspiration en matière religieuse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 9 de la Convention européenne<sup>675</sup>. Ainsi, si la Cour européenne estime que la « liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion, non seulement de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir individuellement et en privé »<sup>676</sup>. La Cour de justice de l'Union, conformément à cette interprétation, explique que le motif religieux couvre « tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse »<sup>677</sup>. Si le *forum internum* ne présente pas de difficulté particulière par rapport à l'emploi et au travail, le *forum externum* peut se trouver bien plus délicat à concilier avec celui-ci.

**186.** Dans un premier temps, « l'arrêt *Francesco Sessa c. Italie* du 3 avril 2012 illustr[a] la réticence de la Cour européenne à entrer dans la logique de l'aménagement raisonnable en matière religieuse »<sup>678</sup>. La Cour de Strasbourg devait évaluer si la fixation d'audiences au

---

<sup>673</sup> Titre VII j) du *Civil Rights Act* de 1964 : l'aménagement est exigé « ...unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business ». Nous soulignons.

Voir également la jurisprudence : *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986) ; *United States v. Board of Education for School District of Philadelphia*, 911 F.2d 882, 886 (3rd Cir. 1990), et *Webb v. City of Philadelphia*, 562 F.3d 256 (3rd Cir. 2009).

<sup>674</sup> Cour suprême canadienne, 17 décembre 1985, *O'Malley c/ Simpsons-Sears*, n° 17328, [1985] 2 RCS 536.

<sup>675</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, pt 30 ; CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, pt 50.

<sup>676</sup> Voir par exemple CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, §31 ou CEDH, 3 avril 2012, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08, §34 : « La liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion, non seulement de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir individuellement et en privé ».

<sup>677</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, pt 30.

<sup>678</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, p. 179, à propos de l'arrêt CEDH, 3 avril 2012, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08.

Voir aussi M. VERA, « Liberté de manifester sa religion dans l'exercice d'une activité professionnelle », *Journal du droit international*, n° 4, 2013, pp. 1302-1304.

moment de fêtes juives par des magistrats ayant connaissance du fait que l'avocat d'une partie était de confession juive constituait une atteinte à l'article 9 et si une obligation de reporter les audiences pour respecter la liberté religieuse de l'avocat s'imposait alors. Telle fut la réponse de la Cour : « même à supposer qu'il y ait eu ingérence dans le droit du requérant au titre de l'article 9 § 1, la Cour estime que cette ingérence était prévue par la loi, qu'elle se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui [...] et qu'elle présentait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>679</sup>. Cette prise de position frileuse s'accompagna de la voix dissidente de trois juges qui estimaient au contraire que « les conditions étaient réunies pour tenter d'arriver à un aménagement et un aménagement raisonnable – c'est-à-dire qui n'entraîne pas pour les autorités judiciaires une charge disproportionnée – de la situation »<sup>680</sup>.

**187.** La situation connut finalement une évolution en 2013 avec l'arrêt *Eweida c. Royaume-Uni*<sup>681</sup>. Il est remarquable déjà par sa référence directe aux droits étatsunien et canadien sur les *reasonable accommodations*<sup>682</sup>. En l'espèce, la compagnie aérienne *British Airways* avait refusé à ses employés une série de comportements vestimentaires exprimant des croyances religieuses de manière visible, notamment le port d'une croix chrétienne autour du cou. Elle considérait que de tels signes étaient incompatibles avec l'uniforme de travail imposé. La Cour européenne procéda cette fois à un contrôle de proportionnalité bien plus exigeant que dans l'affaire *Sessa* et conclut à une violation de la liberté religieuse dans sa dimension extérieure<sup>683</sup>. L'article 9 produit donc désormais des obligations positives pouvant prendre la forme d'aménagements raisonnables pour protéger le *forum externum* de la liberté religieuse<sup>684</sup>. La Cour a également admis que les autorités pénitentiaires devaient raisonnablement aménager la prison aux besoins particuliers liées à certaines croyances<sup>685</sup>.

---

<sup>679</sup> CEDH, 3 avril 2012, *Francesco Sessa c. Italie*, *op. cit.*, § 38.

<sup>680</sup> Opinion dissidente commune aux juges TULKENS, POPOVIC et KELLER, aff. *Francesco Sessa c. Italie*, § 10.

<sup>681</sup> CEDH, 15 janvier 2013, *Affaire Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

<sup>682</sup> *Ibid.*, pts 48 et 49.

<sup>683</sup> *Ibid.*, pts 94 et 95 : « La Cour conclut néanmoins qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce. [...] La croix de Mme Eweida était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle. Rien ne prouvait que le port par les employés d'autres vêtements religieux autorisés d'emblée, par exemple le turban ou le hijab, eût nui à la marque ou à l'image de British Airways. De surcroît, le fait que l'employeur a pu modifier son code vestimentaire pour permettre le port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse montre que l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale ».

<sup>684</sup> Dans l'affaire *Eweida*, c'est un aménagement de l'uniforme qui fut demandé à l'employeur privé pour tenir compte des besoins concrets de l'employée.

<sup>685</sup> Voir CEDH, 7 décembre 2013, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06, § 54.

**188.** En droit de l'Union, avant l'adoption de la directive 2000/78, un litige opposant une candidate à un concours de recrutement et le Conseil des Communautés européennes fut l'occasion pour la Cour, dès 1976, d'une intrusion dans la logique de l'aménagement raisonnable<sup>686</sup>. La candidate avait demandé à réaliser les épreuves écrites du concours à une date différente, étant donné qu'elles coïncidaient avec le jour d'une fête religieuse de sa confession. La réponse de la Cour se résumait en une obligation de moyens mise à la charge de l'institution : « si un candidat informe l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchent de se présenter aux épreuves à certaines dates, celle-ci doit en tenir compte et s'efforcer d'éviter de retenir de telles dates pour les épreuves »<sup>687</sup>. Depuis l'adoption de la directive 2000/78, et vu l'interprétation conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme adoptée par la Cour de justice, l'on peut se demander si cette dernière ne dispose pas des outils pour la reconnaissance d'aménagements pour motifs religieux.

## **2- La piste de l'aménagement raisonnable comme remède à la discrimination indirecte**

**189.** Dans les entreprises occidentales, « marquées par l'héritage chrétien, les membres de minorités religieuses se heurtent à des obstacles insidieux, non intentionnels, à l'exercice de leur religion »<sup>688</sup>. Ces obstacles peuvent être des mesures formulées en des termes neutres, c'est-à-dire n'opérant pas de distinction sur la base du motif religieux, mais désavantageant dans les faits un groupe religieux particulier. Face à cette problématique, la Cour de justice s'est trouvée quelque peu démunie dans l'affaire *G4S Secure Solutions*, dans laquelle la directive 2000/78 ne lui permit pas de trouver les ressources nécessaires pour répondre de manière satisfaisante (a). L'interdiction des discriminations indirectes pourrait pourtant offrir les potentialités de justification des aménagements raisonnables religieux<sup>689</sup> qui paraissent avoir manqué au juge dans cet arrêt (b).

---

<sup>686</sup> CJCE, 27 octobre 1976, *Prais / Conseil*, 130/75 : « la requérante a fait savoir au Conseil qu'étant de religion juive, et le 16 mai étant le premier jour de la fête juive de Chavouoth (Pentecôte), pendant laquelle il est interdit de se déplacer et d'écrire, elle ne serait pas en mesure de prendre part à l'examen. Elle demandait en conséquence qu'il lui soit permis de passer les épreuves à une autre date ». Elle se fonde notamment sur les articles 9 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>687</sup> *Ibid.*, pt 16.

<sup>688</sup> C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », in E. BRIBOSIA, I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 31.

<sup>689</sup> Voir dans le même sens J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, pp. 73-75

a- *Le problématique arrêt « G4S Secure Solutions »*

190. La question de l'adaptation de l'entreprise aux « besoins religieux » se pose régulièrement aux juridictions nationales<sup>690</sup>. L'arrêt *G4S Secure solutions* de la Cour de justice a apporté bien plus de questions que de réponses<sup>691</sup>, même si certains auteurs y ont vu un « raisonnement qui n'est pas inutilement sophistiqué » et « de facture assez classique »<sup>692</sup>. Comme nous l'avons déjà vu, la Cour devait évaluer la compatibilité d'un règlement intérieur d'entreprise imposant la neutralité à ses employés eu égard à leurs croyances religieuses et leurs convictions philosophiques et politiques avec l'interdiction de discriminer sur le fondement de la religion ou des convictions de la directive 2000/78. Après avoir validé l'objectif de neutralité comme légitime car découlant de « la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte » des droits fondamentaux<sup>693</sup>, la Cour s'interroge sur le caractère proportionnel et nécessaire d'une telle interdiction eu égard à cet objectif. La proportionnalité serait établie si elle était bien limitée aux employés « en contact avec la clientèle »<sup>694</sup> ce que doit vérifier le juge national.

191. Ce qui nous intéresse véritablement ici est plutôt le contrôle de la nécessité de l'interdiction. « S'agissant du refus d'une travailleuse telle que Mme Achbita de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de G4S, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, tout en *tenant compte des contraintes* inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une *charge supplémentaire*, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui *proposer un poste de travail* n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »<sup>695</sup>. C'est de nouveau au juge national de le vérifier. La Cour semble dégager, du contrôle de l'adéquation de la

---

<sup>690</sup> Voir par exemple CA Paris, 25 novembre 2015, n° 13/05179, *Semaine sociale Lamy* n° 1718. Dans cette affaire, la société LCL avait embauché une salariée en qualité de conseiller clientèle particuliers. Elle manifeste ultérieurement sa volonté de porter le voile, ce que l'employeur refuse en se fondant sur le règlement intérieur de l'entreprise. La salariée demande un changement de poste, qui lui permettrait de ne pas avoir de contact avec la clientèle. L'employeur refuse la demande et licencie la salariée du fait de son refus d'ôter son voile.

La CA de Paris annule le licenciement jugé discriminatoire, étant donné que l'employeur « ne (justifiait) pas [...] de ce qu'il n'avait aucun poste de conseiller à distance à proposer à la salariée », *a fortiori* parmi les « dizaines d'agences » que compte la société dans le département du Val-de-Marne.

<sup>691</sup> Denis MARTIN consacre un développement à la question du « rôle pour l'aménagement raisonnable en cas de discrimination indirecte fondée sur la religion ? », in « Cachez ce voile que je ne saurais voir ! », *Droit social*, n°4, 2018, pp. 314-322.

<sup>692</sup> C. VIAL, « Cour de justice, gde ch., 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 » in *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 87.

À l'inverse, A. CIAOLA, « Le port du foulard et un voile d'ambiguïté », *Rev. Aff. Eur.*, n° 1, 2017, p. 137 : l'auteur estime que « les avocats généraux avaient fourni plus d'éléments et, somme toute, plus de clarté ».

<sup>693</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*, pt 38.

<sup>694</sup> *Ibid.*, pt 42.

<sup>695</sup> *Ibid.*, pt 43, souligné par nous.

mesure à l'objectif poursuivi, une éventuelle obligation de reclassement du salarié souhaitant exprimer ses croyances religieuses ou ses convictions.

**192.** Une série de questions naît de ce point clé de l'arrêt *G4S*<sup>696</sup>, qualifié pour cette raison de « beau nid à contentieux »<sup>697</sup>. Le caractère elliptique de chaque étape du contrôle de proportionnalité exigé par la Cour de justice n'aide guère à la compréhension. D'abord, la Cour n'envisage que l'option du reclassement de l'employée vers un emploi adapté, et non pas une obligation générale de trouver l'aménagement approprié. Ensuite, la Cour donne des éléments sur l'obligation de reclassement elle-même qui laissent songeur. Le reclassement doit tenir « compte des contraintes inhérentes à l'entreprise », qui ne doit pas « subir une charge supplémentaire »<sup>698</sup>.

**193.** Pourtant, en matière de handicap, les aménagements doivent être *raisonnables* dans le sens où la charge nécessairement *supplémentaire* ne doit pas être « disproportionnée »<sup>699</sup>. Si l'on donne le même sens au terme de « charges » dans les deux cas (coût financier, humain, organisationnel et matériel de l'aménagement)<sup>700</sup>, il y a bien une différence d'intensité de l'obligation. « Ne pas subir de charge supplémentaire » ne revient-il pas à exiger que le reclassement ne fasse subir à l'entreprise aucune charge du tout ? Une obligation de reclassement peut-elle exister sans aucune charge supplémentaire pour l'entreprise ? Le seul fait de devoir trouver un poste où reclasser impose *a minima* de consulter la direction des ressources humaines pour trouver un poste adéquat aux compétences de l'employé, si ce n'est la création d'un tel poste et la formation à ce nouveau poste. Ce point de l'arrêt *G4S Secure Solutions* est indubitablement problématique, même en dehors du fait qu'une telle obligation ne repose sur aucune base juridique précise dans la directive 2000/78.

**194.** En outre, cet arrêt présenté comme « arrêt de principe »<sup>701</sup> signifie-t-il que dans le cadre du contrôle de proportionnalité de toute mesure potentiellement discriminatoire, la Cour pourrait faire naître des obligations non prévues par les textes ? En cherchant dans l'affaire *G4S*

---

<sup>696</sup> B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *La Semaine Juridique Social* n° 23, 12 Juin 2018, p 1192.

<sup>697</sup> G. CALVÈS, « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *Semaine sociale Lamy*, 27 mars 2017.

<sup>698</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*, pt 43.

<sup>699</sup> Article 5 de la directive 2000/78, précité.

<sup>700</sup> Sophie ROBIN-OLIVIER envisage de jouer sur la définition de la notion de charge : « Tout dépend, évidemment, de la conception que l'on retient de la "charge", qui pourrait éventuellement être, elle aussi, conçue de façon très restrictive (être limitée aux charges de nature financière, par exemple), ce qui laisserait place à certains aménagements impliquant une réorganisation, modeste d'un ou de plusieurs services », *in* « Neutraliser la religion dans l'entreprise », *RTDE*, 2017 p. 229.

<sup>701</sup> C. VIAL, « Cour de justice, gde ch., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 » *in Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 87.

un compromis entre la protection de la liberté d'entreprise et la liberté de religion<sup>702</sup>, la Cour de justice parvient à une impasse. Pour que la première ne contraigne pas trop la seconde, la Cour imagine une obligation de reclassement tellement limitée qu'on peut se demander si elle n'est pas tout simplement vide. Le compromis aurait sans doute dû être trouvé au stade de l'articulation entre la liberté religieuse et la liberté d'entreprise<sup>703</sup>, une question embarrassante que la Cour aura préféré éviter.

**195.** La Cour aurait pu trouver dans l'interdiction de la discrimination indirecte, qui est envisagée dans cet arrêt, une voie pour fonder cette obligation de reclassement ou une obligation d'ordre plus général de manière peut-être plus rigoureuse.

*b- La voie de la discrimination indirecte*

**196.** La Cour estime, dans l'arrêt *G4S Secure Solutions*, qu'il n'y a pas de discrimination directe<sup>704</sup> vu que le règlement intérieur traite toutes les religions et les convictions de la même manière<sup>705</sup>. Elle estime en revanche qu'une discrimination indirecte pourrait être démontrée en cas de désavantage particulier subi par une catégorie de croyants d'une religion donnée. On peut malheureusement imaginer la difficulté d'apporter une telle preuve, étant donné que tous les croyants d'une même religion dans une même entreprise ne souhaitent pas pratiquer ni extérioriser leur croyance de la même manière. Ainsi une employée musulmane ne souhaitant pas porter le voile ne sera pas désavantagée par la mesure neutre, en revanche, Mme Achbita qui souhaitait le porter, en pâtissait.

**197.** La discrimination indirecte potentielle se produit, non pas à l'égard des croyants d'une religion donnée, mais des croyants ou convaincus qui *souhaitent manifester leur religion ou leurs convictions* quelles qu'elles soient. Tous ceux-là seront particulièrement désavantagés

---

<sup>702</sup> « Juste équilibre atteint » selon Claire VIAL, *op. cit.* Pour une vision plus critique : J. MOULY, « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, 2018, p. 330 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Neutraliser la religion dans l'entreprise », *op. cit.*, : la Cour tente de « désamorcer cette tension dans une période politique à haut risque. Au prix, il est vrai, d'un recul de la protection assurée aux salariés ».

<sup>703</sup> Dans l'affaire *Boungaoui et ADDH* rendu le même jour, on trouve cet avis de l'avocate générale Mme Eleanor SHARPSTON, dans ses conclusions présentées le 13 juillet 2016, aff. C-188/15, pt 133 : « l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors, selon moi, s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses ».

<sup>704</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*, pt 34

<sup>705</sup> Sur ce point déjà, certains auteurs estimaient que le simple fait de viser la religion ou les convictions aurait pu suffire à qualifier une discrimination directe. Voir les conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT dans l'affaire C-157/15, pt 44. Nous en reparlerons plus tard dans notre travail.

S. ROBIN-OLIVIER parle d'une « conception singulièrement étroite » de la notion de discrimination directe », *in* « Neutraliser la religion dans l'entreprise », *op. cit.* Au contraire, G. CALVÈS voyait une impossibilité de parler de discrimination directe étant donné qu'aucun comparateur n'était trouvable, « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *Semaine sociale Lamy*, 27 mars 2017.

par la mesure neutre, sur le fondement de leur religion, dans sa dimension externe. Si cette dimension est réellement incluse dans la définition de la religion, comme la Cour l'indique, la protection de cet aspect devrait être réelle. Sans aller jusqu'à bannir purement et simplement toute politique de neutralité, l'effet utile de la directive 2000/78 et son efficacité à combattre toutes les formes de discriminations, notamment indirectes, fondées sur la religion ou les convictions, pourrait dès lors impliquer que des aménagements raisonnables soient prévus pour protéger de manière effective le *forum externum* de la religion. La légitimité de l'objectif de neutralité, dans le cadre de la liberté d'entreprise, devant se combiner avec cette protection élevée d'une liberté fondamentale, les aménagements raisonnables représentent une voie crédible de conciliation<sup>706</sup>. « L'éradication des discriminations indirectes implique des mesures d'adaptation aux spécificités de la situation des membres de ces groupes »<sup>707</sup>, le cas des politiques de neutralité d'entreprise pourrait constituer un exemple où le droit de l'Union imposerait des aménagements raisonnables sur le fondement religieux, non pas parce que les situations ne sont pas comparables comme dans le cas du travailleur handicapé, mais pour remédier à une discrimination indirecte fondée sur la religion.

**198.** Les aménagements exigés par le droit de l'Union reposent sur une logique d'incomparabilité des situations, laquelle écarte l'applicabilité de l'interdiction de discriminer. Des aménagements pourraient émerger ponctuellement dans des situations non prévues, du fait de l'obligation de traiter différemment les situations différentes. Un tel cas n'a pas encore trouvé de concrétisation dans la jurisprudence. La distinction entre les « deux facettes » du principe d'égalité de traitement reste poreuse, étant donné l'imprévisibilité de l'opération de comparaison dont nous avons parlé. Pour cette raison, certains régimes spécifiques du droit dérivé se trouvent dans une « zone floue », quelque part entre ces deux facettes du principe de l'égalité de traitement. L'opération de comparaison est absolument déterminante mais produit parfois des résultats inattendus voire controversés.

**199.** C'est ainsi que nous trouvons, dans les directives étudiées, un cas présenté comme une dérogation par rapport à l'interdiction de discriminer, mais dans lequel nous voyons une

---

<sup>706</sup> Voir S. ROBIN-OLIVIER, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *op. cit.* : « Une telle généralisation ne peut cependant être totalement écartée, car, lorsque aucune distinction apparente n'existe, que l'on pourrait se contenter d'éliminer, l'éradication de la discrimination indirecte qui résulte de politique en apparence neutre ne peut s'opérer qu'au moyen d'un aménagement spécifique pour tenir compte de la situation ou des besoins propres de ceux qui se trouvent, de fait, privés d'accès à certains biens ou avantages ou dont les capacités d'action et de participation à la vie sociale se trouvent entravées ».

Voir aussi Lucy VICKERS, Réseau européen des experts en matière de non-discrimination, *Religion et convictions : discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Rapport thématique, 2006, p. 22.

<sup>707</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, *op. cit.*, p. 246.

logique d'incomparabilité des situations. Ce régime devrait donc se situer en dehors du champ d'application de la règle de l'égalité de traitement *stricto sensu*, et non consister en une dérogation par rapport à celle-ci. Il s'agit des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

## §2) Le cas particulier des exigences professionnelles essentielles et déterminantes

**200.** Ce que l'on appelle les « exigences professionnelles essentielles et déterminantes » constitue dans le droit de l'Union une disposition transversale, parce qu'elle existe pour tous les motifs, dans le domaine de l'emploi et du travail. « Nonobstant [l'interdiction des discriminations], une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés [par les directives] 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 »<sup>708</sup>. Pour l'heure, l'article 4 §1 de la directive 2000/78 n'a été interprétée par la Cour que dans cinq arrêts dont quatre portaient sur le motif de l'âge<sup>709</sup>. L'article 4 de la directive 2000/43 dont la formulation est identique n'a fait l'objet d'aucun arrêt. Bien que le droit dérivé impose « que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée », cet aspect nous paraît largement secondaire dans l'appréciation du juge. Si la formulation « nonobstant l'interdiction [de discriminer] » utilisée met sur la voie d'une contradiction entre ces mesures et l'interdiction de discriminer et donc d'un rapport dérogatoire, nous pensons qu'il est légitime de ne pas y voir un régime dérogatoire. En réalité, l'appréciation de la légitimité des mesures présentées comme des exigences professionnelles essentielles et déterminantes repose avant tout sur la démonstration d'un défaut de comparabilité. Il manquerait en effet deux conditions essentielles pour qu'une discrimination directe puisse être présumée, ce qui signifie qu'il n'y a nul besoin d'une dérogation pour appliquer un traitement différent aux situations considérées (A). Ensuite, nous avons dit que cette règle apparaissant dans trois directives pour tous les motifs protégés par le droit de

---

<sup>708</sup> Directive 2000/78, article 4 §1, directive 2000/43 article 4, Directive 2006/54 article 14 §2. Une telle exception ne se retrouve naturellement pas dans la directive 2004/113 puisqu'elle ne concerne pas l'emploi.

<sup>709</sup> Sur l'âge : CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, C-258/15 ; CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13 ; CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge e.a.*, C-447/09 et CJUE, 12 janvier, 2010, *Wolf*, C-229/08. Sur la religion ou les convictions : CJUE, *Bougnaoui et ADDH*, *op. cit.*, C-188/15.



l'Union, elle devrait être effectivement perçue comme transversale. Il y a selon nous de quoi s'interroger sur l'intérêt pratique de celle-ci pour certains motifs (B).

### ***A) Les deux conditions manquantes à la présomption de discrimination directe***

**201.** Avant d'envisager de déroger à une règle, encore faut-il que les conditions d'applicabilité de la règle soient réunies. Or il nous semble que dans le cadre d'une différence de traitement justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'auteur de la différence de traitement doit d'abord démontrer que le caractère direct de la différence de traitement instaurée par rapport à l'un des motifs protégés n'est qu'apparent. C'est en fait une caractéristique bien précise qui est visée à travers l'utilisation du motif (1). Cette caractéristique entraîne un défaut de comparabilité des situations différemment traitées, ce qui exclut en principe la discrimination (2).

#### **1- L'apparent caractère direct de la différence de traitement par rapport au motif**

**202.** Comme nous l'avons mis en évidence, la première condition pour établir une discrimination directe est l'existence d'une différence de traitement et celle d'un lien direct entre le motif protégé et la différence de traitement opérée. Nous avons aussi démontré que le lien direct pouvait exister même dans des cas où le motif n'était pas explicitement visé par la norme ou la pratique. Dans la définition de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, un terme que l'on ne retrouve pas ailleurs apparaît : « la caractéristique liée » à l'un des motifs<sup>710</sup>. Ce terme est en fait un indicateur de la première spécificité de cette règle.

**203.** L'explication se trouve dans la jurisprudence. Dans l'affaire *Salaberria Sorondo*, une législation d'une Communauté autonome espagnole limitait le recrutement des agents de police aux candidats n'ayant pas atteint l'âge de trente-cinq ans<sup>711</sup>. La Cour constata donc qu'il y avait une différence de traitement directement fondée sur l'âge, « moins favorable que celui dont bénéficient d'autres personnes se trouvant dans des situations comparables, au seul motif qu'elles ont atteint l'âge de 35 ans »<sup>712</sup>. Dans ces mots, on retrouve les trois conditions requises pour la discrimination directe : le traitement moins favorable, le lien direct avec un motif

---

<sup>710</sup> Dans la directive 2000/78 par exemple, le terme apparaît dans le préambule au pt 23 (« une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle ») et à l'article 4, donc uniquement à propos de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante.

<sup>711</sup> CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, C-258/15.

<sup>712</sup> *Ibid.*, pt 29.

protégé et la comparabilité des situations. Mais la vérification des conditions de l'article 4 §1 de la directive 2000/78 a précisément pour but de valider ou d'invalider certaines conditions de la discrimination présumée et non d'y déroger simplement parce que l'auteur poursuivrait un objectif louable.

**204.** « C'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante »<sup>713</sup>. Le terme de « caractéristique » utilisée dans les directives est explicité par cette précision constamment réitérée par la Cour<sup>714</sup>. Si, dans le cas de la discrimination indirecte, le critère, la disposition ou la pratique est apparemment neutre mais désavantage en fait une catégorie protégée, on peut aller jusqu'à dire qu'ici, le raisonnement s'inverse. La mesure paraît viser directement l'âge - par exemple - mais vise en fait une caractéristique liée à ce motif. Par commodité, plutôt que de viser la caractéristique, la mesure vise le motif protégé, qui présente *en général* un lien avec la caractéristique. Dans l'affaire *Salaberria*, ce n'était pas l'âge en soi mais bien « la possession de capacités physiques particulières »<sup>715</sup> qui était visée à travers l'âge, à savoir la vigueur, la force, la rapidité des réflexes, et autres. L'autorité nationale estime, en se fondant sur des généralisations d'ordre biologiques, que les personnes jeunes ont des capacités physiques supérieures à celles des personnes plus âgées<sup>716</sup>. Une telle logique est en soi critiquable, ce type de normes pouvant maintenir vivaces des préjugés plutôt que des réalités biologiques, par rapport à l'âge des travailleurs, et ce conformément au droit à la non-discrimination. La logique individuelle du droit à l'égalité de traitement se trouve quelque peu bousculée. Avec la mesure visée dans l'arrêt *Salaberria* par exemple, un individu de trente-six ans en pleine possession de ses capacités physiques se trouve exclu d'un recrutement pour la seule raison que, *en moyenne*, les jeunes gens seraient physiquement plus aptes à remplir certaines tâches. Inversement, un individu de moins de trente-cinq ans moins agile ou réactif se verra offrir la possibilité de concourir (même s'il ne sera peut-être pas recruté *in fine*). Le principe de base selon lequel c'est la capacité de chaque individu à concourir dans des

---

<sup>713</sup> *Ibid.*, pt 33.

<sup>714</sup> CJUE, 12 janvier, 2010, *Wolf*, C-229/08, pt 35 ; CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge e.a.*, *op. cit.*, pt 66 ; CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13, pt 36.

<sup>715</sup> CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, *op. cit.*, pt 34.

<sup>716</sup> Cette position est infiniment critiquable. Anne MEYER-HEINE souligne que « l'utilisation de stéréotypes qui assimilent le fait d'être plus âgé à une diminution de l'efficacité professionnelle doit être considérée avec précaution. [...] même lorsque l'âge est statistiquement lié à une tendance telle qu'un état de santé plus fragile, les écarts individuels sont parfois importants » *in* « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29.

conditions d'égalité sans discrimination notamment fondée sur l'âge qui détermine l'obtention de biens et ressources est mis à mal.

**205.** C'est ensuite en confrontant la caractéristique visée avec l'exercice de la profession en cause que peut être révélé le défaut de comparabilité des situations. Dans cette deuxième phase, l'incomparabilité se mêle avec le contrôle de l'objectif poursuivi par l'auteur de la différence de traitement.

## **2- L'imbrication de l'incomparabilité et de l'objectif poursuivi**

**206.** L'exercice de la profession doit effectivement exiger que les employés possèdent la caractéristique recherchée à travers le motif protégé. Cet examen est lié à celui de l'objectif, car toute caractéristique recherchée doit l'être pour une raison légitime, en rapport avec les activités exercées. Reprenons encore l'exemple de l'arrêt *Salaberria*. La Cour qualifie la mesure d'exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 §1 car « les défaillances physiques lors de l'exercice [des] fonctions [de police] sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes » sur le maintien de l'ordre public<sup>717</sup>. Ainsi est établi un double lien : entre la possession de certaines capacités physiques et l'exercice des fonctions de police, et entre l'exercice des fonctions de police et l'objectif légitime du maintien de l'ordre public. Ce n'est pas l'âge qui est l'exigence requise pour exercer la profession. La justification est que les individus seront globalement placés dans une situation différente par rapport à la capacité d'exercer les missions des forces de police du fait de leur âge, ce qui pourrait porter préjudice à l'objectif de maintenir l'ordre public.

**207.** À ce problème de conceptualisation de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante dont le statut interroge, s'ajoute celui du manque de lisibilité de la jurisprudence. Il semblerait qu'il soit plus facile de distinguer directement sur le motif protégé au prétexte de viser une caractéristique particulière que l'inverse. Dans l'arrêt *Kalliri* du 18 octobre 2017, une réglementation grecque posait une condition de taille pour le recrutement dans les forces de police, les candidats devant mesurer plus d'un mètre soixante-dix<sup>718</sup>. La mesure est suspectée de constituer une discrimination indirecte puisqu'elle choisit un caractère apparemment neutre mais susceptible de désavantager particulièrement les femmes, généralement plus petites que les hommes. Pour la Cour, il y a bien une discrimination indirecte car, si l'objectif poursuivi est

---

<sup>717</sup> CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, *op. cit.*, pt 35.

<sup>718</sup> CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16.

légitime<sup>719</sup>, la proportionnalité exigée dans le cadre du contrôle des différences de traitement indirectes n'est pas respectée<sup>720</sup>. Elle relève deux problèmes : l'un est que les activités de police n'exigent pas toutes un engagement physique important<sup>721</sup> ; l'autre est que le lien n'est pas suffisamment net entre la taille des individus et la possession des capacités physiques nécessaires pour accomplir les fonctions de police<sup>722</sup>. Ainsi, la discrimination indirecte générée à l'encontre des femmes ne se justifie pas.

**208.** Nous faisons ce parallèle entre les arrêts *Salaberria* et *Kalliri* car il ne nous semble pas beaucoup plus évident que le fait d'être âgé de plus de 35 ans soit davantage lié à la possession de certaines capacités physiques que le fait de mesurer plus d'un mètre soixante-dix. Or, dans un cas, le contrôle de proportionnalité n'empêche pas que soit opérée une différence de traitement *directement* fondée sur l'âge et dans l'autre cas, ce contrôle empêche qu'une discrimination *indirectement* fondée sur le sexe soit maintenue. Est-ce dû au fait qu'une discrimination indirecte sur le sexe est implicitement jugée plus grave qu'une discrimination directe fondée sur l'âge ? La Cour a toujours montré, il est vrai, une sévérité particulière à l'égard de toutes formes de généralisation ou de discriminations fondées sur le sexe<sup>723</sup>.

**209.** Elle a pourtant eu l'occasion d'accepter par le passé que le sexe puisse représenter une condition déterminante pour des emplois comme surveillant de prison<sup>724</sup> ou pour certaines activités de police, exercées dans une situation de troubles intérieurs graves<sup>725</sup>. Dans l'arrêt *Johnston* de 1986 que nous avons déjà évoqué, la Cour devait déterminer si, face au maniement des armes à feu, les policiers et policières étaient placés dans une situation comparable ou si le sexe constituait une condition déterminante permettant de fonder une différence de traitement<sup>726</sup>. L'auteur de la décision invoquait le contexte social et la perception de la société sur le travail féminin à la fois comme l'objectif légitime de la différence de traitement, et comme fondement à une incomparabilité des situations des hommes et des femmes face à la

---

<sup>719</sup> *Ibid.*, pt 36 : l'objectif légitime est « le souci d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement des services de police »

<sup>720</sup> *Ibid.*, pt 42 : « l'objectif poursuivi par la réglementation en cause au principal pourrait être atteint par des mesures moins désavantageuses pour les personnes de sexe féminin ».

<sup>721</sup> *Ibid.*, pt 38.

<sup>722</sup> *Ibid.*, pt 39.

<sup>723</sup> L'arrêt CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et autres*, C-236/09, que nous commentons aux §§ 794 et s. a été une illustration retentissante de cette sévérité particulière.

<sup>724</sup> CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, C-318/86, pts 11-18.

<sup>725</sup> CJUE, 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84.

<sup>726</sup> *Ibid.*, pt 32 : dans l'arrêt « La Commission estime qu'en raison de ses conditions d'exercice, mais non en raison de sa nature, l'activité de policier armé pourrait être considérée comme une activité pour laquelle le sexe est une condition déterminante ».

profession<sup>727</sup>. À cette époque, une telle démonstration provoqua l'adhésion de la Cour qui estima que « les conditions d'exercice de certaines activités de police » ne seraient pas les mêmes pour les hommes et les femmes<sup>728</sup>. On peut remarquer qu'elle parlait bien alors de « *dérogation* au régime général de la directive »<sup>729</sup>. De nouveau, l'objectif de l'auteur et l'opération de comparaison étaient totalement imbriqués, dans le cadre de cette « dérogation » qui ne devrait pas en être une.

**210.** Avec l'avancée considérable des mentalités ces dernières décennies sur le travail des femmes et l'idée que tous les emplois peuvent *a priori* être exécutés par des femmes comme des hommes, on peut douter de l'intérêt pratique que conserve cette règle pour les autres motifs que l'âge et le handicap.

### ***B) L'apparente transversalité de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante***

**211.** L'intérêt de ce régime pour les autres motifs que l'âge et le handicap semble extrêmement réduit (1). D'ailleurs, si l'on pouvait penser à des situations où la religion ou les convictions pourraient constituer le terrain de telles exigences essentielles et déterminantes, la directive 2000/78 a prévu une base juridique spécifique pour ce cas (2).

#### **1- L'intérêt pratique réduit pour les autres motifs**

**212.** Comment concevoir que des critères comme le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions ou l'orientation sexuelle puissent être incompatibles avec certaines activités professionnelles ? Plus précisément, quelle caractéristique liée à ces motifs pourrait générer la nécessité d'exclure de certains emplois des catégories d'individus ? Faire des généralités sur ces motifs est-il tout aussi acceptable socialement ou moralement que sur l'âge et le handicap ? Estimer que les personnes souffrant d'un handicap qui limite considérablement leur mobilité physique ne peuvent pas se déplacer aussi aisément que les personnes ne souffrant pas d'un tel handicap ne pose *a priori* pas de problème. Un emploi impliquant de nombreux déplacements à pied sera vraisemblablement irréalisable.

---

<sup>727</sup> *Ibid.*, pt 35.

<sup>728</sup> *Ibid.*, pt 37.

<sup>729</sup> *Ibid.* Nous soulignons.

**213.** En revanche, l'idée qu'il puisse découler de l'appartenance à un sexe des capacités physiques ou psychologiques différentes constitue un comportement sexiste<sup>730</sup>, raciste si l'on procède à une telle essentialisation sur le fondement racial, homophobe ou discriminatoire. Dans l'arrêt *Bouagnaoui et ADDH* du 14 mars 2017<sup>731</sup>, une ingénieure d'études portant le voile avait été licenciée. Elle refusait d'ôter son voile alors que son employeur le lui demandait afin de satisfaire la demande d'un client qui ne souhaitait plus de rendez-vous avec l'employée voilée<sup>732</sup>. La Cour de cassation française saisie au principal décida de poser la question suivante à la Cour : le souhait d'un client peut-il constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, justifiant que l'on instaure une différence de traitement sur le motif de la religion ? Ici, rappelons que le souhait du client est à la fois l'objectif légitime de l'auteur de la différence de traitement, dans le sens où l'employeur cherche à le satisfaire, et à la fois la source de l'incomparabilité alléguée de la situation de l'employée voilée par rapport aux autres.

**214.** Il fallait que la Cour vérifie les deux conditions habituellement requises dans le cadre de l'article 4 §1 de la directive 2000/78. D'abord, quelle était la caractéristique liée à la religion qui constituait l'exigence ? Ensuite, la volonté de respecter le souhait d'un client est-elle en lien avec l'exercice de la profession d'ingénieur d'étude ? Se fondant sur le préambule de la directive 2000/78, la Cour commence par rappeler que « ce n'est que dans des conditions très limitées qu'une caractéristique liée, notamment, à la religion peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante »<sup>733</sup>. Il ne faut pas y voir la marque d'une hiérarchisation entre les motifs, car si l'on s'en réfère au préambule<sup>734</sup>, on voit que tous les motifs sont considérés par cette affirmation préalable.

**215.** La Cour rappelle surtout que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante « ne saurait [...] couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client »<sup>735</sup>. Cette position est relativement classique,

---

<sup>730</sup> La notion de genre est même intervenue pour faire référence à ce phénomène d'extrapolation à partir du sexe biologique des individus. Il est ainsi défini par l'ONU : « le genre fait référence aux opportunités et attributs sociaux associés au fait d'être un homme ou une femme et aux relations entre les femmes, les hommes, entre les filles et les garçons ainsi qu'aux relations entre femmes et entre hommes. Ces attributs, opportunités et relations sont des constructions sociales. Cela signifie que ce sont des constructions et des produits de la société et, en cela, ils peuvent être modifiés et transformés ». <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>  
Voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, 269 p. ; E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 5, 2014.

<sup>731</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15.

<sup>732</sup> Les propos du client en l'espèce avaient été précisément : « la prochaine fois, pas de voile ».

<sup>733</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, pt 38.

<sup>734</sup> Considérant 23 du préambule de la directive 2000/78.

<sup>735</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, *op. cit.*, pt 40.

on la retrouve par exemple dans le droit canadien<sup>736</sup>. C'est la capacité objective à remplir la profession en cause qui compte. Or, le fait de porter le voile n'a aucun lien avec la *capacité* à exercer la fonction d'ingénieur d'études. Si l'on veut aller plus loin que la Cour, céder aux exigences discriminatoires d'un client ne fait pas partie des capacités que devrait requérir une profession, quelle qu'elle soit. On peut toutefois être déçu que la Cour n'ait pas explicité l'autre condition de l'exigence professionnelle, celle de l'identification de la caractéristique ici liée à la religion. Le fait de porter le voile pour une femme de confession musulmane serait vraisemblablement la caractéristique en cause qui empêchait de répondre au souhait du client.

**216.** Malgré la lacune laissée dans le raisonnement de la Cour, on peut comprendre qu'elle ne se soit pas attardée sur cet aspect au caractère hautement sensible. Ce n'est évidemment pas aux juges européens de se lancer dans une réflexion sur la place du voile dans la religion musulmane. La demande du client n'ayant manifestement aucun lien avec l'activité professionnelle en cause, la Cour n'a pas besoin d'examiner la seconde condition<sup>737</sup>. D'ailleurs, si le port du voile devait être une caractéristique parfois liée à la religion, on ne peut imaginer qu'un seul cas où la religion pourrait être utilisée valablement comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante : il faudrait que l'exercice de l'activité soit conditionné au moins en partie par le fait d'avoir les cheveux découverts. Une annonce publicitaire visant à promouvoir un shampoing en montrant des cheveux pourrait sans doute de manière valide exclure les actrices portant le voile et refusant de l'ôter. On voit bien là l'intérêt extrêmement limité d'une telle règle pour le motif religieux<sup>738</sup>.

**217.** Beaucoup de questions demeurent en suspens<sup>739</sup>. Comme se le demande Edouard Dubout : « est-il autorisé, sur ce fondement, de ne recruter que des personnes d'une certaine origine ou d'une certaine orientation sexuelle, pour servir dans un restaurant (« ethnique » ou « gay » par exemple) ? »<sup>740</sup>. L'intérêt pratique de cette règle, en dehors du cas de l'âge et du handicap, est d'autant plus réduit que le seul cas où le motif religieux ou convictionnel pourrait

---

<sup>736</sup> Voir G. TRUDEAU, « Libertés individuelles et relations de travail : un point de vue canadien », in P. AUVERGNON (dir.), *Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ? Eléments de droit comparé*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2011, p. 263.

<sup>737</sup> Tirant les conséquences de l'arrêt, la Cour de cassation française a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Voir Cass. Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855.

<sup>738</sup> A part le cas très spécifique de l'article 4 §2 de la directive 2000/78, qui sera étudié juste après.

<sup>739</sup> Pour cette raison, l'arrêt *Bougnagoui* a suscité beaucoup de commentaires, dont certains sont particulièrement imaginatifs, comme celui de F. KÉFER et P. WAUTELET, « La préférence discriminatoire d'une travailleuse à l'égard de la clientèle ou l'affaire Bougnagoui c. Micropole Univers inversée », in *L'Europe au présent !, Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 495-522.

<sup>740</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 492.

bel et bien constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante est explicitement prévu par un autre article de la directive 2000/78.

## 2- L'existence d'une base juridique distincte pour le motif religieux ou convictionnel

**218.** L'article 4 §2 de la directive 2000/78 prévoit que, « 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. [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 ». Les « entreprises identitaires »<sup>741</sup> ou « entreprises de tendance »<sup>742</sup>, selon les expressions doctrinales, constituent effectivement le principal cas où l'on peut imaginer que les deux conditions de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante soient réunies pour le motif religieux ou convictionnel. Encore qu'il ne s'agirait pas ici de viser une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, mais bien celles-ci mêmes.

**219.** Deux arrêts ont été rendus en interprétation de cet article<sup>743</sup>, où étaient en cause chaque fois des affaires allemandes. Dans l'affaire *Egenberger*, une offre d'emploi d'une association en lien avec l'Église protestante mentionnait que « l'appartenance à une Église protestante ou à une Église membre de la communauté de travail des Églises chrétiennes en Allemagne et l'identification avec la mission diaconale sont des prérequis ». Dans ses conclusions, l'avocat général M. Evgeni Tanchev<sup>744</sup> estimait que la jurisprudence de la Cour sur l'article 4 §1 « ne peut être transposée à l'interprétation du texte de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78. Ce dernier constitue en effet une règle spéciale conçue pour répondre au cas de figure particulier des organisations religieuses »<sup>745</sup>. Selon la Cour de justice, le fait qu'une personne estime qu'elle n'a pas été recrutée du fait de son absence de confession constitue bien

---

<sup>741</sup> J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.*, 2011, p. 1637.

<sup>742</sup> P. WAQUET, « Loyauté des salariés dans les entreprises de tendance », *Gazette du Palais*, 1996, p. 1427.

<sup>743</sup> CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16 ; CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17.

<sup>744</sup> Conclusions de l'avocat général M. Evgeni TANCHEV présentées le 9 novembre 2017, aff. C-414/16.

<sup>745</sup> *Ibid.*, pt 79.



« une différence de traitement fondée sur la religion »<sup>746</sup>, ce qui est déjà un premier apport important de cet arrêt.

**220.** Sa réponse se concentre longuement sur le sens des termes « essentielle, légitime et justifiée »<sup>747</sup>, trois caractères que doit présenter l'exigence eu égard à l'organisation religieuse. Ces critères ne sont pas appréciés discrétionnairement par l'organisation elle-même et peuvent être contrôlés par une autorité indépendante, « telle une juridiction nationale »<sup>748</sup>. L'objectif de l'appréciation est de ménager « un juste équilibre » entre « le droit à l'autonomie des églises » et le droit à la non-discrimination fondée sur la religion des travailleurs<sup>749</sup>. L'appréciation de l'article 4 §2 est en pratique davantage circonscrite que celle de l'article 4 §1 de la directive 2000/78, puisque l'objectif légitime de l'organisation est plus précisément défini. Il faut prendre en considération la « nature » autant que le « contexte » des activités de l'organisation pour savoir si la religion est une exigence essentielle, légitime et justifiée. Le simple fait que l'organisation soit religieuse n'entraîne pas automatiquement la légitimité de l'exigence, il faut que l'emploi exercé nécessite effectivement un recrutement déterminé par la religion ou les convictions du travailleur<sup>750</sup>. On retrouve l'exigence du « lien direct entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur et l'activité concernée »<sup>751</sup>, comme dans l'article 4 §1. Ce lien doit faire l'objet d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité<sup>752</sup>, comme pour toute exigence professionnelle essentielle et déterminante, et ce même si l'article 4 §2 ne le précise pas expressément. Le contrôle de proportionnalité se retrouve à travers les trois adjectifs « essentielle, légitime et justifiée ».

**221.** L'origine du second arrêt rendu en 2018, *IR*, est le licenciement d'un travailleur de confession catholique en raison d'un second mariage civil contracté après un divorce, par une société privée réalisant « des missions de Caritas (confédération internationale d'organisations catholiques à but caritatif), en tant qu'expression de l'existence et de la nature de l'Église catholique romaine »<sup>753</sup>. Cette affaire a permis à la Cour de justice d'aborder un aspect non traité dans l'arrêt *Egenberger* : celui du champ d'application personnel de l'article 4 §2, en particulier quant au sens à donner aux « autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ». La Cour confère, sans surprise, une portée large

---

<sup>746</sup> CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, pt 43.

<sup>747</sup> *Ibid.*, pts 65-68.

<sup>748</sup> *Ibid.*, pt 46.

<sup>749</sup> *Ibid.*, pt 51.

<sup>750</sup> *Ibid.*, pts 62-63.

<sup>751</sup> *Ibid.*, pt 63.

<sup>752</sup> *Ibid.*, pt 68.

<sup>753</sup> CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17, pt 23.

à ce champ d'application en estimant que l'article 4 §2 s'applique sans considération « quant à la nature et à la forme juridiques de l'entité »<sup>754</sup>. Elle confirme que, « outre les entreprises culturelles c'est-à-dire les églises, ou les entreprises idéologiques dont le but est de promouvoir une croyance, sont visées les organisations publiques ou privées qui n'ont pas forcément un but religieux mais sont fondées sur une éthique idéologique »<sup>755</sup>.

**222.** L'arrêt *IR* est ensuite l'occasion pour la Cour de réaffirmer le caractère déterminant du lien entre l'exigence posée par l'organisation et l'activité effectivement exercée par le travailleur. En l'espèce, la Cour reconnaît que « le caractère sacré et indissoluble du mariage religieux » est un « élément déterminé de l'éthique de l'Eglise catholique »<sup>756</sup> et peut donc en principe constituer une exigence dans le cadre de l'article 4 §2. Mais le fait est que le travailleur licencié exerçant la fonction de médecin, l'adhésion à cette conception du mariage n'apparaît pas nécessaire pour l'affirmation de l'éthique d'IR compte tenu [de ses] activités professionnelles »<sup>757</sup>. Le caractère « essentiel » de l'exigence manque vraisemblablement, même s'il appartient au juge national de le vérifier *in concreto*<sup>758</sup>.

**223.** Dans l'affaire *Rommelfanger* en 1989, la Commission européenne des droits de l'Homme avait également eu l'occasion d'évaluer une situation proche, un médecin employé par l'hôpital d'une fondation catholique avait été licencié après avoir exprimé son opinion favorable à l'avortement dans la presse<sup>759</sup>. La Commission estima que lorsqu'« un organisme établi sur la base de certaines convictions et jugements de valeur qu'il considère comme indispensable à l'accomplissement de ses fonctions dans la société, il est en fait conforme aux exigences de la Convention de donner toute sa portée aussi à la liberté d'expression de l'employeur »<sup>760</sup>. Le lien entre une prise de position sur l'avortement et la fonction de médecin est bien plus incontestable, d'où la réponse de la Commission européenne des droits de l'homme<sup>761</sup>. Après l'arrêt *IR*, on peut imaginer que la Cour de justice y aurait également vu une exigence *essentielle*.

---

<sup>754</sup> *Ibid.*, pt 40.

<sup>755</sup> M.-T. LANQUETIN, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation août 2018), § 139.

<sup>756</sup> CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17, pt 57.

<sup>757</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> Com. EDH, 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*, n° 12242/96.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>761</sup> Pour les arrêts les plus importants de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les entreprises dites « de tendance » ou identitaires, voir CEDH, 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07 ; CEDH, 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02 ; CEDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03 ; CEDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, 425/03. Pour une étude : J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.*, 2011, p. 1637

224. Malgré la spécificité des « employeurs » visés par l'article 4 §2, la Cour de justice ne fait preuve d'aucun laxisme ni quant à l'applicabilité de la directive 2000/78, ni quant à la portée de la « dérogation » autorisée par rapport à l'égalité entre les travailleurs quelle que soit leur religion ou convictions, ni par rapport aux obligations des juridictions nationales qui en découlent<sup>762</sup>. Les conditions posées par l'article 4 §2 quant à l'exigence professionnelle sont d'interprétation stricte et sont cumulatives. « L'attitude de bonne foi et de loyauté » pouvant être exigée de la part des employés ne permet pas de refuser le recrutement ou de licencier « indépendamment du contenu de l'emploi que l'intéressé devait occuper ou occupait effectivement »<sup>763</sup>, comme pouvaient le craindre certains auteurs.

225. La « dérogation »<sup>764</sup> de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante n'est que d'apparence car elle consiste précisément à remettre en cause le résultat de l'opération de comparaison, le contrôle de l'objectif poursuivi s'y mêlant. Elle nous permet ainsi de faire une transition pertinente vers les véritables dérogations à l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire les régimes permettant d'écarter cette interdiction alors même que les conditions à son application sont réunies. Il n'y a plus de doute sur la comparabilité des situations, seul l'objectif poursuivi par l'État ou tout autre auteur d'une différence de traitement, jugé légitime, permet de *déroger* à l'interdiction de discriminer qui devrait normalement s'appliquer.

## Section 2. Les dérogations justifiées par l'objectif poursuivi

226. « Aucune règle n'est en tant que telle attentatoire au principe de non-discrimination, celui-ci a simplement pour fonction d'imposer à l'auteur de la règle de justifier la différence de traitement qu'il a établie »<sup>765</sup>. Le premier élément qui attire l'attention est la différence de régime explicite que les directives ont aménagée entre la discrimination directe et discrimination indirecte quant au contrôle de l'objectif poursuivi par l'auteur de la différence de traitement. Les textes du droit dérivé précisent que la discrimination indirecte est interdite

---

<sup>762</sup> CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17, pt 64 ; CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, pt 72 : « l'exigence d'une interprétation conforme inclut l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive ».

<sup>763</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001, p. 75.

<sup>764</sup> G. CALVÈS qualifie l'article 4 §2 comme tel in « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, 2018, p. 323.

<sup>765</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Septième journées d'études du pôle européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 50.

« 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 »<sup>766</sup>.

**227.** Aux trois conditions que nous avons présentées précédemment – l’existence d’un critère, d’une disposition ou d’une pratique neutre [1], qui produit ou est susceptible de produire un désavantage particulier [2] pour une catégorie protégée placée dans une situation comparable [2] –, s’ajoutent deux conditions cumulatives. Si elles sont réunies, ces conditions font entrer la différence de traitement dans un régime dérogatoire et écarte la qualification de discrimination indirecte. En d’autres termes, les trois premières conditions permettent d’établir une présomption ou un « soupçon »<sup>767</sup> de discrimination indirecte, réfragable<sup>768</sup> si les justifications de l’auteur mettent en lumière de façon suffisante la légitimité de l’objectif et la proportionnalité des moyens déployés<sup>769</sup>. En vertu des textes, le juge a donc une obligation de contrôler systématiquement les justifications<sup>770</sup> de l’auteur de la discrimination indirecte présumée<sup>771</sup> (§1).

**228.** L’absence de précision sur l’objectif poursuivi et la proportionnalité dans la définition de la discrimination directe signifie-t-elle, *a contrario*, que le juge n’a pas

---

<sup>766</sup> Article 2 §2 b) directive 2000/78, 2000/43, 2006/54 ; article 2 b) directive 2004/113.

<sup>767</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d’emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001, p. 95.

<sup>768</sup> Voir P. GARONNE, « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425 : « Toute situation suspecte n’entraîne cependant pas une discrimination indirecte, mais uniquement ce que nous nommerons une distinction indirecte », qu’il définit bien ensuite comme une présomption de discrimination indirecte. Dans le même sens M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l’emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 109 ; C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, p. 60 ; N. WARNIER, « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l’égalité homme-femme et de l’égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de Droit International et Droit Comparé*, n° 2, 2007, p. 233.

<sup>769</sup> Voir CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, pt 105 : On peut « considérer qu’une telle pratique présente les caractéristiques requises pour constituer, à moins qu’elle ne puisse être justifiée conformément à l’article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/43, une discrimination indirecte au sens de ladite disposition ».

<sup>770</sup> Nous nous concentrons ici sur le contrôle de l’objectif, étant bien entendu que la condition de proportionnalité des moyens est cumulative. Elle est étudiée à la fin de notre travail, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

<sup>771</sup> La Loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Moniteur belge n° 2007002099, 30 mai 2007, p. 29016, article 4, pts 8° et 9°, fait une différence entre les distinctions et les discriminations. La distinction indirecte est « la situation qui se produit lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d’entraîner, par rapport à d’autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l’un des critères protégés ». C’est donc la présomption de discrimination indirecte. La discrimination indirecte est quant à elle la « distinction indirecte fondée sur l’un des critères protégés, qui ne peut être justifiée ».

Dans le contexte du droit international, Marc BOSSUYT fait aussi cette nuance : « Il est aujourd’hui universellement admis que le terme "discrimination" doit être réservé à des différences de traitement arbitraires et illégales. "Distinction", en revanche, est un terme neutre utilisé dans le cas d’une différence de traitement dont le bien-fondé reste à déterminer », in *Rapport final « La notion d’action positive et son application pratique »*, 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 91.

d'obligation de contrôler les justifications dans ce cadre ? Une telle affirmation n'est pas tout à fait exacte. Il serait faux de dire qu'il « n'existe aucune riposte à un grief de discrimination directe, hormis les dérogations expresses admises par les textes »<sup>772</sup>, précisément puisque des dérogations existent<sup>773</sup>. S'il n'y a pas d'obligation générale de contrôler les justifications de l'auteur de la différence de traitement directe, il y a en revanche des régimes dérogatoires prévus qui reposent sur la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des moyens. Dans ces cas exceptionnels, le juge sera donc obligé de procéder à l'examen des justifications. En dehors de ces cas précis, c'est l'appréciation du juge qui prévaudra quant à l'opportunité de contrôler les justifications<sup>774</sup> (§2).

### **§1) Le contrôle systématique de l'objectif de toute discrimination indirecte présumée**

229. Une fois établies les trois premières conditions de la discrimination indirecte présumée, le juge recherche si l'auteur présente une justification convaincante. Ce contrôle systématique permet à certains d'affirmer que l'« ascension du rôle des justifications repose tout d'abord sur la notion même de discrimination indirecte »<sup>775</sup>, même si ce contrôle existe aussi dans le cadre de la discrimination directe, de manière non systématique. Certains auteurs en tirent même la conclusion que l'examen des justifications de l'auteur doit être considéré comme un « élément intrinsèque à la qualification de discrimination indirecte »<sup>776</sup>. Selon nous, cette systématisme du contrôle n'équivaut pas à une autre condition à la qualification de discrimination indirecte, mais fonde bien une voie de dérogation systématiquement contrôlée par le juge. Elle est une règle générale de validité de certaines différences de traitement très proches de la discrimination interdite, dont il est établi qu'elles produisent ou sont susceptibles de produire des effets discriminatoires. La légitimité de l'objectif l'emporte en quelque sorte

---

<sup>772</sup> N. WARNIER, « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de Droit International et Droit Comparé*, n° 2, 2007, p. 229 ; E. ELLIS, « The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law », *European Law Review*, 1994, pp. 567-568.

<sup>773</sup> J. BOWERS, E. MORAN, « Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo », *International Law Journal*, 2002, pp. 307-320.

<sup>774</sup> S. PLATON « Les spécificités du principe de non-discrimination », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 130 : « depuis les années 1990, la Cour accepte lorsqu'une discrimination en raison de la nationalité est constatée, d'examiner des motifs de justifications qui ne sont pas expressément prévus par le traité, même lorsque les discriminations en question sont directes ».

<sup>775</sup> M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, n° 12, 2002, pp. 1112-1124.

<sup>776</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 503.

sur les effets discriminatoires indirectement produits (A). Nous présenterons ensuite la méthode selon laquelle s'opère le contrôle de l'objectif poursuivi dans ce cadre (B).

### ***A) La prévalence de l'objectif poursuivi sur les effets discriminatoires indirects produits***

**230.** « L'idée qui explique ce régime est simple », selon Olivier de Schutter, « toute réglementation ou pratique d'applicabilité générale est susceptible de produire un impact préjudiciable sur les membres des catégories protégées »<sup>777</sup>. L'on ne peut raisonnablement pas toutes les condamner et tel n'est pas l'objectif des directives. Il n'en demeure pas moins que, malgré la proclamation de la règle générale d'interdiction des discriminations, il y a en pratique une forte tolérance à l'égard des règles produisant un effet indirectement discriminatoire. Avant les définitions données par le droit dérivé en 2000, la Cour avait déjà pris le parti d'évaluer l'objectif poursuivi par l'auteur dès lors qu'elle se trouvait face à une discrimination indirecte potentielle<sup>778</sup>. La Cour a clairement affirmé que « les dispositions, critères ou pratiques susceptibles de constituer des discriminations indirectes peuvent [...] échapper à la qualification de discrimination à condition d'être "objectivement justifié[s] par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires" »<sup>779</sup>. La présomption est réfragable si l'auteur démontre qu'il poursuit un objectif légitime de manière proportionnée. « L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination »<sup>780</sup>.

**231.** Dans ce sens, les directives prévoient<sup>781</sup> en effet que les « États membres prennent les mesures nécessaires, [...] afin que, dès lors qu'une personne [...] établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ». L'on peut parler de « répartition

---

<sup>777</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, op. cit., p. 132.

<sup>778</sup> La Cour fait cette distinction dès la première application de la discrimination indirecte dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes : CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, 96/80, pt 14.

Dans l'arrêt CJCE, 13 décembre 1989, *Ruzius-Wilbrink*, C-102/88 par exemple, la Cour estima que la différence de traitement en cause aboutissait à une discrimination des travailleurs féminins et écarta la « seule raison avancée en l'espèce pour justifier la différence de traitement » comme ne pouvant « pas constituer une justification objective » (pts 15 et 16 de l'arrêt).

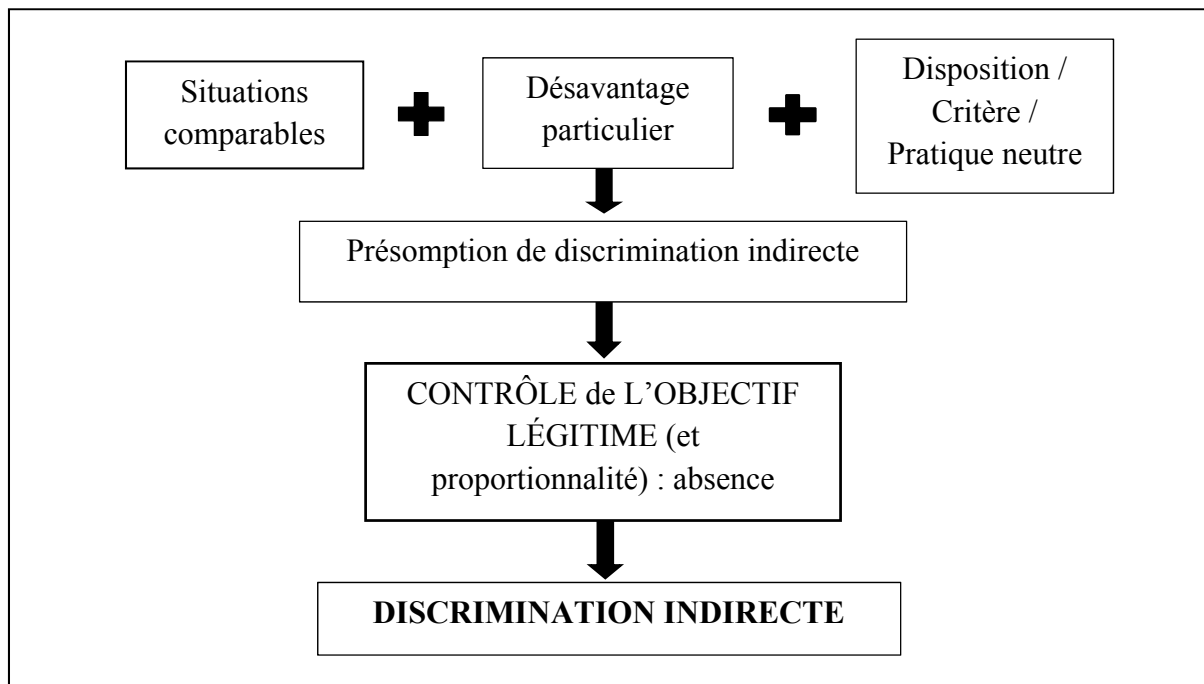
<sup>779</sup> CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 41.

<sup>780</sup> Préambule 2000/43, pt 21 ; directive 2000/78, pt 31.

<sup>781</sup> Articles 10 §1 de la directive 2000/78 ; article 8 §1 de la directive 2000/43 et article 19 §1 de la directive 2006/54.

de la charge de la preuve entre demandeur et défendeur »<sup>782</sup>, ou de « processus probatoire en deux temps »<sup>783</sup> pour tout le droit de la non-discrimination, mais il n'interviendra de manière systématique que dans le cas de la présomption de discrimination indirecte, puisque les justifications sont prévues dans sa définition même. La Cour exige à ce titre de l'auteur d'une discrimination indirecte présumée qu'il apporte la preuve que « la différence de traitement entre les deux catégories [d'individus] qu'elle engendre soit justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination »<sup>784</sup> fondée sur l'un des motifs. Ainsi, « la justification déqualifie la discrimination »<sup>785</sup>. Nous pouvons récapituler par le schéma suivant le processus de la qualification de la discrimination indirecte.

### Schéma explicatif n° 1. La qualification de la discrimination indirecte.



**232.** La place de l'objectif poursuivi par l'auteur de la discrimination indirecte présumée montre le « compromis que comporte la notion de discrimination indirecte entre le besoin d'intégration sociale des membres des groupes défavorisés et les nécessités de l'activité

<sup>782</sup> E. DUBOUT, « La fonction de la preuve dans le droit européen de la non-discrimination », in S. BESSON, A. R. ZIEGLER (dir.), *Egalité et non-discrimination en droit international et européen*, Paris, LGDJ, 2014, p. 198.

<sup>783</sup> Voir M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 110.

<sup>784</sup> CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, pt 12 ; CJCE, 6 décembre 2007, *Voß*, C-300/06, pt 38 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, pt 55 ; CJUE, 20 octobre 2011, *Brachner*, C-123/10, pt 70 ; CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, pt 56 ; CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, pt 41.

<sup>785</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, op. cit., p. 111.

économique »<sup>786</sup> ou d'autres enjeux de politiques sociales, dans le cadre de l'emploi et du travail. Mais il s'agit d'une question infiniment complexe puisqu'elle oblige à s'interroger sur ce qu'est ou ce que n'est pas un objectif légitime que peut poursuivre un employeur qui discrimine indirectement. « L'entreprise poursuit-elle un objectif "légitime" si elle n'a en vue que le souci de rentabilité ? »<sup>787</sup>. Ce débat se pose nécessairement et l'on ne peut y apporter une réponse détaillée, puisque les textes de droit dérivé ne posent pas de définition de l'objectif légitime. La seule réponse dont l'on doit se contenter se trouve dans les éléments progressivement dégagés, au cas par cas, par la Cour de justice. En présentant la méthode que doit suivre le juge national pour contrôler les justifications apportées par l'auteur de la différence de traitement indirecte, la Cour nous renseigne sur la légitimité des objectifs poursuivis.

### ***B) La méthode du contrôle de l'objectif des discriminations indirectes présumées***

**233.** Quelle que soit la catégorie désavantagée par le critère, la disposition ou la pratique apparemment neutre, l'auteur peut toujours apporter la preuve de la légitimité de son objectif et de l'adéquation de ses moyens. Ces deux conditions, cumulatives, se mêlent en pratique, et il est difficile d'évaluer dans la jurisprudence ce qui concerne strictement l'objectif et ce qui concerne strictement l'adéquation de la mesure par rapport à cet objectif. Pourtant, il est important de déterminer rigoureusement, dans un premier temps, le type d'objectif invoqués par l'auteur de la différence de traitement, étant donné que l'intensité du contrôle déployé par le juge de l'Union n'est pas la même selon les objectifs. Dans le contentieux, les États défendeurs invoquent fréquemment des objectifs liés à la mise en œuvre de leur politique sociale<sup>788</sup> (1), tandis que les employeurs invoquent des arguments liés au bon fonctionnement de leur entreprise, notamment en termes d'efficacité économique<sup>789</sup> (2).

---

<sup>786</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 248.

<sup>787</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, op. cit., p. 134.

<sup>788</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 502 : « Le fait que la justification fondée sur un objectif de politique sociale et / ou de l'emploi soit l'argument le plus souvent avancé pour légitimer une discrimination indirecte fondée sur le sexe, s'explique par la nature professionnelle du contentieux en cause et la marge de manœuvre dont dispose les États en ce domaine ».

<sup>789</sup> Voir par exemple CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, 170/84.



## 1- Les objectifs de politique sociale des États

234. Ce type de justifications présentées par les États qui se défendent d'une allégation de discrimination indirecte pose des difficultés particulières étant donné que la détermination de « la politique sociale relève, en l'état actuel du droit communautaire, de la compétence des États membres »<sup>790</sup>. De cette répartition des compétences que la Cour doit respecter, il découle que « les États membres disposent d'une large marge d'appréciation » dans la fixation de l'objectif<sup>791</sup>. Il importe de préciser également que ce type d'objectifs de politique sociale ne peut être invoqué que par les États eux-mêmes, et non par les employeurs<sup>792</sup>.

235. Parmi les questions préjudicielles posées à la Cour de justice dans le cadre de l'affaire *Seymour-Smith* figurait expressément la détermination des « critères juridiques permettant d'établir, aux fins de la discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, l'existence d'une justification objective à l'appui d'une mesure adoptée par un État membre en application de sa politique sociale »<sup>793</sup>. Le Royaume-Uni invoquait un objectif de promotion de l'embauche pour justifier une mesure qui étendait la durée d'emploi requise pour bénéficier de la protection contre le licenciement. Une telle mesure, étant donné qu'elle produisait un désavantage pour les travailleuses placées dans une situation comparable aux travailleurs, constituait bien une présomption de discrimination indirecte que l'État devait justifier. Ce dernier estimait que le simple fait qu'il puisse « raisonnablement estimer que la mesure contribuerait à la réalisation d'un objectif de sa politique sociale »<sup>794</sup> devrait être suffisant, vu l'ample marge d'appréciation en matière sociale.

236. La Cour de justice ne conteste pas que la promotion de l'embauche constitue un objectif légitime en soi<sup>795</sup>, mais rappelle que « la marge d'appréciation dont les États membres disposent à cet égard ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire tel que celui de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »<sup>796</sup>. Ici, c'est davantage le contrôle de l'adéquation de la mesure par rapport à l'objectif qui permet à la Cour de garantir l'efficacité

---

<sup>790</sup> CJCE, 7 mai 1991, *Commission/Belgique*, C-229/89, pt 22 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Nolte*, C-317/93, pt 33 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, C-213/05, pt 27.

<sup>791</sup> CJCE, 14 décembre 1995, *Nolte*, *op. cit.*, pt 33 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Megner et Scheffcl*, C-444/93, pt 29.

<sup>792</sup> CJCE, 9 septembre 1999, *Krüger*, C-281/97, pt 29.

<sup>793</sup> CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97.

<sup>794</sup> *Ibid.*, pt 73.

<sup>795</sup> *Ibid.*, pt 71.

<sup>796</sup> *Ibid.*, pt 75.

de la lutte contre les discriminations indirectes. De « simples affirmations générales » ne sauraient suffire à justifier que la mesure en cause peut réaliser cet objectif. « Le manque total de transparence » d'un dispositif peut conduire à la condamnation pour discrimination indirecte, étant donné que la juridiction nationale sera incapable de vérifier les objectifs poursuivis et l'adéquation de la mesure<sup>797</sup>. La légitimité de l'objectif en lui-même ne fait pas souvent l'objet de contestation de la part de la Cour de justice, mais elle pose des exigences fortes quant à la méthode pour contrôler le lien entre la mesure et l'objectif, qui relève plutôt du contrôle de proportionnalité.

237. On retrouve exactement cette dynamique dans l'affaire *Leone*<sup>798</sup>, où l'État français était animé du souci « de compenser les désavantages de carrière qui résultent de l'interruption de l'activité professionnelle en raison de la naissance, de l'arrivée au foyer ou de l'éducation des enfants »<sup>799</sup> pour les femmes. De nouveau, la Cour se garde de remettre en cause le fait qu'il s'agit « en tant que tel, [d']un objectif légitime de politique sociale »<sup>800</sup>. Néanmoins, les effets discriminatoires indirectement produits pour les travailleurs par le fait de conditionner une bonification au fait d'avoir interrompu sa carrière pendant deux mois au moins implique que l'État démontre que « les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif »<sup>801</sup>. Cette démonstration est très poussée puisqu'il faut que la mesure soit « propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet, ce qui exige qu'[elle] réponde véritablement au souci d'atteindre ce dernier et qu'[elle] soit mis[e] en œuvre de manière cohérente et systématique dans cette perspective »<sup>802</sup>. Si la marge d'appréciation des États membres tient la Cour en échec quand il s'agit de vérifier la légitimité de l'objectif poursuivi, le contrôle de l'adéquation lui permet de rétablir un certain équilibre plus protecteur de la lutte contre les discriminations

---

<sup>797</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, pt 11 ; CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, C-318/86, pt 27.

<sup>798</sup> CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13.

<sup>799</sup> *Ibid.*, pt 57.

<sup>800</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>801</sup> *Ibid.*, pt 59. Voir aussi CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97, pt 76 et CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, pt 52.

<sup>802</sup> CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, pt 79.

Le décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, en cause dans l'affaire *Leone*, n'a quasiment pas changé. Nouvelle forme de l'article 15 : « 2° Une bonification fixée à quatre trimestres, à condition que les fonctionnaires aient interrompu ou réduit leur activité dans les conditions fixées par l'article R. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite, pour chacun de leurs enfants légitimes et de leurs enfants naturels ». Le 3° n'a pas été modifié. (Nous soulignons les ajouts).

Dans son arrêt du 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n° 372426, publié au recueil *Lebon*, le Conseil d'Etat français a jugé que le maintien d'une telle différence de traitement au profit des seules mères était justifiée étant donné son objectif de compensation des retards et désavantages subis du fait du congé de maternité. Voir B. DACOSTA, « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne », conclusions sur CE (Ass.), 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n° 372426, *RFDA*, n° 3, 2015, p. 550 ; G. ALBERTON, « L'art de concilier déférence communautaire et résistance nationale », *AJDA*, n° 31, 2015, p. 1761.

indirectes<sup>803</sup>. Sur ce point, elle ne dispose pas de la même liberté que la Cour européenne des droits de l'Homme qui estime que « lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'appliquait à des groupes particulièrement vulnérables de la société, ayant souffert d'une discrimination considérable par le passé, la marge d'appréciation accordée à l'État s'en trouvait singulièrement réduite et celui-ci devait avoir des raisons particulièrement impérieuses pour imposer la restriction en question »<sup>804</sup>. La Cour ne fait en revanche pas preuve de la même réserve quand c'est l'employeur qui discrimine indirectement par le biais d'une disposition ou d'une pratique interne à son entreprise, justifiées par des objectifs d'ordre fonctionnel ou économique.

## 2- Les objectifs d'ordre fonctionnel et économique de l'employeur

**238.** Dans le cadre des justifications non pas de l'État mais de l'employeur qui met en œuvre une politique d'entreprise, la Cour a eu l'occasion de donner des exemples très précis d'objectifs légitimes ou illégitimes. Dans l'arrêt *Danfoss*, l'on apprend que « l'employeur peut justifier le recours au critère de la flexibilité s'il est entendu comme visant l'adaptabilité à des horaires et des lieux de travail variables, en démontrant que cette adaptabilité revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur, mais non si ce critère est compris comme recouvrant la qualité du travail accompli par le travailleur ; l'employeur peut justifier le recours au critère de la formation professionnelle en démontrant que cette formation revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur ; l'employeur ne doit pas spécialement justifier le recours au critère de l'ancienneté »<sup>805</sup>. Dès ce premier exemple, l'on voit que la Cour contrôle bien l'objectif lui-même, et non plus seulement l'adéquation de la mesure par rapport à celui-ci. La sévérité de la Cour à l'égard des employeurs, contraste avec l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États. « Il est requis des agents économiques qu'ils s'abstiennent de toute discrimination »<sup>806</sup>.

**239.** La Cour a tendance à refuser les objectifs d'embauche avancés par l'employeur pour justifier de distinguer le temps plein et le temps partiel, ce qui discrimine indirectement les femmes<sup>807</sup>. Elle a aussi pu estimer que des considérations d'ordre budgétaire ne sauraient

---

<sup>803</sup> Voir par exemple CJUE, 22 novembre 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11 où l'adéquation avec l'objectif « de la sauvegarde du système de sécurité sociale de type contributif » n'est pas démontrée pour une distinction entre les travailleurs à temps partiel et à temps plein.

<sup>804</sup> CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, § 63 ; CEDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10, § 79.

<sup>805</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, pt 25.

<sup>806</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, op. cit., p. 142.

<sup>807</sup> CJCE, 19 juillet 1989, *Rinner-Kuhne* ; CJCE, 17 juin 1988, *Hill*, C-243/95.

suffire à justifier une discrimination indirecte<sup>808</sup>, de même que l'objectif fonctionnel de préserver les « bonnes relations sociales » ne saurait justifier à lui seul une discrimination indirecte<sup>809</sup>. Les justifications doivent enfin correspondre à un « besoin véritable de l'employeur »<sup>810</sup>. Enfin, montrer que ce n'est pas une mesure, un critère ou une pratique en particulier mais bien un contexte plus large, d'origine structurelle, qui génère le désavantage particulier, ne suffit pas à écarter la présomption de discrimination indirecte.

**240.** Les dispositions d'une convention collective ne sauraient par exemple servir « d'excuse » valable à l'employeur<sup>811</sup>. La Cour a affirmé que « la circonstance que la détermination des rémunérations en cause 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 à la constatation d'une discrimination apparente 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 »<sup>812</sup>. En ce sens, Marie Mercat-Bruns milite pour une ouverture du droit européen au concept de « discrimination systémique »<sup>813</sup>, sachant que la discrimination indirecte relève déjà d'une « vision souvent plus collective de l'effet discriminatoire de pratiques ». D'ailleurs, dès l'arrêt *Defrenne*, la Cour élevait l'objectif de l'égalité des rémunérations « dans la perspective non seulement des entreprises individuelles, mais encore de branches entières de l'industrie et même du système économique global »<sup>814</sup>.

**241.** L'avocate générale Juliane Kokott rappelait dans ses conclusions pour l'affaire *CHEZ* que « la portée juridique de la délimitation opérée entre discrimination directe et discrimination indirecte réside avant tout dans le fait que les possibilités de justification sont différentes selon que l'inégalité de traitement en cause est liée directement ou indirectement à la race ou à l'origine ethnique »<sup>815</sup> ou à tout autre motif. La différence est effectivement que le juge a une obligation systématique de vérifier les justifications de l'auteur de la discrimination indirecte présumée, quand cette obligation n'est qu'exceptionnelle pour la discrimination directe présumée. Les régimes dérogatoires permettant de justifier une discrimination directe

---

<sup>808</sup> CJCE, 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00.

<sup>809</sup> CJUE, 28 février 2013, *Kenny*, C-427/11, pts 46 à 50.

<sup>810</sup> *Ibid.*

<sup>811</sup> CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89, pt 20.

<sup>812</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, pt 22.

<sup>813</sup> M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 14, 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, consulté le 11 juillet 2018. Ce concept est reconnu en droit nord-américain.

<sup>814</sup> CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, pt 19.

<sup>815</sup> Conclusions présentées par l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT le 12 mars 2015, aff. C-83/14, pt 71.

présumée sont prédéterminés par les textes. Ainsi, l'objectif de celles-ci ne sera contrôlé que si un régime dérogatoire spécifique est invoqué par l'auteur de la différence de traitement.

## §2) Le contrôle exceptionnel de l'objectif des discriminations directes

242. Par principe, le juge peut conclure à l'existence d'une discrimination directe en dehors de toute considération pour l'objectif invoqué par l'autorité nationale, dès lors que le motif protégé est directement visé, que les situations sont comparables, et qu'il en découle un traitement moins favorable (A). Cela ne signifie pas que les textes n'aient pas aménagés des exceptions où il est expressément prévu que des différences de traitement directes puissent poursuivre un objectif légitime et soient ainsi compatibles avec le principe d'égalité de traitement (B).

### A) *L'absence de contrôle systématique de l'objectif de la différence de traitement directe*

243. L'absence de contrôle systématique de l'objectif des discriminations directes a pour conséquence que la discrimination directe est établie en principe dès la réunion des trois conditions présentées. Si aucun régime particulier n'est invoqué par l'auteur de la différence de traitement, la Cour ne demandera pas au juge national de vérifier les justifications du défendeur. Le juge peut donc passer directement de la présomption de discrimination à la qualification de discrimination et donc à son interdiction<sup>816</sup>.

244. Dans l'arrêt *Kleist*, la Cour précisa bien que la directive 76/207, alors même que ce texte aujourd'hui abrogé ne précisait rien de tel, opérait « une distinction entre, d'une part, les discriminations directement fondées sur le sexe et, d'autre part, celles dites "indirectes", en ce sens que seules les dispositions, critères ou pratiques susceptibles de constituer des discriminations indirectes peuvent [...] échapper à la qualification de discrimination à condition d'être "objectivement justifié[s] par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires". Une telle possibilité n'est, en revanche, pas prévue pour les différences de traitement susceptibles de constituer des discriminations directes au sens de

---

<sup>816</sup> Voir par exemple CJCE, 21 juillet 2005, *Vergani*, C-207/04 : « il y a lieu de conclure que cette différence de traitement constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ».

l'article 2, paragraphe 2, premier tiret, de cette directive »<sup>817</sup>. L'idée d'« échapper à la qualification », par l'application d'un élément de définition supplémentaire pour la discrimination indirecte<sup>818</sup> est explicitée.

**245.** En l'espèce, la Cour de justice décida de qualifier la différence de traitement de discrimination directe fondée sur le sexe. Le fait que l'auteur de la discrimination invoquait un « objectif de promotion de l'emploi de personnes plus jeunes »<sup>819</sup> n'a aucune conséquence sur cette qualification, étant donné qu'aucun régime particulier ne contraint la Cour à prendre en considération l'objectif de la mesure en l'espèce. Stéphane Gervasoni déplore des hésitations et des confusions et écrit que l'on « pourrait penser par exemple que le recours à l'une des critères les plus "suspects" permette au juge de se dispenser de l'examen des justifications, pourtant non. Dans certains cas, le critère du sexe est considéré comme en tant que tel insusceptible de justifier une différence de traitement, dans d'autres le même critère donne malgré tout à l'examen d'éventuelles justifications »<sup>820</sup>, il se fonde en réalité sur un exemple de discrimination directe et sur un exemple de discrimination indirecte<sup>821</sup>, ce qui explique les positions divergentes de la Cour de justice.

**246.** Il ne faut toutefois pas confondre le contrôle systématique de l'objectif pour la discrimination indirecte et non systématique pour la discrimination directe avec les aménagements de la charge de la preuve. « Le plus souvent, la discrimination directe est pratiquée de la façon la plus discrète possible : interdite en droit, elle subsiste dans les faits »<sup>822</sup>. Elle peut être, dès lors, tout aussi complexe à prouver que la discrimination indirecte. Des auteurs ont eu l'impression que la Cour semblait « admettre des justifications aux discriminations directes en raison du sexe »<sup>823</sup> dans l'arrêt *Brunnhofner* en 2001<sup>824</sup>. Était

---

<sup>817</sup> CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09, pt 41. Elle l'avait déjà dit dans l'arrêt CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, pts 12 et 13.

<sup>818</sup> Voir notre Schéma explicatif n° 1, p. 131.

<sup>819</sup> CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, pt 46. C'était l'argument invoqué par la caisse d'assurance vieillesse en l'espèce pour justifier la différence de traitement, qu'elle qualifiait de présomption de discrimination indirecte (pt 22 de l'arrêt).

<sup>820</sup> S. GERVASONI « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 91-107

<sup>821</sup> L'arrêt CJCE, 7 juin 1972, *Bertoni/Parlement*, 20/71, qu'il donne comme exemple de cas où il n'y a pas de justification possible, vise une discrimination directement fondée sur le sexe ; tandis que l'arrêt CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, est un cas de différence de traitement fondé sur le critère du travail à temps partiel, constitutif d'une présomption de discrimination indirecte et partant, susceptible d'être justifiée.

<sup>822</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, op. cit., p. 82.

<sup>823</sup> Voir N. MOIZARD, « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction » *RDT*, 2012, p. 159, note n° 6.

<sup>824</sup> CJCE, 6 juin 2001, *Brunnhofner*, C-381/99.

présumée une discrimination directe fondée sur le sexe, en matière de rémunérations. La Cour donna des éléments au juge national pour déterminer si les situations étaient comparables et si le travail était bien de « valeur égale », comme l'article 157 §1 du TFUE le requiert. Mais la Cour de justice ne tira aucune conclusion elle-même à ce sujet. Les considérations dégagées par la Cour de justice restaient donc très générales.

**247.** Elle rappela que si, dans la discrimination directe, la charge de la preuve incombe en principe à la personne qui s'estime victime de la discrimination, « 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 de l'égalité des rémunérations »<sup>825</sup>. Ce n'est que dans un tel cas, parce que « les travailleurs féminins sont dans l'impossibilité de comparer les différentes composantes de leur salaire avec celles de la rémunération de leurs collègues masculins »<sup>826</sup> par exemple, que l'inversion de la charge de la preuve<sup>827</sup> peut amener l'employeur à « justifier la différence de rémunération constatée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »<sup>828</sup>.

**248.** La Cour précisa que tel n'était pas le cas dans l'affaire au principal. En conséquence, si la partie requérante démontrait que les conditions de la discrimination directe étaient réunies, l'employeur ne pourrait pas apporter des justifications quant à son objectif, mais « contester que les conditions d'application dudit principe sont réunies, en établissant par toute voie de droit, notamment, que les activités réellement exercées par les deux travailleurs concernés ne sont en fait pas comparables »<sup>829</sup>. L'arrêt *Brunnhofer* n'introduit nullement une possibilité générale de déroger à l'interdiction de discriminer directement fondée sur l'objectif poursuivi, il rappelle une évidence : la partie défenderesse peut toujours essayer de démontrer que les conditions de la discrimination directe ne sont pas réunies. L'arrêt *Römer*<sup>830</sup> est une confirmation de plus puisque l'une des questions de la juridiction allemande était de savoir si « la discrimination directe (PACS/mariage orientation sexuelle) pou[v]ait être justifiée ». La Cour ne répond pas à cette question, précisément parce qu'elle retient la qualification de discrimination directe.

**249.** La différence de régime entre discrimination directe et indirecte ayant des conséquences contentieuses très importantes, la qualification initiale retenue par le juge est un

---

<sup>825</sup> *Ibid.*, pt 53. Voir aussi CJCE, 7 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, pt 14.

<sup>826</sup> CJCE, 6 juin 2001, *Brunnhofer*, *op. cit.*, pt 55.

<sup>827</sup> *Ibid.*, pt 54 : « l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire »

<sup>828</sup> *Ibid.*, pt 62.

<sup>829</sup> *Ibid.*, pt 61.

<sup>830</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, *op. cit.*

enjeu fondamental. Or, rappelons-nous que nous avons vu, à l'issue du chapitre précédent, qu'une telle distinction était loin d'être aisée à réaliser en pratique. Dans certaines situations présentant des ambiguïtés<sup>831</sup>, la Cour peut soit s'affranchir du contrôle systématique des justifications, soit au contraire ouvrir cette possibilité à l'auteur par la voie de la présomption de discrimination indirecte. Dans les affaires *Bouagnaoui et ADDH* et *G4S Secure Solutions*<sup>832</sup>, « la qualification de la discrimination (directe ou indirecte) était la principale difficulté qui méritait une attention particulière de la part de la juridiction européenne et ce d'autant plus que les conclusions des avocats généraux divergeaient sur ce point »<sup>833</sup>. À partir du moment où la Cour tranche dans le sens d'une discrimination directe potentielle, la question qui se pose surtout est celle de l'applicabilité d'éventuels régimes dérogatoires permettant de vérifier l'objectif poursuivi. Ce sont ces régimes que nous allons maintenant présenter.

### ***B) Les régimes dérogatoires impliquant le contrôle de l'objectif poursuivi***

**250.** Ces régimes permettent de déroger à l'interdiction de discriminer directement. Pour cette raison, les conditions de leur mise en œuvre ont été précisément déterminées par les textes de droit dérivé. Ils sont multiples et se distinguent de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante parce que la comparabilité n'est pas discutée. C'est véritablement parce que l'objectif poursuivi par la mesure est jugé « étranger à toute discrimination » et légitime que la différence de traitement est validée. Les directives prévoient, d'une part, une dérogation commune à tous les motifs de discrimination de la directive 2000/78<sup>834</sup> (1) et d'autre part une dérogation large mais spécifique au critère de l'âge (2).

#### **1- Un objectif légitime prédéterminé pour tous les motifs**

**251.** L'article 2, paragraphe 5 de la directive 2000/78 permet l'adoption de mesures qui sont « nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». A première vue, on ne voit pas bien le rapport avec le reste de la directive. Toutefois, le fait que ces mesures soient visées dans l'article 2 qui définit par ailleurs le « concept de discrimination », indique

---

<sup>831</sup> Par exemple CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06 dont nous avons parlé §§ 61-62.

<sup>832</sup> Affaires du 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188 et *G4S Secure Solutions*, C-157/15.

<sup>833</sup> À propos des affaires du 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15 et *G4S Secure Solutions*, C-157/15. E. DANIEL, « Deux petits arrêts rendus en grande chambre », *Europe*, n° 5, 2017, pp. 5-9.

<sup>834</sup> Une telle règle dérogatoire ne se retrouve pas dans les directives 2000/43 et 2006/54.



qu'il pourrait y avoir conflit avec l'interdiction de discriminer et de telles mesures et que, le cas échéant, la directive ne s'oppose pas à ces mesures. L'article 2 §5 appelle tout de suite deux remarques. D'abord, dans sa formulation vague et générale, rien ne permet de savoir quel type de différences de traitement peuvent être ainsi justifiées, directes, indirectes ou les deux. Mais l'article 2 §2 sous b) permet de justifier toute discrimination indirecte présumée par un objectif légitime, on peut estimer que la sécurité, l'ordre public et les autres objectifs énumérés feraient certainement partie des objectifs pouvant être considérés comme légitimes dans ce cadre. La précision apportée par le paragraphe 5 vise donc vraisemblablement les cas non-couverts par la règle générale, à savoir les différences de traitement *directes* qui poursuivent l'objectif *particulier* de la « sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui ».

**252.** Une fois cela précisé, la seconde remarque est que, contrairement à la règle générale pour la discrimination indirecte, il y a bien une liste des objectifs légitimes que l'auteur de la discrimination présumée devra démontrer. Or les objectifs listés sont à la fois vagues, variés et relativement difficiles à définir, ce qui confère en pratique une très large portée à cette dérogation. Quoi qu'il en soit, des objectifs de politique sociale ne pourraient en tant que tels être utilisés dans le cadre de l'article 2 §5<sup>835</sup>. La Cour de justice a clairement confirmé qu'il s'agissait d'une disposition « instituant une dérogation au principe d'interdiction des discriminations »<sup>836</sup>. L'arrêt *Petersen* a révélé que la Cour ne se contentait pas d'un examen rapide de l'objectif dans le cadre de cette disposition. La protection de la santé publique, précisément des patients de dentistes, était invoquée pour justifier une limite d'âge à la profession de dentiste. L'examen de la Cour est très approfondi, à la fois de l'objectif lui-même et surtout de l'adéquation de la mesure en cause par rapport à l'objectif allégué<sup>837</sup>.

**253.** D'abord, « la Cour envisage l'objectif de protection de la santé publique sous son aspect individuel »<sup>838</sup>, dans le sens où une législation pourrait légitimement interdire aux personnes âgées de plus de 68 ans de pratiquer une profession en raison de la baisse de leurs aptitudes et du risque pour la santé des patients<sup>839</sup>. « Sous cet angle, l'article 2, § 5, de la directive

---

<sup>835</sup> Analyse *a contrario* de l'arrêt CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08, où la Cour écarte l'article 6 §1 de la directive 2000/78 étant donné que ce n'est pas un objectif de politique sociale qui est invoqué mais un objectif de santé publique.

<sup>836</sup> CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge*, C-447/09, pt 56.

<sup>837</sup> CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08.

<sup>838</sup> E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. Réflexions autour des arrêts *Wolf*, *Petersen* et *Kücükdıvecı* de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, vol. 47, n° 1, § 7.

<sup>839</sup> CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08, pt 52.

consacre une cause de justification qu'on peine à distinguer de celle qui peut être déduite de l'article 4, § 1<sup>er</sup> »<sup>840</sup> relatif aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes. C'est le passage de cette analyse individuelle à une analyse globale qui permet de révéler l'intérêt spécifique de l'article 2 §5 par rapport à l'article 4 §1 de la directive.

**254.** La Cour examine ensuite si l'objectif « consistant à prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale »<sup>841</sup> est poursuivi de manière cohérente par l'ensemble de la législation et non cette seule disposition. « Une législation n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique »<sup>842</sup>. De plus, l'analyse est aussi temporelle, « l'objectif poursuivi doit demeurer pertinent au jour où la mesure litigieuse est appliquée »<sup>843</sup>. Les exigences posées par la Cour paraissent singulièrement élevées, alors même qu'elle a pris le soin de rappeler « la marge d'appréciation » des États pour un objectif de santé<sup>844</sup>. On aurait pu s'attendre, vu les objectifs énumérés par l'article 2 §5, à un contrôle bien plus restreint, à savoir l'existence de l'objectif et l'adéquation manifeste entre l'objectif et la mesure.

**255.** D'ailleurs, la Cour fait très précisément la différence entre l'article 2 §2 sous b) qui vise tout « objectif légitime » et l'article 2 §5 qui ne concerne que des objectifs en particulier. Dans l'arrêt *Hay*, elle rappelle que « dans la mesure où la discrimination opérée est directe, elle peut être justifiée non pas par un "objectif légitime", au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, cette disposition ne concernant que les discriminations indirectes, mais seulement par l'un des motifs visés à l'article 2, paragraphe 5 »<sup>845</sup>. L'articulation est claire. Au côté de cette dérogation précise quant à l'objectif et pluri-motifs, on trouve à l'inverse une dérogation précise quant au motif mais indéterminée quant à l'objectif.

---

<sup>840</sup> E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *op. cit.*

<sup>841</sup> CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, *op. cit.*, pt 45.

<sup>842</sup> *Ibid.*, pt 53. La Cour renvoie à l'arrêt CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, pt 55.

<sup>843</sup> M. SCHMITT, « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *RDT*, 2010, p. 237.

<sup>844</sup> CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, *op. cit.*, pts 51-52.

<sup>845</sup> CJUE, 12 décembre 2013, *Hay*, C-267/12, pt 45. Marie PEYRONNET, « Congé et prime de mariage : discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle », *Dalloz actualité*, 07 janvier 2014, n° 7.

## 2- Un objectif légitime indéterminé pour le motif de l'âge

**256.** « Le droit de la discrimination en matière d'âge est original en ce qu'il autorise explicitement des différences de traitement fondées sur ce critère de l'âge »<sup>846</sup>. Il n'est pas le seul mais il est vrai que l'article 6 constitue une dérogation large, spécialement conçue pour ce motif. Son premier paragraphe autorise les États à « 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 »<sup>847</sup>. « Qu'il s'agisse de mesure visant à récompenser l'ancienneté, de dispositions liées aux politiques des retraites ou de dispositifs destinés à maintenir les "seniors" dans l'emploi, le droit social ne rechigne pas à prendre l'âge en considération »<sup>848</sup>. Anne Meyer-Heine note qu'une « distinction doit être opérée entre les mesures fondées sur les stéréotypes relatifs à l'âge, susceptibles d'être injustes, dévalorisants et incompatibles avec les principes d'égalité et de dignité, et celles qui se réfèrent à l'âge avec un objectif social ou économique »<sup>849</sup>. C'est effectivement dans ce sens que doit se comprendre l'article 6 §1. À ce titre, il est intéressant que la Cour préfère souvent parler d'un « principe de non-discrimination en fonction de l'âge » comme principe général<sup>850</sup>, et non un principe de l'égalité de traitement, comme si, en raison de l'importance des dérogations permises sur ce fondement, il n'était même pas souhaitable de parler d'égalité de traitement, mais plus exact de se concentrer sur l'interdiction des discriminations.

**257.** L'article 6 donne un nombre important de précisions sur les formes de différences de traitement envisageables dans le cadre de cette exception<sup>851</sup>. Toutefois, la Cour a eu l'occasion de préciser que qu'elle n'impose pas aux Etats « d'établir, dans leurs mesures de

---

<sup>846</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 447.

<sup>847</sup> L'article 6 § 1 contient également une exigence de proportionnalité, étudiée par la suite.

<sup>848</sup> S. ROBIN OLIVIER, « Politique sociale de l'Union européenne », *RTDE*, n° 3, 2010, p. 673 et s.

<sup>849</sup> A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29.

<sup>850</sup> Voir CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 75 ; CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, pt 31 ; CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge*, C-447/09, pt 38.

<sup>851</sup> Article 6 § 1 « 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 ».

transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. Au demeurant, il ressort des termes de cette disposition que les objectifs légitimes et les différences de traitement qui y sont visés n'ont qu'une valeur indicative »<sup>852</sup>, et ne doivent être nullement considérés comme des « catégories spécifiques d'exemptions automatiques »<sup>853</sup>. Cette disposition est calquée sur l'exception prévue pour les différences de traitement indirectes, à ceci près qu'elle concerne bien des différences de traitement directes et exclusivement le motif de l'âge. Cet article s'explique sans doute par le fait que « le législateur a entendu encadrer le contrôle de l'égalité en identifiant *a priori* les différentes possibilités de justifications susceptibles d'être apportées »<sup>854</sup>. Les mesures fondées sur l'article 6 §1 doivent « satisfaire au test de la justification objective »<sup>855</sup>.

**258.** Nous apprenons dans l'importante jurisprudence sur cette disposition qu'« un manque de précision de la réglementation nationale en cause quant à l'objectif poursuivi aurait pour effet d'exclure automatiquement que celle-ci puisse être justifiée au titre de cette disposition »<sup>856</sup>. Cela signifie que la juridiction nationale, quand elle recherche l'objectif poursuivi, ne doit pas s'en tenir à la lettre de la norme. « D'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée » peuvent permettre l'identification de l'objectif dans le cadre de son contrôle juridictionnel<sup>857</sup>. La Cour estime par exemple que, replacée dans son contexte, une réglementation visant « à réguler le marché national de l'emploi, notamment aux fins d'enrayer le chômage » constitue un objectif dont la légitimité ne saurait être mise en doute<sup>858</sup>.

**259.** Force est de constater que les « objectifs légitimes de politique de l'emploi », au sens de l'article 6 §1, n'exigent pas un niveau de contrôle très approfondi pour la Cour de justice, et qu'on voit là une différence avec l'article 2 §5. Peut-être cette différence tient-elle à « la large marge d'appréciation reconnue aux États membres et aux partenaires sociaux en matière de politique sociale et de l'emploi »<sup>859</sup>, vu que ce sont presque toujours des objectifs de politique sociale qui sont invoqués. La « politique de l'emploi » semble être en soi un objectif

---

<sup>852</sup> CJUE, 5 mars 2009, *Age concern England*, *op. cit.*, pt 43.

<sup>853</sup> C. O'CONNOR, La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, p. 39. Cette liste d'exemples est critiquée pour son caractère flou, par exemple par H. MEENAN, « Age Equality after the Employment Directive », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 18-19.

<sup>854</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 489.

<sup>855</sup> A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29.

<sup>856</sup> CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, pt 56.

<sup>857</sup> *Ibid.*, pt 57.

<sup>858</sup> *Ibid.*, pts 62-64.

<sup>859</sup> CJUE, 28 février 2018, *John*, C- 46/17, pt 25 ; CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15, pt 34 ; CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, C-45/09, pt 76.

légitime, qui ne nécessite pas beaucoup de détails ni sur le sens de cette politique, ni sur son efficacité éventuelle<sup>860</sup>. La Cour évite ainsi une entrée par effraction prenant la forme d'un contrôle de l'opportunité des politiques sociales des États dont ils doivent rester maîtres. De nouveau, on peut penser aussi que la dérogation ne valant que pour l'âge, motif jugé acceptable pour différencier les individus, la Cour ne se sent pas tenue d'un contrôle aussi abouti que dans le cadre de l'article 2 §5 qui vise tous les motifs de la directive 2000/78. Ainsi, sans contrôle de la substance ou de l'adéquation de l'objectif, la Cour a validé l'objectif de « favoriser la situation des jeunes sur le marché du travail en vue de promouvoir leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection »<sup>861</sup>, « de répartir de manière optimale les postes de professeurs entre les générations »<sup>862</sup>, de « planifier efficacement les départs et les recrutements, favoriser l'embauche ainsi que la promotion des jeunes », éviter certains conflits dans l'emploi<sup>863</sup>, valoriser l'expérience acquise<sup>864</sup>, faciliter la participation des travailleurs âgés<sup>865</sup>.

**260.** Dans l'affaire *Küçükdeveci*<sup>866</sup>, les conclusions de l'avocat général et la solution de la Cour ont divergé sur la question de l'objectif. La mesure nationale permettait à l'employeur de ne pas prendre en compte la période de travail accompli avant que le salarié ait atteint l'âge de 25 ans pour le calcul du préavis en cas de licenciement. L'avocat général estimait que l'objectif consistant à « permettre aux employeurs de gérer avec plus de flexibilité la catégorie de personnel que représentent les jeunes travailleurs »<sup>867</sup> ne saurait constituer un objectif à « caractère d'intérêt général » légitime au sens de l'article 6 §1<sup>868</sup>. La Cour a retenu la solution inverse, voyant dans une telle mesure de flexibilité une volonté de faciliter l'embauche des jeunes travailleurs<sup>869</sup>. De nouveau, le caractère restreint de l'objectif par la Cour est frappant, puisque l'avocat général avait proposé une analyse plus approfondie en réfléchissant sur la nécessité d'un objectif à « caractère d'intérêt général ».

**261.** Ce qu'il faut surtout comprendre, c'est que l'article 6 §1 constitue presque une règle générale permettant de justifier toute discrimination directe présumée fondée sur l'âge en

---

<sup>860</sup> Voir M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, n° 12, 2002, pp. 1112-1124. « La Cour admet très largement les justifications tirées des politiques sociales des États, tout en vérifiant tout de même qu'elles sont étrangères à toute discrimination ».

<sup>861</sup> CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15, pt 27. Voir aussi CJUE, 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, C-143/16.

<sup>862</sup> CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, C-20/09, pt 45.

<sup>863</sup> CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, C-159/10 et C-160/10.

<sup>864</sup> CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08 et CJUE, 8 septembre 2011, *Henings*, C-297/10 et C-298/10.

<sup>865</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

<sup>866</sup> CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07.

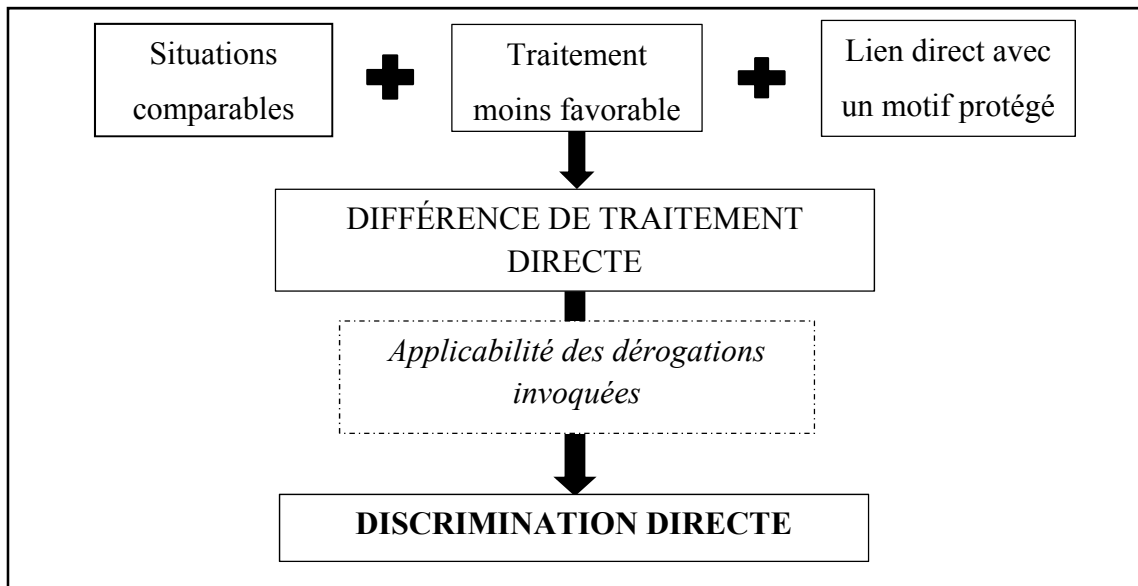
<sup>867</sup> Conclusions de l'avocat général M. Yves BOT présentées le 7 juillet 2009, aff. C-555/07, pt 46.

<sup>868</sup> *Ibid.* pt 47.

<sup>869</sup> CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, *op. cit.*, pts 35 et 36.

pratique, à l’instar de la discrimination indirecte. En cela, le critère de l’âge est effectivement « appréhendé d’une façon hétérodoxe dans le cadre de la distinction classique entre discrimination directe et discrimination indirecte »<sup>870</sup>. L’article 6 §1 introduit de fait une obligation de contrôle quasi-systématique de l’objectif pour le motif de l’âge, ce que le contentieux confirme, puisque les différences de traitement sur ce motif font presque toujours l’objet d’une tentative de justification au regard de l’article 6 §1<sup>871</sup>. Cette disposition crée donc une importante rupture dans la logique du droit de l’Union qui n’entend apparemment pas différencier les possibilités de justification par rapport à une supposée gravité des motifs. En réalité, dans la discrimination directe, il y a bien une hiérarchie entre d’une part, l’âge et d’autre part, tous les autres motifs, ce que nous allons synthétiser dans les deux schémas suivants.

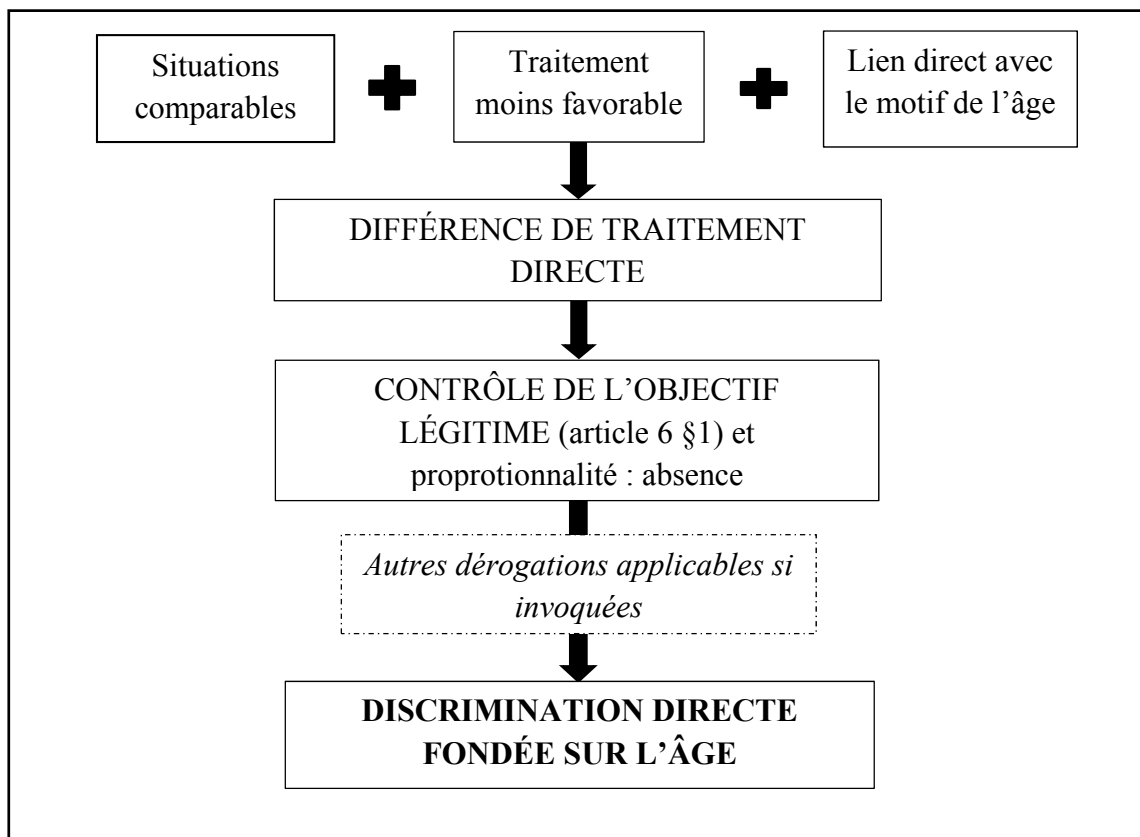
**Schéma explicatif n° 2.** La qualification de la discrimination directe (en dehors de l’âge).



<sup>870</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l’âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>871</sup> Voir récemment CJUE, 28 février 2018, *John*, C-46/17, pt 19 ; CJUE, 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, C-143/16, pt 30 ; CJUE, 13 juillet 2017, *Kleinsteuber*, C-354/16, pt 62 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Bowman*, C-539/15, pt 18 ; CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, C-258/15 ; CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15, pt 27 ; CJUE, 16 juin 2016, *Lesar*, C-159/15.

**Schéma explicatif n° 3.** La qualification de la discrimination directe fondée sur l'âge.



**262. Conclusion du Chapitre.** La dynamique des différences de traitement regroupe deux types de mesures très différents dans leur logique et leur rapport au principe de l'égalité de traitement. D'une part, la règle de l'égalité de traitement ne s'applique qu'aux situations comparables. Lorsque les différences l'emportent sur les points communs, non seulement la règle de l'égalité de traitement est exclue, mais en outre le principe d'égalité de traitement peut obliger à instaurer des différences de traitement pour ne pas générer de discrimination matérielle. Tel est le cas pour les travailleurs en situation de handicap qui ont droit à des aménagements raisonnables de l'emploi et du travail, de même que les femmes enceintes, accouchées ou allaitantes. Le rapport ne saurait être dérogoire puisque la règle de l'égalité de traitement ne peut pas s'appliquer sans la comparabilité. Un autre type de mesures n'obligeant pas à instaurer des différences de traitement, mais le permettant seulement, selon la libre appréciation des États, repose également sur la logique de l'incomparabilité. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante permet aux autorités nationales d'écarter la règle de l'égalité de traitement sur le fondement direct d'un motif protégé s'il est prouvé que l'objectif

poursuivi est précisément de prendre en compte une différence objective de situations en rapport avec cet objectif.

**263.** Enfin, les mesures véritablement dérogatoires sont celles qui permettent d'écarter la règle de l'égalité de traitement lorsque les situations sont comparables. Dans ce cas, les conditions d'application de la discrimination directe ou indirecte sont réunies et ne sont pas contestées, mais la légitimité de l'objectif poursuivi par l'auteur de la différence de traitement permet de déroger à la règle, et de « discriminer » de manière valide. C'est donc l'existence d'un objectif concurrent à celui de l'égalité, mais considéré comme tout aussi légitime, qui permet à l'auteur de la différence de traitement que celle-ci échappe à la qualification de discrimination.



**Conclusion du Titre.** *La frontière tenue entre discriminations et différences de traitement autorisées.*

**264.** Les définitions des discriminations posées par le droit dérivé peuvent à première vue sembler tout à fait fonctionnelles. Dans l'application juridictionnelle de celles-ci, l'opération de comparaison centrale pour déterminer l'applicabilité ou l'inapplicabilité de l'interdiction de discriminer représente une question non seulement décisive, mais extrêmement épineuse. Comparer des individus pour faire émerger des points communs ou des différences est une entreprise nécessairement tâtonnante et souvent insatisfaisante. C'est pourtant le point de départ pour établir la présomption de discrimination directe et indirecte et examiner les régimes dérogatoires éventuellement invoquées, fondés sur l'objectif poursuivi par l'auteur de la différence de traitement.

**265.** Il reste tentant de retraduire le « vieux principe d'égalité » en « principe général dont la vocation est désormais d'empêcher l'édiction de discriminations injustifiées »<sup>872</sup>. Mais départager la discrimination des différences de traitement imposée ou autorisées n'est guère aisé. Retraduire le principe d'égalité en principe de non-discrimination alors que les deux coexistent dans le droit de l'Union<sup>873</sup> n'est pas une solution miracle et l'on devrait continuer de voir dans la non-discrimination une « expression spécifique » du principe général d'égalité, selon l'expression de la Cour<sup>874</sup>. La discrimination doit être perçue comme une catégorie particulière de différences de traitement, celles qui sont prohibées, quand tant d'autres sont jugées nécessaires ou tolérables. Mais cette frontière est malaisée à tracer.

**266.** Pour continuer d'avancer dans cette entreprise toutefois, il nous faut à présent analyser le rapport qu'entretiennent les mesures adoptées sur le fondement de l'action positive et le principe de l'égalité de traitement. Nous pensons qu'il s'agit d'un rapport dérogatoire, en appliquant le raisonnement que nous avons suivi jusqu'à présent dans l'étude des différences de traitements autorisées. Les mesures d'action positive adoptées sont autorisées, alors même qu'elles réunissent les conditions de la discrimination, dans le sens où elles peuvent être des différences de traitement opérées selon les motifs protégés. Nous ajoutons toutefois que l'action positive n'est que partiellement dérogatoire, au sens où les mesures adoptées sur son fondement

---

<sup>872</sup> G. PÉLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

<sup>873</sup> Comme nous l'avons vu, dans la jurisprudence sur le motif de l'âge, la Cour mobilise bien plus volontiers le principe général de non-discrimination que le principe de l'égalité de traitement.

<sup>874</sup> La Cour a bien fait la distinction elle-même dans CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, *op. cit.*, pt 7 : la non-discrimination est « l'expression spécifique du principe général d'égalité ». Rappelons que la Charte des droits fondamentaux « pose un principe vraiment général d'égalité et de non-discrimination », in S. PLATON « Les spécificités du principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 128.

ne sont pas nécessairement des *différences de traitement*. Lorsqu'elles n'en sont pas, elles ne peuvent pas être dérogatoires, puisque l'une des conditions pour présumer d'une discrimination est précisément l'existence d'une différence de traitement.

## TITRE 2. LE RAPPORT PARTIELLEMENT DÉROGATOIRE DE L'ACTION POSITIVE AU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

267. La règle générale de l'égalité de traitement, aussi fondamentale soit-elle dans l'ordre juridique européen<sup>875</sup>, ne signifie pas l'interdiction absolue de toutes différences de traitement fondées sur les motifs protégés. Comme nous l'avons vu, certaines de ces différences sont admises à titre dérogatoire, alors même qu'elles réunissent toutes les conditions de la discrimination. Il nous faut à présent démontrer ce qui permet d'établir que le régime européen de l'action positive autorise des mesures qui dérogent à l'interdiction de discriminer. « Pour qu'on soit fondé à parler de dérogation, il faut précisément que soient bien en cause deux règles antinomiques »<sup>876</sup>, ou qu'il existe une « concurrence entre les normes »<sup>877</sup>. À première vue, les dispositions relatives à l'action positive ne font qu'autoriser les États ou les institutions à adopter ou maintenir des mesures particulières. Ces mesures peuvent-elles être « antinomiques » par rapport à la règle de l'égalité de traitement ? Peuvent-elles prendre la forme de différences de traitement correspondant aux définitions de la discrimination directe et indirecte ?

268. Si « empiriquement, le destinataire ne peut, à la fois, obéir à [la règle de l'égalité de traitement] et à [la mesure d'action positive] »<sup>878</sup>, nous sommes en présence d'une dérogation. Nous allons procéder en deux temps. D'abord, nous allons vérifier que l'action positive permet bien l'adoption de mesures prenant la forme de différences de traitement, et même plus précisément, de traitements préférentiels. Encore aujourd'hui, l'avocat général Bobek considère que ce « débat sur le point de savoir si l'action positive est une dérogation (temporaire) au principe d'égalité ou s'il s'agit en fait d'un élément intrinsèque d'une approche

---

<sup>875</sup> Conclusions de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo COLOMER présentées le 6 septembre 2007, aff. C-267/06, pt 83 : « Le principe d'égalité est, avec celui de libre circulation, le principe le plus traditionnel et le plus enraciné dans l'ordre juridique européen ».

<sup>876</sup> P. AMSELEK « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 13.

<sup>877</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 72.

<sup>878</sup> *Ibid.*, p. 73.

concrète de l'égalité est loin d'être clos »<sup>879</sup>. Le législateur n'ayant pas donné de précision claire en ce sens, en particulier dans la formule initiale de l'article 2 §4 de la directive 76/207 qui a généré une grande partie du contentieux dont nous disposons, c'est l'interprétation du juge qui nous permet d'établir la portée dérogatoire de l'action positive. L'action positive permettant d'octroyer un traitement préférentiel, entre des situations comparables, sur le fondement d'un motif normalement interdit, occupe une place indéniablement prépondérante, dans le sens où ce sont ces mesures qui génèrent le contentieux. Néanmoins, l'action positive invite aussi à l'adoption de mesures non-dérogatoires (Chapitre 1).

**269.** En conséquence, l'action positive ne représente qu'une faculté offerte aux acteurs de la lutte contre les discriminations. Il n'existe aucune obligation d'adopter de telles mesures préférentielles. Les acteurs visés par cette faculté sont autant les États membres, destinataires des directives, que le législateur de l'Union européenne en vertu de certaines dispositions des Traités. Le droit de l'Union n'encadre ni la forme des mesures à adopter, ni l'appréciation de leur opportunité. Ainsi, l'activation de la dérogation que représente potentiellement l'action positive relève d'une mise en œuvre discrétionnaire de la part des autorités compétentes (Chapitre 2).

---

<sup>879</sup> Conclusions de l'avocat général M. Michal BOBEK présentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 105.

## CHAPITRE 1. LA PLACE PRÉPONDÉRANTE DES MESURES D'ACTION POSITIVE DÉROGATOIRES

270. Comme d'autres législateurs, celui de l'Union européenne a jugé nécessaire, « pour combattre les inégalités ou pour des raisons d'intérêt général qu'il juge supérieures, [de] porter de sérieuses atteintes au principe d'égalité »<sup>880</sup>. Dès les premiers arrêts rendus en interprétation de l'article 2 §4 de la directive 76/207<sup>881</sup>, la Cour de justice a été interrogée sur la possibilité de déroger au principe d'égalité par des mesures dites de « discrimination positive », c'est-à-dire des mesures instaurant un traitement préférentiel en raison de l'un des motifs protégés. La « mise à l'écart de la norme générale »<sup>882</sup> d'égalité était-elle permise par l'article 2 §4 ? La Cour, alors même que rien ne l'y invitait précisément dans le texte, fit le choix d'une interprétation restrictive. Selon une jurisprudence constante, l'article 2 §4 avait « pour but *précis et limité* d'autoriser des mesures qui, tout en étant *discriminatoires selon leurs apparences*, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la vie sociale »<sup>883</sup>. Il ne faut pourtant pas en déduire que l'action positive ne vise que des mesures dérogatoires, parce que « discriminatoires selon leurs apparences ». En réalité, l'action positive permet bien l'adoption de mesures dérogatoires et non-dérogatoires (Section 1).

271. Luc Heuschling suggère, face à une norme générale et son exception *a priori* inconciliables, de rechercher une troisième règle, régulatrice du conflit<sup>884</sup>. « Cette norme fait perdre la validité à l'une ou l'autre des deux normes ou aux deux »<sup>885</sup>. Entre les mesures d'action positive dérogatoires et le principe d'égalité de traitement, il faudrait donc chercher la règle régulatrice du conflit. L'égalité des chances paraît remplir ce rôle conciliateur (Section 2).

---

<sup>880</sup> G. VEDEL, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, Paris, La documentation française, 1990, p. 180.

<sup>881</sup> Le premier arrêt étant précisément CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, 312/86. Dans l'affaire CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, C-14/83, l'article 2 §4 n'apparaissait que dans les observations écrites du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, de manière tout à fait secondaire.

<sup>882</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 219.

<sup>883</sup> CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, 312/86, pt 15 ; CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 18 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 26 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 19 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 32 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 22 ; CJUE, 30 septembre 2010, *Pedro Manuel Roca Alvarez*, C-104/09, pt 33.

<sup>884</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *op. cit.*, pp. 80-84.

<sup>885</sup> *Ibid.*, p. 81.

## Section 1. La coexistence de mesures déroatoires et non-déroatoires

272. L'action positive apparaît comme un « concept parapluie »<sup>886</sup>, ou du moins une notion dont le contenu reste extrêmement flou. L'arrêt *Kalanke* souleva immédiatement de grandes interrogations quant à la nature des mesures autorisées<sup>887</sup>, que des auteurs assimilèrent alors totalement aux programmes d'*affirmative action*<sup>888</sup> développés aux États-Unis à partir des années 1960, en faveur des Afro-américains<sup>889</sup>. Or, Daniel Sabbagh explique que l'*affirmative action* a suivi une évolution aux États-Unis<sup>890</sup>. Alors qu'elle désignait jusqu'à la fin des années 1960 « l'ensemble des dispositions spécifiquement destinées à susciter une augmentation du nombre de candidats noirs à une position donnée », par des mécanismes souples « à l'étape antérieure à celle de la sélection »<sup>891</sup>, sans différenciation au moment de la sélection, elle est progressivement devenue le terme désignant le recrutement différencié sur le fondement de la race<sup>892</sup>. Ce n'est donc qu'à partir des années 1970 que le débat s'est centré sur les mesures d'*affirmative action* « discriminatoires » ou différenciées. Dans le contexte du droit international, Marc Bossuyt voit dans la notion d'action positive des mesures protéiformes, comprenant des mesures de « mobilisation positive » ou d'« équité de traitement » qui « ne suscite[nt] pas de controverses », contrairement au « recours à des mesures préférentielles »<sup>893</sup>.

273. Lorsque la Cour de justice qualifie les mesures autorisées par l'article 2 §4 de la directive 76/207 de « mesures discriminatoires selon leurs apparences », elle renvoie assez clairement à l'expression couramment employée de « discriminations positives »<sup>894</sup>, c'est-à-dire des mesures « qui entendent déroger à l'interdit de la non-discrimination et "blanchissent" ainsi les comportements discriminatoires à propos des mêmes critères exclusifs de toute

---

<sup>886</sup> C. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *Industrial Law Journal*, vol. 15, n° 4, 1986, p. 219.

<sup>887</sup> K. COX, « Positive Action in the European Union: From Kalanke to Marschall », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 8, n° 1, 1998-1999, p. 103.

<sup>888</sup> *Ibid.* Voir aussi C. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *Industrial Law Journal*, vol. 15, n° 4, 1986, pp. 220-221.

<sup>889</sup> L'expression trouve son origine dans un décret fédéral du Président John F. Kennedy : l'*Executive Order 10925 Establishing The President's Committee On Equal Employment Opportunity*, du 6 mars 1961.

<sup>890</sup> D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 5-18.

<sup>891</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>892</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>893</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 71.

<sup>894</sup> Ou « mesures de contre-discrimination » comme les appelle aussi Gwenaële CALVÈS, in « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.*, p. 29.

distinction »<sup>895</sup>. Plutôt que de bannir cette expression, « qui dit pourtant très bien ce qu'elle veut dire »<sup>896</sup>, en recherchant une sorte d'opposition avec l'action positive, elle pourrait utilement servir à désigner une forme précise d'action positive. La « discrimination positive » pourrait nous permettre de nommer, de manière fidèle à leur réalité juridique, les mesures d'action positive *dérogatoires* par rapport à l'interdiction de discriminer qui découle du principe de l'égalité de traitement (§1). Par rapport aux temps où n'existait que la directive 76/207, le droit de la non-discrimination a fortement évolué et les textes autorisant l'action positive se sont multipliés. Il importe d'étudier l'effet des différentes évolutions textuelles sur l'unité de la notion et notamment sur la place de la discrimination positive en son sein (§2).

### **§1) La « discrimination positive » comme action positive dérogatoire**

274. Nous exprimons ici un important désaccord d'interprétation avec Arnaud Haquet, comme avec d'autres auteurs<sup>897</sup>, pour qui « l'action positive est [...] admise, mais la discrimination positive proscrite », dans le sens où aucune discrimination ne saurait être admise en droit de l'Union<sup>898</sup>. Le problème provient généralement du fait que les termes employés sont insuffisamment définis. Lorsque la Cour de justice parle de « mesures discriminatoires selon leurs apparences », elle se situe précisément dans le registre dérogatoire et interroge frontalement une réalité : l'action positive dérogatoire présente toutes les caractéristiques de la discrimination. Elle est néanmoins acceptée, sous conditions et à titre dérogatoire. L'expression de « discrimination positive » qui inquiète tant d'auteurs<sup>899</sup> retrouve donc son intérêt. On peut tout à fait considérer que plusieurs formes de discrimination positive sont admises en droit de l'Union si on la définit comme toute différence de traitement permettant de déroger à la règle de l'égalité de traitement, au nom d'un certain objectif dont nous parlerons ensuite (A). En outre, les mesures de discrimination positive dérogatoires coexistent avec des mesures non-dérogatoires (B).

---

<sup>895</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 56.

<sup>896</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, op. cit., p. 4.

<sup>897</sup> Jacques CHEVALLIER fait aussi une distinction entre les deux notions : « à la différence d'une simple action positive de nature compensatoire, qui ne lèse aucun groupe, la discrimination positive aboutit à octroyer à une catégorie un avantage particulier », in « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 424.

<sup>898</sup> A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, n° 2, 2001, pp. 305-334.

<sup>899</sup> Voir, dans notre introduction, une « notion polémique », §§ 12-20.

### *A) Les formes de discrimination positive acceptées*

275. Exactement comme la discrimination combattue, la discrimination positive acceptée peut reposer directement sur un motif protégé pour opérer une différence de traitement (1). Elle peut aussi utiliser un critère neutre mais qui a pour effet d'avantager indirectement une catégorie protégée, à l'instar de la discrimination indirecte (2).

#### **1- La discrimination positive directe**

276. Selon Arnaud Haquet, la Cour procède « à une classification des actions positives en fonction de leur degré d'éloignement de la discrimination. La notion de "fausse" discrimination, qui ne serait qu'"apparente", résulte de cette évaluation ». « La directive [76/207] permet l'édition de mesures positives qui ont pour objet de corriger des inégalités de fait, sans être réellement discriminatoires »<sup>900</sup>. Faire une distinction entre vraie et fausse discrimination manque de clarté et devrait être évité, de même que réfuter purement et simplement l'expression de discrimination positive<sup>901</sup>. Toute règle de droit directement fondée sur un motif protégé, comme le sexe dans le cadre de la directive 76/207, qui traite plus avantageusement les hommes au détriment des femmes, ou l'inverse, est présumée constituer une discrimination directe si les individus sont placés dans une situation comparable. Seule l'application d'un régime dérogatoire permet de renverser la présomption<sup>902</sup>. Dans les premiers arrêts de la Cour de justice, les mesures nationales en cause étaient précisément des différences de traitement directes, ayant donc « l'apparence » de discriminations directes.

277. Or, comme nous l'avons vu, si aucune dérogation n'est invoquée par l'auteur de la différence de traitement directe, le juge peut directement conclure à l'existence d'une discrimination directe, sans contrôle des justifications. Dans l'arrêt *Kalanke*, la réglementation dans les services publics du Land de Brême en Allemagne exigeait que, lors du recrutement ou lors de l'affectation à un emploi dans un grade plus élevé, « les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins [soient] prises en considération en priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées »<sup>903</sup>. Dans l'affaire *Marschall*, le statut des

---

<sup>900</sup> A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, n° 2, 2001, pp. 305-334.

<sup>901</sup> Comme le fait par exemple M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 92 : « Le terme d'"action positive" paraît préférable à celui de "discrimination positive" dans la mesure où il s'agit de corriger une inégalité ».

<sup>902</sup> Voir Schéma explicatif n° 2 p. 146 et dans l'annexe n° 1.

<sup>903</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 3.



fonctionnaires du Land Nordrhein-Westfalen prévoyait que « si, dans le secteur de l'autorité compétente pour la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur »<sup>904</sup>. Dans les deux cas, la priorité accordée au moment du recrutement ou de la promotion est directement fondée sur le critère du sexe des fonctionnaires, alors que deux fonctionnaires masculins et féminins se trouvent dans une situation comparable, dans le sens où ils ont des « qualifications égales » pour le poste.

**278.** On peut analyser ce type de mesures sous deux angles, soit du point de vue du groupe désavantagé qui réclame l'application de la règle générale de l'égalité de traitement, ici les hommes, soit du point de vue du groupe avantagé, qui revendique l'application du régime dérogatoire, les femmes. Le juge national a donc pour mission de déterminer quel point de vue prévaut et la Cour de justice lui apporte des indications en ce sens. D'ailleurs, la Cour de justice ne s'en tient pas à l'expression des « mesures discriminatoires selon leurs apparences », elle a employé parfois l'expression de discrimination positive<sup>905</sup>, et parle aussi d'« exception »<sup>906</sup>. Éluder l'expression de discrimination positive, c'est forcément opter pour un « euphémisme »<sup>907</sup>, puisque « les mesures en question sont discriminatoires au sens fort du terme »<sup>908</sup>.

**279.** Le raisonnement de la Cour de justice a toutefois peiné à trouver son équilibre et sa cohérence. Dans l'arrêt *Kalanke*, sans doute parce qu'il s'agit de l'une des premières questions soulevées par rapport à l'interprétation de l'article 2 §4 de la directive 76/207, la méthode suivie par la Cour est énigmatique. Elle estime dès le début de son raisonnement qu'une « règle

---

<sup>904</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.*, pt 3.

<sup>905</sup> CJUE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, pts 57-59 ; pt 45 : la Cour parle « des réglementations nationales en matière de discrimination positive examinées par la Cour dans les arrêts précités *Kalanke*, *Marschall* et *Badeck* ». Voir aussi CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, pt 42.

L'expression apparaît aussi dans des conclusions d'avocats généraux. Par exemple, conclusions de l'avocat général M. Marco DARMON présentées le 14 novembre 1989, aff. C-177/88, pt 50 ou conclusions de l'avocat général M. Siegbert ALBER présentées le 3 juin 1999, aff. C- 218/98, pt 58.

<sup>906</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 76 : « sans préjudice des *exceptions* prévues aux articles 4 et 5 de la directive 2000/43 afférentes à des exigences professionnelles essentielles et déterminantes et à des actions positives des États membres ».

<sup>907</sup> G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 29.

Olivier JOUANJAN rejoint également cette idée en précisant que la discrimination positive est « dans son concept, une véritable discrimination en tant qu'elle renvoie l'individu à un statut, le rabat à une appartenance qu'il n'a pas choisie (son sexe, sa couleur de peau, son handicap) », in « Égalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 588.

<sup>908</sup> G. CALVÈS, « La discrimination positive "à la française" », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, p. 35.

nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées, entraîne une *discrimination* fondée sur le sexe »<sup>909</sup>. La qualification de la différence de traitement en discrimination, qui entraîne dès lors son incompatibilité de principe avec la règle de l'égalité de traitement posée par l'article 2 §1 de la directive, intervient avant l'examen de la question relative à l'article 2 §4. A l'issue de ce second examen, la Cour conclut à l'inapplicabilité de la dérogation à une mesure accordant un traitement préférentiel automatique et inconditionnel aux travailleuses<sup>910</sup>, la qualification de discrimination est donc confirmée.

**280.** À l'inverse, dans l'arrêt *Marschall*, la Cour ne parle pas de discrimination quand elle constate l'existence de la différence de traitement fondée sur le sexe, finalement validée car la dérogation de l'article 2§4 trouve cette fois à s'appliquer<sup>911</sup>. La Cour examine conjointement la compatibilité avec le principe posé par l'article 2 §1 et la dérogation du §4, ce qui permet de ne pas qualifier la mesure et de concentrer l'analyse sur la dérogation, et non le principe<sup>912</sup>. Outre le fait qu'il s'agissait du premier arrêt examinant réellement la dérogation de l'action positive, on peut penser que la qualification prématurée de discrimination par la Cour de justice dans l'arrêt *Kalanke* tient au fait que l'article 2 §4 a été considéré comme inapplicable en l'espèce. Le juge aurait en quelque sorte anticipé sur une solution qu'il aurait été plus logique de donner après l'examen des dérogations invoquées. Dans *Marschall* au contraire, le dispositif national étant *in fine* validé, employer le terme de « discrimination », même à titre intermédiaire, aurait été malvenu. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue strictement formel, le dispositif dans l'arrêt *Marschall* est une discrimination qui aurait pu être prohibée par l'application de l'article 2 §1, si le régime dérogatoire n'avait pas été soulevé par l'autorité allemande. Dans l'arrêt *Griesmar*, le Gouvernement français revendiquait clairement sa volonté d'avantager les fonctionnaires féminins en pratiquant une différence de traitement fondée sur le sexe dans le régime des pensions de retraite<sup>913</sup>. Il ne s'agit donc pas de récuser les conditions d'application de la discrimination directe, comme dans le cas de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais bien de chercher à faire appliquer un régime dérogatoire.

---

<sup>909</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 16. Nous soulignons.

<sup>910</sup> Cet aspect sera étudié précisément en Partie 2, dans les §§ 942-960.

<sup>911</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pts 21 et 22.

<sup>912</sup> *Ibid.*

<sup>913</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 61.

**281.** Globalement, comme nous l'avons montré, on peut déplorer que les arrêts ne soient pas toujours d'une grande rigueur entre le stade de la présomption de discrimination directe et le stade de sa qualification finale. Parfois, la Cour s'abstient de qualifier prématurément la différence de traitement de discrimination<sup>914</sup>, même dans des cas où la dérogation ne s'applique pas en fin de compte<sup>915</sup>, d'autres fois elle parle de discrimination avant même d'examiner la dérogation, en général lorsque celle-ci ne s'applique pas<sup>916</sup>. Dans d'autres décisions, enfin, elle ne parle pas de discrimination alors que la dérogation est écartée, et que la différence de traitement est donc bien une discrimination directe<sup>917</sup>. En cela, les arrêts sont susceptibles de générer d'importantes confusions. « L'apparence » discriminatoire ne signifie pas que des conditions manquent à la discrimination, elle signifie qu'un régime dérogatoire écarte la qualification. La discrimination positive directe n'est pas la seule forme possible, et, avec l'idée de discrimination positive indirecte, se tisse encore plus nettement le lien entre discrimination interdite et action positive admise à titre dérogatoire.

## **2- La discrimination positive indirecte**

**282.** Une question plus délicate s'est posée à la Cour en termes d'interprétation. La discrimination positive autorisée au titre de l'article 2 §4 peut-elle avoir l'apparence d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire d'une différence de traitement qui, tout en étant fondée sur un critère apparemment neutre, a pour effet de produire un désavantage particulier pour une catégorie d'individus protégée, mais justifiée à titre dérogatoire ? Une autre manière de formuler cette interrogation serait la suivante : la discrimination positive peut-elle prendre la forme d'une mesure apparemment neutre au regard des critères protégés mais qui a pour effet d'avantager en particulier l'une de ces catégories d'individus ? C'est cette idée que paraît viser par exemple Marc Bossuyt quand il préconise que l'action positive réponde « aux besoins particuliers de la catégorie que l'on entend favoriser », en évitant les « mesures prises au bénéfice de cette seule catégorie, définie en fonction d'une caractéristique qui la distingue des autres membres de la population, mais qui n'a aucun rapport avec le droit en cause »<sup>918</sup>.

---

<sup>914</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

<sup>915</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 58.

<sup>916</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pts 20 et 28.

<sup>917</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98.

<sup>918</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 112.

**283.** Daniel Sabbagh rappelle qu'aux États-Unis, dans certains États où les programmes d'*affirmative action* ont été partiellement démantelés dans les années 1990, des mesures de substitution pouvant être qualifiées de « discrimination positive indirecte » ont été mises en place<sup>919</sup>. Ces mesures consistent à octroyer une préférence à l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur pour les meilleurs élèves de certains lycées, selon leur emplacement géographique. Étant donné l'importance de la ségrégation résidentielle dans ces États, les lycées visés sont en fait ceux où les élèves sont presque tous Noirs ou Hispaniques. « Cette nouvelle forme de discrimination positive est indirecte, puisque le dispositif, qui, *ex post*, se trouve avoir un effet positif sur les Noirs et les Hispaniques globalement considérés, réserve pourtant un traitement identique aux membres des différents groupes définis sur une base ethno-raciale »<sup>920</sup>. On retrouve ce type de mécanismes dans la pratique de certains États membres de l'Union<sup>921</sup>, de la France en premier lieu<sup>922</sup>. Le domaine de l'éducation faisant partie du champ d'application de la directive 2000/43, un tel système instaurant une différence de traitement apparemment neutre mais susceptible de produire des effets désavantageux pour des catégories d'individus protégés pourrait-il être accepté comme discrimination positive indirecte ? La jurisprudence ne nous permet pas d'apporter une réponse.

**284.** Il y a toutefois d'autres éléments à considérer. Sur le marché du travail, plusieurs moyens agissent favorablement sur la situation des femmes sans pour autant recourir au critère du sexe. Il ne faut pas voir dans la « protection de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, allaitantes ou accouchées »<sup>923</sup> une sorte de discrimination positive indirecte, faite pour avantager les femmes. Nous avons démontré que cette protection ne constitue pas une dérogation, malgré quelques errements de la Cour sur ce point<sup>924</sup>, mais une obligation pour que

---

<sup>919</sup> D. SABBAGH, « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, vol. 79, n° 3, 2010, pp. 41-67.

<sup>920</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>921</sup> Marc de VOS explique aussi que « l'action positive a comme dénominateur commun l'ambition de modifier la représentation du groupe dans un environnement donné, mais elle peut être conduite de nombreuses façons ». Parmi toutes ces façons, il évoque la discrimination positive indirecte, c'est-à-dire « les politiques ciblées d'apparence neutre qui cherchent à accroître la proportion de membres du groupe sous-représenté en appliquant des critères non ouvertement discriminatoires, par exemple en se focalisant sur une région géographique ou sur les demandeurs d'emploi », in *Au-delà de l'égalité formelle, Les actions positives au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, p. 12.

<sup>922</sup> Voir G. CALVÈS, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 105 : « Les politiques françaises d'aménagement du territoire assument ouvertement, au nom d'un principe d'équité, leur adhésion à une démarche de discrimination positive ». Nous en parlerons après, voir §§ 433 et s.

<sup>923</sup> 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, préambule, JOCEE n° L 348, 28 novembre 1992, pp. 1-7.

<sup>924</sup> Voir § 180 de notre travail.

les femmes, placées dans ces situations particulières, ne subissent pas une discrimination matérielle. Il n'y a discrimination positive que lorsque sont en jeu « des droits [pouvant] être accordés aussi bien aux hommes qu'aux femmes »<sup>925</sup> (ou à tout individu, en dehors de ce champ d'application), et qu'ils sont finalement accordés à une seule catégorie. Or, la grossesse et la maternité se passe de comparateur, on ne refuse pas des droits aux hommes pour les donner aux femmes.

**285.** Dans les affaires *Kalanke, Marschall* et *Badeck*<sup>926</sup>, les mesures nationales examinées par la Cour étaient toutes conditionnées dans leur application puisque la priorité ne pouvait être accordée aux femmes, ou au sexe sous-représenté, qu'en situation d'égalité de qualifications avec les concurrents de l'autre sexe. En d'autres termes, s'il était question de choisir entre un homme ou une femme également qualifiés pour une place en formation, un recrutement ou une promotion, la mesure de discrimination positive imposait de choisir la femme. Dans l'arrêt *Abrahamsson et Anderson*<sup>927</sup> en revanche, on ne retrouvait pas une telle condition dans le dispositif national. Ce dernier « permet[tait] de donner priorité à un candidat appartenant au sexe sous-représenté qui, bien que suffisamment qualifié, n'a pas une qualification égale à celle d'autres candidats du sexe opposé »<sup>928</sup>. Cet arrêt fut l'occasion pour la Cour de s'interroger sur ce que peut, ou ne peut pas, envisager l'appréciation des candidatures dans une procédure de sélection, en dehors du seul cas qui était présenté.

**286.** Elle reprend des éléments de l'arrêt *Badeck*<sup>929</sup>, à savoir « qu'il est légitime de tenir compte, aux fins d'une telle appréciation, de certains critères positifs et négatifs qui, bien que formulés en des termes neutres quant au sexe, et dont peuvent donc également bénéficier des hommes, favorisent en général des femmes. C'est ainsi que peut être décidé que l'ancienneté, l'âge et la date de la dernière promotion ne sont pris en compte que dans la mesure où ils présentent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats ou candidates. De même, il peut être prévu que la situation familiale ou le revenu

---

<sup>925</sup> Voir A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*

<sup>926</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97.

<sup>927</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98.

<sup>928</sup> *Ibid.*, pt 45. Conclusions de l'avocat général M. Antonio SAGGIO, présentées le 16 novembre 1999, pt 27 : le système en cause « permet à l'administration - mais ne l'impose nullement - de donner la priorité au candidat du sexe sous-représenté même lorsque ses qualifications et ses mérites s'avèrent inférieurs à ceux du candidat en tête du classement ; en outre, selon les sources réglementaires mentionnées par la commission de recours, il ne prévoit pas la possibilité, pour l'administration, de tenir compte en toute hypothèse, lors de la sélection, en ce qui concerne les candidats qui ne bénéficient pas de l'action positive, de circonstances et de situations particulières d'ordre personnel ».

<sup>929</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pts 31 et 32.

du ou de la partenaire sont sans incidence et que les emplois partiels, les congés et les retards pour l'obtention de diplômes liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins n'ont aucun effet négatif »<sup>930</sup>. Ce que la Cour souligne à demi-mots, c'est que, dans le processus de sélection d'un candidat à l'embauche ou à une promotion, il existe peu de critères qui soient réellement neutres par rapport au sexe. Les atouts valorisés dans le marché du travail sont généralement plus accessibles aux hommes<sup>931</sup>.

**287.** Pour des raisons historiques et culturelles de répartition des tâches familiales et professionnelles entre les sexes, les femmes sont amenées à interrompre plus souvent leur carrière au moment de l'arrivée des enfants dans le couple<sup>932</sup>. Par conséquent, il leur est plus difficile d'accumuler de l'ancienneté ou de s'élever dans la hiérarchie de l'entreprise. Prendre en compte l'âge, l'ancienneté ou la date de la dernière promotion peut avoir pour effet indirect d'avantager les hommes. À l'inverse, ne pas les prendre en compte peut avoir pour effet indirect d'avantager les femmes. Certains auteurs ont estimé en ce sens que le juge avait remis en cause « les outils marqués sexuellement par les normes masculines, soit l'homme travaillant à temps plein, avec un contrat à durée indéterminée et sans interruption de carrière »<sup>933</sup>. Pour la Cour, si l'effet est de conférer sciemment un avantage à l'un des deux sexes, en utilisant une mesure formulée de manière neutre quant au sexe, c'est bien que la discrimination positive *indirecte* est une mesure admise au titre de l'article 141 §4 du TCE<sup>934</sup>.

**288.** L'arrêt *Schnorbus*, plus clair encore, portait sur une réglementation qui accordait une priorité dans l'admission à une formation<sup>935</sup> aux personnes ayant effectué le service militaire ou civil et qui est qualifiée dans un premier temps de discrimination indirecte fondée sur le sexe<sup>936</sup>. Comme nous l'avons vu, en vertu de la législation nationale, seuls les hommes avaient l'obligation d'effectuer un tel service, la mesure cherchait en fait à « compense[r] des inconvénients auxquels les femmes ne sont pas exposées »<sup>937</sup>. L'autorité nationale présentait donc cette mesure comme une discrimination positive indirecte, ce que la Cour valida au regard

---

<sup>930</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op. cit.*, pt 47.

<sup>931</sup> La Cour parle de « certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active » in CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*, pt 21.

<sup>932</sup> Voir les Conclusions de l'avocat général M. JACOBS présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, §7.

<sup>933</sup> K. BERTHOUS, « Sur les discriminations positives », *Droit social*, 2000, p. 907.

<sup>934</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op. cit.*, pt 48.

<sup>935</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99. En l'espèce, il s'agissait d'un stage juridique préparatoire.

<sup>936</sup> *Ibid.*, pt 39.

<sup>937</sup> *Ibid.*, pt 40.

de l'article 2 §4, « dans la mesure où elle vise à réduire l'inégalité dont pâtissent les hommes »<sup>938</sup>.

**289.** Toutefois, comme d'autres commentateurs l'ont remarqué<sup>939</sup>, il est curieux que la Cour n'ait pas procédé à l'examen des justifications de l'auteur de la différence de traitement indirecte au regard de la possibilité générale de justifier la discrimination indirecte présumée. Dans cet arrêt, la Cour n'examina pas les justifications dans le cadre de la discrimination indirecte<sup>940</sup>, mais seulement par rapport à l'article 2 §4 de la directive 76/207<sup>941</sup>. On ne sait donc pas bien si l'action positive pourrait constituer un « objectif légitime » pour justifier une discrimination indirecte présumée, en se fondant sur la définition même de la discrimination indirecte, ou s'il est nécessaire d'invoquer la dérogation spécialement prévue. « La possibilité de justification inhérente au contrôle de la discrimination indirecte a été "oubliée" pour ne s'intéresser qu'à la question de l'action positive »<sup>942</sup>. Quoiqu'il en soit, cet arrêt confirme bien la construction symétrique de la discrimination et de la discrimination positive.

**290.** Lorsque la Cour précise que l'article 2 §4 de la directive 76/207 « a pour but *précis et limité* »<sup>943</sup> d'autoriser ce que nous avons appelé la discrimination positive, elle veut surtout signifier que toute discrimination positive n'est pas valide et que certaines conditions strictes doivent être respectées<sup>944</sup>. Si l'arrêt *Kalanke* sembla suggérer que seule la discrimination positive était autorisée, cette interprétation doit être vite été écartée, notamment du fait de la communication de la Commission du 27 mars 1996, réagissant à cet arrêt<sup>945</sup>. Rien n'empêche que des mesures visant à « promouvoir l'égalité des chances » prennent d'autres formes que des traitements préférentiels, puisqu'alors la règle générale n'est pas contredite. La notion d'action positive devrait par conséquent être définie plus largement que celle de discrimination positive.

---

<sup>938</sup> *Ibid.* pt 42.

<sup>939</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 503-504.

<sup>940</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, *op. cit.*, pts 35-39.

<sup>941</sup> *Ibid.*, pts 40 et suivants.

<sup>942</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 504.

<sup>943</sup> Nous soulignons.

<sup>944</sup> Ces conditions font l'objet du dernier titre de notre thèse, voir les §§ 942-960.

<sup>945</sup> Communication du 27 mars 1996 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'interprétation de l'arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 1995, affaire C-450/93, *Kalanke*, COM (96) 88.

## ***B) Les mesures d'action positive non-dérogatoires***

291. Si l'on reprend la formulation relativement évasive, presque énigmatique, de l'article 2 §4, rien n'ordonne de limiter les mesures autorisées au seul cas de la discrimination positive. L'on peut simplement considérer que la deuxième partie de l'article – « en particulier en remédiant aux inégalités de fait » – évoque la discrimination positive, mais bien comme un exemple. L'immense diversité de mesures que recouvre la notion est confirmée par certaines recommandations institutionnelles (1), ainsi que par des conclusions d'avocats généraux (2).

### **1- Les recommandations des institutions**

292. Jean-Michel Belorgey voit lui aussi deux types d'action positive concevables : « les actions (non normatives) d'encouragement, d'information, de sensibilisation de la société » et les « actions normatives, qu'on peut seules à proprement parler décrire comme des actions positives, mettant en œuvre des règles juridiques en rupture avec le principe d'égalité de droits, à tout le moins de traitement pour l'accès aux droits »<sup>946</sup>. Nous adhérons à cette lecture, sauf dans la précision que seules les deuxièmes actions seraient des actions positives, dans un souci de clarté conceptuelle, mieux vaudrait distinguer action positive non-dérogatoire et dérogatoire.

293. L'existence d'actions positives non-dérogatoires est d'ailleurs confirmée dans la recommandation de 1984 du Conseil, adoptée dans le cadre du programme d'action de la Communauté sur la promotion de l'égalité des chances pour les femmes (1982-1985)<sup>947</sup>. L'article 2 §4 de la directive 76/207 est visé dans le préambule<sup>948</sup> et le conseil propose une liste non-limitative des mesures que les États peuvent envisager d'adopter ou de maintenir. Il est intéressant d'étudier cette liste, malgré son ancienneté et l'évolution considérable du droit de l'Union en matière d'égalité. Elle contient neuf exemples : « information et sensibilisation » ; « respect de la dignité des femmes sur le lieu de travail » ; « études et analyses [sur] la situation des femmes sur le marché de l'emploi » ; développement de la formation professionnelle ; développement des moyens pour les services de placement, d'orientation et de conseil, « en ce qui concerne les problèmes particuliers des chômeuses » ; « encouragement des candidatures, du recrutement et de la promotion des femmes dans les secteurs, professions et niveaux où elles

---

<sup>946</sup> J.-M. BELORGEY, « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *Droit social*, 2002, p. 683.

<sup>947</sup> Par la Résolution du 12 juillet 1982 concernant la promotion de l'égalité des chances pour les femmes, JOCE n° C 186 du 21 juillet 1982, pp. 3-4.

<sup>948</sup> Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCEE n° L 331, 19 décembre 1984, pp. 34-35, 2<sup>e</sup> considérant.



sont sous-représentées, notamment aux postes de responsabilité » ; « adaptation des conditions de travail, aménagement de l'organisation du travail et du temps de travail », « promotion des mesures d'accompagnement, par exemple celles visant à favoriser un meilleur partage des responsabilités professionnelles et sociales », « participation active des femmes dans les organismes décisionnels »<sup>949</sup>.

**294.** Eva Brems constate que la recommandation « n'interdit pas les quotas et résultats, mais elle ne mentionne que des types d'action positive plus "souples" »<sup>950</sup>. En réalité, il est difficile de ne pas constater l'hétérogénéité des actions recommandées, caractérisées par des intensités très différentes. Par exemple, encourager des candidatures, le recrutement ou la promotion peut vraisemblablement signifier l'instauration de discriminations positives prenant la forme d'une priorité à l'embauche ou à la promotion. Mais le terme « encourager » n'est pas sans équivoque, l'encouragement ne va pas nécessairement jusqu'à l'instauration de priorités ou de quotas, mais il peut en tout cas permettre des quotas « souples », c'est-à-dire entourés de certains garde-fous pour laisser une marge de manœuvre à l'employeur ou au décideur. « L'adaptation des conditions de travail » et « l'aménagement » du travail représentent des mesures d'action positive s'inscrivant dans la logique de la discrimination positive la plus ambitieuse. « Cette recommandation semble autoriser des mesures imposant une adaptation de l'employeur ou de l'entreprise à la situation du groupe défavorisé »<sup>951</sup>. En revanche, l'information et la sensibilisation, les études et analyses, le développement de la formation, ne paraissent nécessiter aucune « dérogation à un droit individuel consacré »<sup>952</sup>. S'il y a bien un intérêt particulier porté au sexe sous-représenté, il n'y aura en revanche pas de discrimination générée par cet intérêt particulier à l'encontre de l'autre sexe dans l'accès à un droit. La recommandation de la Commission 87/567 du 24 novembre 1987 contient aussi des actions positives en matière de formation professionnelle qui regroupent un ensemble varié de mesures pouvant aller de la simple information et sensibilisation à des mesures ambitieuses de discrimination positive (en tout cas potentiellement)<sup>953</sup>.

---

<sup>949</sup> Recommandation 84/635/CEE, *op. cit.*, § 4.

<sup>950</sup> E. BREMS, « Kalanke », *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, 1995-1996, p. 177 : « does not preclude quotas and goals, although it mentions only "softer" types of positive action ». Librement traduit.

<sup>951</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 443.

<sup>952</sup> J.-L. CLERGERIE, « Discriminations positives et égalité de traitement », *D.*, n° 5, 2005, p. 347.

<sup>953</sup> Recommandation de la Commission 87/567/CEE concernant la formation professionnelle des femmes du 24 novembre 1987, JOCEE n° L 342 du 4 décembre 1987, pp. 35-37.

**295.** Enfin, l'exemple de la recommandation du Conseil du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants<sup>954</sup> est édifiant quant à la difficulté d'articuler discrimination positive et action positive en termes clairs. Le Conseil invite les États membres à prendre ou stimuler des « initiatives afin de permettre aux femmes et aux hommes de concilier leurs responsabilités professionnelles, familiales et d'éducation, découlant de la garde d'enfants ». Cela inclut selon le Conseil la mise en place de services de garde d'enfants, de congés spéciaux pour les parents, l'adaptation des structures et de l'environnement de travail<sup>955</sup>. La recommandation vise indistinctement les hommes et les femmes puisque c'est la qualité de parent qui est visée. De telles mesures préférentielles doivent-elles être considérées comme de la discrimination positive ou de l'action positive non-dérogatoire ? La « qualification d'actions positives des mesures neutres, c'est-à-dire qui profitent également aux hommes et aux femmes, est [...] contestable »<sup>956</sup> selon une première lecture. Pour nous, il s'agit non seulement d'action positive, mais même de discrimination positive indirecte au sens où nous l'avons définie.

**296.** Viser la qualité de parent, surtout dans les années 1990 où la répartition des tâches entre les sexes était encore plus différenciée qu'aujourd'hui<sup>957</sup>, cherche sans nul doute à avantager indirectement les travailleuses. Même si des hommes en bénéficieront, c'est en majorité les femmes qui seront touchées par ce type de mesures, parce que la difficulté de concilier parentalité et vie professionnelle les concerne en majorité. Une telle recommandation est animée par le souci de permettre aux travailleurs féminins de concourir sur le marché du travail en jouissant d'une égalité des chances avec les hommes<sup>958</sup>. D'ailleurs le Conseil parle bien de « permettre *aux femmes* une participation plus efficace au marché du travail »<sup>959</sup>. Les recommandations sont dépourvues de force contraignante, mais la Cour de justice a eu l'occasion de reconnaître qu'elles n'étaient pas dénuées de tout effet juridique pour autant. Les juges nationaux doivent en effet les « prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles sont de nature à éclairer l'interprétation d'autres

---

<sup>954</sup> Recommandation 92/241/CEE du Conseil du 31 mars 1992, concernant la garde des enfants, JOCE n° L 123/16 du 8 mai 1992, pp. 16-18.

<sup>955</sup> *Ibid.*, Article 2.

<sup>956</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.*, p. 441.

<sup>957</sup> S. JACQUOT, « De l'égalité à l'emploi : la conciliation travail/famille et la modernisation de la protection sociale au niveau européen », *RDSS*, n° 6, 2009, p. 1048 : la compétence de l'Union en matière de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est favorisée par la « prise de conscience concernant la persistance des inégalités sexuées en matière d'emploi ».

<sup>958</sup> C'est d'ailleurs ce que note aussi Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, *op. cit.*, p. 441.

<sup>959</sup> Article 6 de la recommandation 92/241/CEE, *op. cit.* Nous soulignons.

dispositions nationales ou communautaires »<sup>960</sup>. On retrouve dans une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe<sup>961</sup>, suivant de près la recommandation de 1984 du Conseil de l'Union, deux types de « mesures temporaires spéciales (actions positives) »<sup>962</sup> : la sensibilisation et les mesures de faveur.

297. Enfin, l'interprétation particulièrement restrictive de la Cour de justice dans l'arrêt *Kalanke*, conduisit également la Commission à réagir et à appeler de ses vœux une modification de l'article 2§4 de la directive<sup>963</sup>. Elle confirma qu'il n'existait pas de « définition officielle de l'action positive au niveau communautaire » et évoqua alors trois modèles de l'action positive. Seul le troisième visait explicitement des « traitements préférentiels en faveur de certaines catégories de personnes [pouvant] prendre la forme de quotas »<sup>964</sup>.

## 2- Les conclusions d'avocats généraux

298. Dès l'affaire *Kalanke*, l'avocat général Giuseppe Tesauro s'était immédiatement lancé dans le débat complexe du rapport entre action positive et égalité de traitement<sup>965</sup>. Il arriva à la conclusion que l'on pouvait distinguer trois modèles<sup>966</sup>. Le premier consisterait à intervenir en amont du désavantage observé pour les femmes sur le marché de l'emploi, en agissant sur « les causes des moindres chances », c'est-à-dire sur « l'orientation et la formation professionnelles ». Le second serait constitué par les actions qui visent à rééquilibrer le partage des responsabilités familiales et professionnelles entre les deux sexes, et qui, selon sa description, correspondraient bien à de la discrimination positive<sup>967</sup>. Le dernier modèle envisagé consisterait à *compenser* les inégalités de fait et légitimerait les « traitements préférentiels en faveur des catégories désavantagées, en particulier par des systèmes de quotas ». Ce dernier

---

<sup>960</sup> CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, pt 19.

<sup>961</sup> Recommandation N° R (85) 2 du Comité des Ministres aux États membres relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe, 5 février 1985.

<sup>962</sup> Le Comité mêle le vocabulaire issu du droit international onusien et celui du droit de l'Union.

<sup>963</sup> Communication du 27 mars 1996 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'interprétation de l'arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 1995, affaire C-450/93, *Kalanke*, COM (96) 88.

<sup>964</sup> *Ibid.* p. 3.

<sup>965</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93. À noter que dans le cadre de la première affaire CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, 318/86, les conclusions de l'avocat général Sir Gordon SLYNN, présentées le 24 mai 1988, n'avaient pas abordé les questions posées sous l'angle de l'article 2 §4 de la directive 76/207 mais uniquement sous celui de l'article 2 §2.

<sup>966</sup> Eva BREMS note dans son commentaire de l'arrêt *Kalanke* : « The vagueness of the Court's motivations contrasts with the extensive and explicit character of Advocate General Tesauro's opinion », *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, 1995-1996, p. 176.

<sup>967</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO, *op. cit.* Il cite « l'aménagement de l'horaire de travail, les politiques de compensations fiscales ».

modèle reviendrait selon lui à imposer une égalité de résultats sur le marché du travail et ne serait pas compatible avec la règle de l'égalité de traitement.

**299.** Cette catégorisation ne repose sur aucune différence de nature entre les mesures<sup>968</sup>. Il s'agit plutôt de « niveaux » d'action différents : les deux premiers modèles agissent en amont pour le premier et en complément pour le deuxième du marché du travail. Seul le dernier agit directement sur ce marché en changeant la distribution des ressources rares entre les sexes. Mais dans les trois modèles, des mesures de discrimination positive seraient imaginables, et pour les deux premiers, des mesures ne consistant pas en l'octroi de traitements préférentiels également. La portée dérogatoire de l'action positive n'est que partielle, seules certaines mesures seront conflictuelles par rapport à la règle générale de l'égalité de traitement. Sur ce point, l'avocat général ne nous apprend rien puisque l'aménagement de l'horaire de travail qui est autorisé selon lui, autant qu'une politique de quota au recrutement, interdite selon lui, peuvent générer une discrimination pour celui qui est exclu du bénéfice de la mesure, s'il est placé dans une situation comparable. Par rapport aux éléments fournis par la recommandation 84/635, la typologie proposée par l'avocat général n'apporta aucune clarification.

**300.** Par la suite, une ébauche de cadre ayant été posé par l'arrêt *Kalanke*, les avocats généraux s'y sont tenus pour apprécier la validité de mesures nationales par rapport à l'article 2 §4<sup>969</sup>. L'avocat général Antonio Saggio a fourni des éléments plus précis. « Sont considérés comme des actions positives tous les actes, qu'ils soient prévus au niveau législatif ou administratif, qui instituent des instruments en faveur d'un groupe spécifique désavantagé (pour des raisons naturelles ou historiques) afin de lui assurer une égalité de chances au niveau social »<sup>970</sup>. Le terme « instruments en faveur de » englobent vraisemblablement des voies d'action positive souples, sans rupture par rapport à l'égalité. Il a précisé ensuite que, « dans la matière qui nous occupe », « ces mesures, qui ont précisément un caractère positif, revêtent de par leur contenu même, qui vise à privilégier une catégorie particulière de personnes, un caractère discriminatoire et sont donc manifestement contraires au principe général d'égalité [...]. La légalité des actions positives se mesure donc, en principe, à l'aune de la possibilité de

---

<sup>968</sup> Voir aussi les critiques de K. WHEAT, « Positive Action and Positive Discrimination », *Journal of Civil Liberties*, vol. 4, n° 1, 1999, pp. 82-83.

<sup>969</sup> L'avocat général JACOBS reste bien limité à ce cadre d'analyse dans ses conclusions pour l'affaire *Marschall* : « la Cour n'est pas - et n'aurait pas lieu d'être - invitée à statuer sur l'opportunité, à titre général, de l'« affirmative action » ou action positive : la question posée par la juridiction nationale porte sur la conformité de la réglementation nationale litigieuse à deux dispositions précises de la directive sur l'égalité de traitement ». Conclusions présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pt 11.

<sup>970</sup> Conclusions de l'avocat général M. Antonio SAGGIO présentées le 10 juin 1999, aff. C-158/97, pt 20.

la concilier avec ce principe général »<sup>971</sup>. Même si l'avocat général semble assimiler de manière excessive action positive et discrimination positive dans la seconde partie de son raisonnement, il énonce l'idée qu'il existe des degrés de compatibilité avec le principe général, ce qui est incontestable. La discrimination positive n'est ni incompatible, ni compatible par essence.

**301.** Pour l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions pour l'arrêt *Briheche*<sup>972</sup>, il est « possible de distinguer trois catégories de mesures positives. Une première catégorie inclut des mesures qui ne sont pas directement discriminatoires par nature, mais visent simplement à améliorer la formation et les qualifications des femmes [...]. L'idée sous-jacente d'une telle mesure est que l'égalité des chances requiert la fourniture de moyens pour permettre aux femmes d'exprimer leurs talents. Une deuxième catégorie comprend des mesures visant à permettre aux femmes de mieux concilier leur rôle en tant que parent et leur activité professionnelle (telles que la possibilité de bénéficier de places de garderie offertes par l'employeur). Les hommes peuvent également bénéficier de ce type de mesures, lesquelles peuvent être conçues de manière neutre, en faveur des parents. La troisième catégorie inclut des mesures qui, si elles visent également à réaliser une égalité entre les hommes et les femmes sur le marché du travail, sont discriminatoires par nature en ce qu'elles favorisent les femmes afin de réduire leur sous-représentation dans la vie professionnelle »<sup>973</sup>. Cette classification reprend très nettement celle de l'avocat général Tesauro dans l'affaire *Kalanke* mais en précisant le rapport entretenu entre chaque cas et la discrimination. Dès lors, la proposition paraît plus satisfaisante et mêle une gradation des niveaux d'action autant que d'intensité d'action (de l'action positive non-déroatoire à la discrimination positive).

**302.** Le manque de clarté sur le lien entre action positive et discrimination positive est le lieu d'une cacophonie doctrinale, toutes les positions sont défendues<sup>974</sup>. En 2007, au

---

<sup>971</sup> *Ibid.*

<sup>972</sup> Conclusions de l'avocat général M. M. POIARES MADURO présentées le 29 juin 2004, aff. C-319/03.

<sup>973</sup> *Ibid.*, pt 30.

<sup>974</sup> Voir par exemple K. WHEAT, « Positive Action and Positive Discrimination », *Journal of Civil Liberties*, vol. 4, n° 1, 1999, p. 79 « equality of opportunity and equality of result is also reflected in what is often described as the difference between positive action and positive discrimination ». Il définit la discrimination comme un traitement plus favorable sur le fondement du sexe ou de l'origine ethnique et l'action positive comme n'impliquant pas un traitement plus favorable, tout en admettant que l'arrêt *Marschall* valide une « discrimination positive » (p. 84) et en parlant de « *positive action derogation* ». Si l'action positive ne devait pas permettre les traitements préférentiels, à quoi dérogerait-elle ?

M. BENNETT, S. ROBERTS, H. DAVIS, « The Way Forward - Positive Discrimination or Positive Action », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 6, n° 3, 2005, pp. 223-250 pour étude du droit anglais. Les auteurs précisent que l'action positive désigne en général une variété de mesures destinées à compenser les désavantages subis par certaines minorités raciales et les femmes, tandis que la discrimination positive équivaut à une discrimination directe interdite par l'égalité formelle (pp. 225-226). « Literature in this area is not consistent in its use of the terms positive discrimination and positive action » (p. 226).

Royaume-Uni, le *Department for Communities and Local Government* publiait une série de propositions pour réformer la législation sur l'égalité<sup>975</sup>. Il faisait une distinction entre l'action positive et la discrimination positive, deux notions considérées comme indépendantes<sup>976</sup>. Nous voulons réconcilier les notions en intégrant la discrimination positive comme action positive admise à titre dérogatoire, ce qui ne signifie pas que toute discrimination positive sera admise par le juge, comme nous le verrons.

**303.** Depuis l'article 2 §4 de la directive 76/207, visé par la majeure partie de la jurisprudence sur l'action positive, les textes ont évolué et l'action positive s'est multipliée. Il importe donc de rechercher l'unité de cette notion dans ces nouveaux textes, afin de déterminer si l'on peut transposer notre analyse aux textes plus récents, aujourd'hui en vigueur.

## §2) L'effet des évolutions textuelles sur l'unité de la notion

**304.** En 1999, la référence textuelle dans le domaine de l'égalité des sexes devient le quatrième paragraphe de l'article 141 TCE, puis en 2009, l'article 157 §4 du TFUE, sans modification. La directive 2006/54 a opéré quant à elle une refonte et abrogé notamment la directive 76/207<sup>977</sup>. Son article 3<sup>978</sup>, de même que l'article 5 de la directive 2010/41, renvoient à l'article 141 §4 TCE ainsi rédigé : « 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 ». Notons toutefois

---

M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, n° 2, 2012, pp. 87-93 : il ne fait aucune différence de nature entre les deux expressions qui seraient interchangeable. Jean-Louis CLERGERIE, in « Discriminations positives et égalité de traitement », *Dalloz*, n° 5, 2005, p. 347-349 et Katell BERTHOU, in « Sur les discriminations positives », *Droit social*, n° 9, 2000, pp. 901-909, ne le font pas non plus.

<sup>975</sup> Department of communities and local government, *Discrimination law review. A framework for fairness: Proposals for a single equality bill for Great Britain*, Londres, juin 2007, 190 p. En ligne.

<sup>976</sup> *Ibid.*, p. 61 : « Positive action means offering targeted assistance to people, so that they can take full and equal advantage of particular opportunities. Positive discrimination means explicitly treating people more favourably on the grounds of race, sex, religion or belief, etc. by, for example, appointing someone to a job just because they are male or just because they are female, irrespective of merit ».

<sup>977</sup> Elle a aussi abrogé la 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, JOCEE n° L 225, 12 août 1986, pp. 40-42 ; 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 et la 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.

<sup>978</sup> Cet article 3 de la directive 2006/54/CE est intitulé de manière inattendue « mesures positives » dans la version française, mais en anglais, c'est bien le terme habituel « *positive action* » qui est employé.

l'exception non négligeable de la directive 2004/113 qui ne renvoie pas au Traité étant donné son champ d'application différent de l'article 157, mais autorise aussi l'action positive<sup>979</sup>.

**305.** En dehors de l'égalité des sexes, les directives 2000/43 et 2000/78 contiennent une disposition sur l'action positive. Si la situation n'était guère simple lorsque le juge devait interpréter le seul article 2 §4 de la directive 76/207, elle se complexifia donc encore à partir de 2000. Il nous faut nous interroger sur l'impact d'une double évolution textuelle, chronologique : d'abord, le passage de l'article 2 §4 de la directive 76/207 à l'article 141 §4 TCE ou 157 §4 TFUE<sup>980</sup> (« la première évolution textuelle ») (A). Ensuite, nous nous intéresserons au passage de l'article 141 §4 TCE vers les deux directives de 2000 et la directive 2004/113 (« la seconde évolution textuelle ») (B). L'articulation entre ces textes est délicate et n'a été que partiellement résolue par le juge de l'Union, épisodiquement saisi par les renvois préjudiciels des juges nationaux. Nous devons parfois nous contenter d'hypothèses que nous tenterons d'étayer au mieux<sup>981</sup>.

#### ***A) La première évolution textuelle***

**306.** Le passage de l'article 2 §4 de la directive 76/207 à l'article 141 du TCE marque une volonté du législateur de clarifier ce qu'est l'action positive légitime, d'explicitier les limites de la dérogation, conformément au vœu de la Commission après l'arrêt *Kalanke*<sup>982</sup>. Vu les différences entre les deux dispositions au niveau du texte même, nous commencerons par l'analyse de celles-ci. L'article du Traité constitue un gain en précision par rapport au droit dérivé antérieur, sans toutefois marquer de rupture (1). À partir de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999 et avant l'abrogation de la directive 76/207 en 2006, les deux textes ont dû coexister, la Cour de justice a assuré leur articulation (2).

---

<sup>979</sup> Article 6 de la directive 2004/113.

<sup>980</sup> Nous parlerons dans ce passage de notre étude de l'article 141 §4 du TCE, sachant que l'article 157 §4 du TFUE est rigoureusement identique, pour une raison purement matérielle. Les arrêts étudiés portant sur la période précédant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'abrogation de la directive 76/207 datant de 2006 et les directives 2000/78 et 2000/43 de 2000, c'est à l'article du TCE et non du TFUE qu'il est fait référence.

<sup>981</sup> Ce que font aussi L. WADDINGTON, M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *Common Market Law Review*, 2011, p. 1505.

<sup>982</sup> Communication du 27 mars 1996 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'interprétation de l'arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 1995, affaire C-450/93, *Kalanke*, COM (96) 88.

## 1- Le gain en précision de l'action positive en faveur du « sexe sous-représenté »

**307.** On peut observer plusieurs différences entre la formule elliptique de l'article 2 §4 et l'article 141 §4 TCE. Le premier constat est celui d'un resserrement, dans la définition même, sur l'action positive dérogatoire ou la discrimination positive, à travers l'idée de « mesures prévoyant des avantages spécifiques » (a). Le gain en précision s'observe encore plus dans le fait qu'il est assigné un triple objectif à ces mesures (b).

### *a- L'action positive comme octroi d'un « avantage spécifique »*

**308.** C'est l'aspect qui reprend le plus clairement les développements de la Cour de justice sur le fondement de l'article 2 §4 de la directive 76/207. Il est difficile de penser en effet que des « mesures prévoyant des avantages spécifiques » pour le sexe sous-représenté ne font pas référence aux mesures « discriminatoires selon leur apparence ». Comme nous l'avons montré, la détermination d'une discrimination passe par l'établissement d'une comparaison et d'un traitement plus favorable, direct ou indirect. Octroyer un « avantage spécifique » sur la base du sexe des travailleurs rompt *a priori* avec le principe d'égalité de traitement. La discrimination positive semble assumée de manière plus univoque par la nouvelle disposition, elle occupe même le premier plan. La ligne dégagée par la Cour de justice est donc confirmée, mais le texte étoffe la définition en précisant les trois objectifs que le traitement préférentiel doit rechercher.

### *b- Le triple objectif de « l'avantage spécifique »*

**309.** Les avantages spécifiques doivent faciliter l'exercice d'activités professionnelles dans les secteurs où il existe un déficit de représentativité de l'un des sexes, prévenir des désavantages potentiels ou compenser des désavantages passés. Cette liste est apparemment limitative. Les « activités » touchées par la sous-représentativité, souvent en défaveur des femmes, se trouvent à la fois dans certains secteurs et à certains niveaux hiérarchiques. Les avantages spécifiques peuvent donc être envisagés à l'entrée dans ces secteurs et durant la progression de la carrière pour lutter contre le « plafond de verre »<sup>983</sup>. Cela offre une large

---

<sup>983</sup> Cette expression est importée des États-Unis (en anglais, *glass ceiling*), elle est utilisée pour la première fois en 1986 dans un article du *Wall Street Journal* par Carol HYMOWITZ et Timothy SCHELLHARDT, à propos de la difficulté pour les femmes d'atteindre les hauts postes. J. LAUFER, « Femmes et carrières : la question du plafond de verre », *Revue française de gestion*, vol. 151, n° 4, 2004, pp. 117-127.



palette de mesures de discriminations positives envisageables. Le projet d'action positive harmonisée de la Commission européenne, qui ne parvient pas à aboutir<sup>984</sup>, consiste à faire avancer la représentation des femmes dans les conseils d'administration des plus grandes sociétés européennes ; il vise donc la représentativité hiérarchique et non sectorielle.

**310.** La prévention ou la compensation de désavantages renvoient à l'ancienne formulation de l'article 2 §4 qui parlait de « remédi[er] aux inégalités de fait ». Toutefois, là encore, l'article 141 §4 gagne en précision. Il oriente plus radicalement l'action positive dans la lutte contre les discriminations, le terme de « désavantages » faisant plus directement penser aux discriminations que le terme vague d'« inégalités de fait ». L'un des sexes continue de subir des discriminations dans le domaine de l'emploi et du travail et rencontrent des difficultés spécifiques liées à la répartition traditionnelle des rôles dans la société. Ces désavantages ou discriminations peuvent être pris en compte pour justifier des mesures d'action positive. Deux remèdes sont explicitement envisagés : la prévention et la compensation, mais chercher à distinguer les deux n'est pas une nécessité.

**311.** La prévention ne peut, semble-t-il, se faire qu'en amont du désavantage, c'est-à-dire pour tenter de le supprimer avant sa survenance. Un exemple type pourrait être l'obligation pour un employeur de prévoir des places de garderie pour les enfants des employés et d'en réserver un certain nombre aux femmes<sup>985</sup>. Les femmes étant davantage confrontées, au moment de la naissance des enfants, au choix de poursuivre leur carrière ou de l'interrompre pour s'occuper des enfants, l'objectif est d'éviter que la difficulté ne survienne en facilitant la conciliation entre la maternité et la poursuite de la carrière<sup>986</sup>. Il est en effet plus probable qu'une femme reprenne son activité rapidement si des conditions favorables sont offertes par son employeur pour la garde de son enfant.

**312.** La compensation ne peut se faire que lorsque les désavantages ont été effectivement subis. La logique est un peu différente, une sorte de rattrapage<sup>987</sup> s'imposerait tant que la pleine égalité ne serait pas devenue réalité. Un exemple de « politique de rattrapage » est celui du

---

« En 1997, le Bureau international du Travail a défini le plafond de verre comme "les barrières invisibles, artificielles, créées par des préjugés comportementaux et organisationnels, qui empêchent les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités" », in M. MONNIER, « L'égalité professionnelle », in P. ICARD, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p 69.

<sup>984</sup> Voir Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, COM/2012/0614 final.

<sup>985</sup> C'était le cas de l'arrêt CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

<sup>986</sup> Le risque est ici que la Cour de justice considère que, devant la qualité de parents, hommes et femmes sont placés dans une situation comparable et il est peu évident de justifier une discrimination positive. Voir § 767.

<sup>987</sup> G. CALVÈS parle de « mesures de rattrapage », in *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 39.

départ à la retraite. Si les travailleurs et travailleuses ne se sont pas trouvés dans des conditions égalitaires du fait de la présence de comportements ou structures sociales discriminatoires tout au long de leur vie professionnelle, il est cohérent de chercher à offrir une compensation, à la fin de celle-ci. Nombre d'États membres ont pratiqué des âges de départ à la retraite différenciés, selon des techniques variables, en apportant des justifications diverses. Selon le Gouvernement français par exemple, une bonification avait « été réservée aux fonctionnaires féminins qui ont eu des enfants afin de tenir compte d'une réalité sociale, c'est-à-dire les *désavantages* que ces fonctionnaires subissent dans l'évolution de leur carrière professionnelle du fait du rôle prépondérant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants. Ladite bonification aurait donc pour objet de *compenser les désavantages* auxquels se heurtent dans leur vie professionnelle les fonctionnaires féminins qui ont eu des enfants, quand bien même ils n'auraient pas cessé de travailler pour les élever »<sup>988</sup>. Bien que la législation française ait été considérée comme incompatible avec le principe d'égalité de traitement et que sa bonne foi puisse être mise en doute<sup>989</sup>, il revendiquait bien un objectif compensatoire.

**313.** La frontière entre les trois objectifs est difficile à tracer. En réalité, les mesures de discrimination positive peuvent souvent se justifier par les trois éléments réunis. Prenons l'exemple d'un quota de places en formation réservées aux travailleuses dans une entreprise. Il est autant destiné à faciliter l'exercice de certaines activités professionnelles par les femmes, de manière indirecte en augmentant le nombre de femmes ayant les compétences pour exercer ces activités, qu'à prévenir des désavantages potentiels, à savoir le fait d'être discriminée au moment de l'entrée dans la formation ou dans le recrutement futur. Ce quota compense également des désavantages subis par quantité de femmes sur le marché du travail, c'est-à-dire des difficultés plus grandes pour concourir sur le marché sur un pied d'égalité avec les hommes. Dans la liste de l'article 141 §4, le « ou » entre chaque élément a d'avantage valeur cumulative qu'exclusive et il ne signifie sûrement pas qu'il sera exigé de l'auteur de la mesure d'action positive qu'il démontre à quel objectif répond précisément la mesure parmi les trois qui sont énumérés.

---

<sup>988</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 51.

<sup>989</sup> Voir G. CALVÈS, « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSS*, 2009, p. 991. Cette mesure correspondrait plutôt à une politique nataliste ambitieuse après les guerres mondiales qui a multiplié les leviers incitatifs pour encourager les femmes à faire des enfants. « Le gouvernement français [...] a fait adopter la loi du 21 août 2003 qui modifie le code des pensions civiles et militaires et remplace pour partie, dans le système de majoration de durée d'assurance, une discrimination directe (entre les mères et les pères) par une discrimination indirecte (fondée sur un critère « apparemment neutre » mais de facto remplie presque exclusivement par des femmes, celui de l'« interruption d'activité de deux mois au moins »). Les juges français ayant feint de ne pas remarquer le subterfuge, la Commission a rendu public, le 25 juin 2009, un avis motivé exigeant une nouvelle réforme du code des pensions ».

**314.** L'article 141 §4 se contente-t-il de confirmer en ajoutant des précisions, ou faut-il y voir une extension de la dérogation offerte par l'action positive ? Marc de Vos écrit qu'en admettant des mesures qui « préviennent ou compensent », l'article 141 §4 TCE « combine une approche compensatoire et proactive dépassant l'accent placé par l'ancienne directive relative à l'égalité de traitement sur le simple fait de "remédier aux inégalités de fait" »<sup>990</sup>. À s'en tenir au seul texte, on pourrait le penser. La déclaration n° 28 sur l'article 141 §4 annexée au Traité d'Amsterdam ne fournit pas d'indication. Le juge de l'Union, dans ce silence, a dû apporter les réponses.

## **2- L'articulation temporaire des deux dispositions en matière d'égalité des sexes**

**315.** La proximité entre l'article 2 §4 de la directive 76/207 et l'article 141 §4 du TCE est évidente puisque leur champ d'application est le même. Pourtant, ces deux dispositions ont cohabité durant sept années. Devaient-elles être considérées comme parfaitement redondantes ou fallait-il donner une portée différente à la nouvelle disposition du Traité ? Le juge devait-il envisager deux contrôles distincts des mesures nationales en cause, au regard des deux bases juridiques ? Dans une certaine mesure, la jurisprudence s'est révélée énigmatique voire décevante. Elle oscille entre la différenciation (a) et l'assimilation (b) des bases juridiques.

### *a- La différenciation théorique des deux bases juridiques*

**316.** Marc de Vos déplore en 2008 que la Cour de justice n'ait « eu affaire à la nouvelle formulation de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE que de façon indirecte et en tant qu'*obiter dictum* », l'empêchant « d'adopter une position claire et univoque »<sup>991</sup>. Malgré quelques arrêts portant directement sur l'article 141 §4 TCE intervenus depuis, sa remarque reste pertinente aujourd'hui.

**317.** À première vue, la Cour a fait le choix clair de traiter les deux dispositions de manière distincte. Le choix de l'assimilation pure et simple n'était sans doute pas envisageable étant donné l'importance de leurs différences textuelles. Dans l'arrêt *Abrahamson et Anderson* où la Cour devait évaluer la compatibilité d'une discrimination positive à l'embauche en faveur des candidats appartenant au sexe sous-représenté dans le secteur de l'enseignement supérieur, la juridiction de renvoi ne mentionnait pas dans ses questions préjudicielles l'article 141 §4

---

<sup>990</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 22.

<sup>991</sup> *Ibid.*, p. 23.

TCE<sup>992</sup>. Or, la Cour ne se prononce en principe que sur les éléments constitutifs du renvoi bien qu'elle parvienne à jouir en pratique d'une assez grande liberté pour fixer le cadre de ses réponses, en reformulant les questions par exemple. La Cour intégra ainsi l'*obiter dictum* suivant : « l'interprétation de l'article 141, paragraphe 4, CE, qui concerne de telles mesures, ne présente une utilité pour la solution du litige au principal que pour le cas où la Cour considérerait que ledit article 2 s'oppose à une réglementation nationale telle que celle de l'espèce au principal »<sup>993</sup>. Le sens de cette remarque incidente n'est pas très clair mais elle semble suggérer qu'une mesure incompatible avec l'article 2§4 de la directive *pourrait l'être* avec l'article 141 §4. La portée dérogatoire de l'action positive pourrait-elle être élargie et des discriminations positives plus ambitieuses autorisées ?

**318.** La mesure nationale étant jugée contraire à l'article 2 §4, la Cour, conformément à son annonce, examine si la discrimination positive « est justifiée par l'article 141, paragraphe 4, CE »<sup>994</sup>. Si cet arrêt promettait un éclaircissement, la promesse n'est malheureusement pas tenue. Ce second examen est expédié en un paragraphe par la Cour<sup>995</sup>, qui se résume en fait à un contrôle de proportionnalité très elliptique. Il ne saurait être déduit de cet article qu'il « permet une méthode de sélection telle que celle en cause au principal, qui s'avère, en toute hypothèse, disproportionnée par rapport au but poursuivi »<sup>996</sup>. La Cour calque sa conclusion tirée des conditions établies dans sa jurisprudence sur l'article 2 §4 à l'article 141 §4 sans que l'on sache ce qui distingue les deux régimes et pourquoi ce choix de procéder à des contrôles séparés.

**319.** L'indétermination quant aux conditions de mises en œuvre de l'article 141 TCE par rapport à l'article 2 §4 de la directive ne se résout pas plus dans les autres arrêts. Dans l'arrêt *Briheche*<sup>997</sup>, la Cour évacue de nouveau le problème. Pourtant, l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions avait bien pris le parti de l'aborder<sup>998</sup>. Selon lui, « il n'est pas exclu que des mesures positives qui sortent du champ d'application de la directive 76/207 puissent être

---

<sup>992</sup> Pour cette raison, l'avocat général M. Antonio SAGGIO ne s'en préoccupe pas dans ses conclusions présentées le 16 novembre 1999, aff. C-407/98, pt 4 : l'article 141 TCE n'est mentionné que dans la partie relative au cadre législatif communautaire.

<sup>993</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, pt 40.

<sup>994</sup> *Ibid.*, pt 54.

<sup>995</sup> Contre 9 paragraphes pour l'article 2 §4. Ici encore, cela s'explique par le fait que le cadre est établi par les questions préjudicielles posées à la Cour par la juridiction nationale, qui ne visent que l'article 2§4 de la directive 76/207/CEE.

<sup>996</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op cit.*, pt 55.

<sup>997</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03.

<sup>998</sup> Conclusions de l'avocat général M. M. POIARES MADURO présentées le 29 juin 2004, C-319/03. Les pts 48 à 52 sont consacrés à cette question.

autorisées par » l'article 141 §4 et d'ajouter qu'« on ne saurait exclure que la référence contenue à l'article 141, paragraphe 4, CE à un objectif de compensation vise à offrir aux États membres une plus grande latitude pour adopter des mesures de discrimination positive »<sup>999</sup>. Mais la Cour continue, après avoir conclu à l'incompatibilité de la mesure française en cause au regard de l'article 2 §4<sup>1000</sup>, à se fonder sur la disproportion manifeste de la mesure pour écarter aussi l'article 141 §4, « indépendamment de la question de savoir si des actions positives qui ne sont pas de nature à être admises au titre de l'article 2, paragraphe 4, de la directive pourraient l'être en vertu de l'article 141, paragraphe 4, CE »<sup>1001</sup>. Elle refusa donc de saisir la perche lancée par l'avocat général.

**320.** La Cour confirma pourtant de nouveau en 2010 que les deux dispositions visent des mesures différentes. Elle distingua les « mesure[s] ayant pour effet d'éliminer ou de réduire les inégalité de fait pouvant exister, pour les femmes, dans la réalité sociale au sens de l'art 2 §4 de la directive 76/207 » et celles « visant à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale, et ainsi, à prévenir ou compenser, conformément à l'article 157 §4 TFUE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées »<sup>1002</sup>. Il y a bien là deux définitions différentes mais aucune illustration casuistique de la portée de l'élargissement produit par le Traité. L'assimilation des deux mesures se révèle dès lors tentant, les éléments permettant de les différencier manquant.

*b- L'assimilation pratique des deux bases juridiques*

**321.** Deux arrêts en constatation de manquement, l'un contre l'Italie et l'autre contre la Grèce, ont porté sur les législations fixant l'âge de départ en retraite pour les fonctionnaires, différencié selon le sexe des individus dans les deux États<sup>1003</sup>. L'enjeu pour la Cour était d'établir si de telles différences de traitement constituaient un manquement par rapport à l'article 141 du TCE ou si elles pouvaient être éventuellement justifiées par le paragraphe 4. Il est intéressant de noter que la Grèce soutenait effectivement que « les mesures compensatrices qui sont permises dans les États membres, conformément à l'article 141, paragraphe 4, CE, doivent être considérées selon une interprétation large, afin qu'elles puissent compenser les

---

<sup>999</sup> *Ibid.*, pt 48.

<sup>1000</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, *op. cit.*, pts 27 et 28.

<sup>1001</sup> *Ibid.*, pt 31.

<sup>1002</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Pedro Manuel Roca Alvarez*, C-104/09, pt 38.

<sup>1003</sup> CJCE, 26 mars 2009, *Commission/Grèce*, C-559/07 et CJCE, 13 novembre 2008, *Commission/Italie* C-46/07.

désavantages que les femmes pourraient subir en fin de vie professionnelle »<sup>1004</sup>. Cette fois, ce n'est pas par le contrôle de proportionnalité que la Cour parvient à exclure ce type de mesures du champ d'application de l'article 141 §4, mais par le contrôle de la nature même de la norme. Incidemment, elle donne ainsi des éléments sur la nature des mesures autorisées.

**322.** Dans les deux affaires, la Cour affirme que « les mesures nationales couvertes par cette disposition doivent, en tout état de cause, contribuer à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes »<sup>1005</sup>. Elle estime que « la fixation, pour le départ à la retraite, d'une condition d'âge différente selon le sexe n'est pas de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle et en remédiant aux problèmes qu'elles peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle »<sup>1006</sup>. Il n'y a ici aucune différence par rapport à la solution déjà dégagée à l'occasion de l'arrêt *Griesmar* du 29 novembre 2001, fondée à la fois sur la directive 76/207 et sur l'article 6 §3 de l'accord sur la politique sociale (pareillement formulé à l'article 141 §4 TCE)<sup>1007</sup>. De manière plus générale, des mesures contribuant à « aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes » ne semblent guère indiquer une nature différente de celles de l'article 2 §4 ayant vocation à « remédier aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

**323.** Dans toutes les affaires que nous avons évoquées, « la Cour englobe ces deux dispositions relatives à l'action positive dans la même approche sans reconnaître de différence significative dans leur champ d'application substantiel »<sup>1008</sup>. L'examen qu'elle effectue, alors même qu'elle annonce que les deux dispositions sont bien distinctes, est le même<sup>1009</sup>. La différence de nature des mesures potentiellement autorisées par l'article 141 §4 par rapport à l'article 2 §4 de la directive, si elle existe, est *a priori* sans conséquence et donc illusoire. Le contrôle effectué se met en place de la même manière et les conclusions tirées quant à la validité

---

<sup>1004</sup> CJCE, 26 mars 2009, *Commission/Grèce*, *op. cit.*, pt 65.

<sup>1005</sup> *Ibid.*, pt 67 et CJCE, 13 novembre 2008, *Commission/Italie*, *op. cit.*, pt 57.

<sup>1006</sup> CJCE, 13 novembre 2008, *Commission/Italie*, *op. cit.*, pt 58.

<sup>1007</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pts 65-66. Cette solution est également confirmée par l'arrêt CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, pts 101 et 103 dans les mêmes termes et sur le fondement de l'article 141 §4 TCE.

<sup>1008</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.* Dans le même sens L. JOLY, *Emploi des personnes handicapées*, Paris, Dalloz, p. 357 : « Si la formulation de l'art 141 §4 semblait aller plus loin que la directive initiale sur l'égalité de traitement, cette différence textuelle ne s'est pas traduite par une extension sensible du champ d'application de l'action positive dans la jurisprudence de la Cour de Justice » et L. WADDINGTON, M. BELL, « More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives », *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, p. 601.

<sup>1009</sup> Dans CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op. cit.* et CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03.

sont systématiquement identiques. Sans doute la Cour de justice cherche-t-elle à assurer une continuité dans sa ligne jurisprudentielle en matière d'actions positives et éviter que le changement de base juridique ne soit synonyme de changement radical de régime. Il est possible que telle n'ait pourtant pas été la volonté des États membres.

**324.** La Cour crée même une sorte de relation de conformité entre les deux dispositions dans l'arrêt *Briheche* : l'article 2 §4 de la directive « vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141, paragraphe 4, CE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées »<sup>1010</sup>. Cette mise en cohérence des deux dispositions est nécessaire et une relation conflictuelle n'aurait guère de sens au regard de l'objectif poursuivi : la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi.

**325.** Si la situation paraissait déjà complexe pour la période où existaient seulement deux fondements à l'action positive, dans le même domaine et pour le même motif, l'état du droit est encore plus problématique après l'adoption des directives 2000/43, 2000/78 et 2004/113. La jurisprudence ne fournit guère d'éléments sur la question de l'articulation de ces nouveaux textes par rapport à l'action positive dans l'emploi pour le sexe sous-représenté.

### ***B) La seconde évolution textuelle***

**326.** On aurait pu s'attendre à ce que les trois directives adoptées sur le fondement de l'article 19 TFUE qui comportent une disposition sur l'action positive<sup>1011</sup> soient rigoureusement identiques à l'article 141 §4 TCE ou article 157 §4 TFUE. Tel n'est pas le cas, même si l'on peut au moins se réjouir du fait qu'elles sont identiques entre elles. L'impression nette qui en découle est que deux régimes d'action positive cohabitent.

**327.** Les trois dispositions en cause énoncent que « 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 aux motifs visés : le sexe pour la directive 2004/113, la race ou l'origine ethnique pour la directive 2000/43, l'âge, la religion ou les convictions, le handicap ou l'orientation sexuelle pour la directive 2000/78. La différence

---

<sup>1010</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 25.

<sup>1011</sup> Article 5 de la directive 2000/43 ; article 7 de la directive 2000/78 et article 6 de la directive 2004/113.

principale se situe dans la disparition des termes « avantages spécifiques », qui sont devenus « mesures spécifiques »<sup>1012</sup>. Faut-il voir dans ce changement une restriction des mesures autorisées ? La disparition du terme « avantage » signifie-t-elle que l'instauration de traitements préférentiels ayant l'apparence de discriminations directes ou indirectes ne fait pas partie des mesures envisageables ? Il est légitime de penser qu'il faille conférer un sens et une portée à un changement dans le texte.

**328.** L'on peut déjà consulter les différentes versions du texte qui ont été envisagées durant le processus d'adoption. Celui de la directive 2000/43 est particulièrement riche. La version de la directive adoptée par le Conseil puis transmise au Parlement européen proposait une formulation de l'article 5 quasiment identique à celle qui est en vigueur : « la présente directive ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des mesures destinées à prévenir ou compenser des désavantages chez un groupe de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée »<sup>1013</sup>. Cette version était toutefois hybride puisqu'elle revenait pour une part à une formulation rappelant celle de l'article 2 §4 : « la présente directive ne fait pas obstacle... », sans aucune mention du principe de l'égalité de traitement. *A contrario*, la version amendée par le Parlement européen était bien plus élaborée : « le principe de l'égalité de traitement n'interdit pas qu'un État membre, pour garantir dans la pratique une pleine égalité de traitement des personnes comme le prévoit la présente directive, maintienne ou adopte des *mesures instituant des avantages spécifiques* afin de faciliter la pleine participation à la vie sociale et économique des personnes ou groupes de personnes défavorisées ou de prévenir ou compenser les désavantages qu'elles subissent »<sup>1014</sup>.

**329.** Dans ces amendements qui n'ont donc pas été retenus, le Parlement voulait clarifier le régime de manière presque excessive. Néanmoins, l'aspect positif est que l'on retrouvait pleinement l'article 141 §4 TCE puisqu'il était question d'octroyer des « avantages spécifiques » dans l'optique de faciliter, prévenir ou compenser. Une telle homogénéité aurait été bienvenue, évitant peut-être la question de l'unité de la notion d'action positive<sup>1015</sup>. Si ce problème a surgi lors du processus législatif, on peut en effet se demander pourquoi avoir renoncé à la référence aux avantages spécifiques. Est-ce une volonté d'établir un régime

---

<sup>1012</sup> En anglais, « specific measures » au lieu de « specific advantages ».

<sup>1013</sup> Résolution du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(1999) 566 — C5-0067/2000 — 1999/0253(CNS)), dans laquelle on voit la version telle que transmise par le Conseil.

<sup>1014</sup> *Ibid.* Nous soulignons.

<sup>1015</sup> C'est une question qui se pose dans la doctrine. Voir par exemple L. WADDINGTON, M. BELL « More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives », *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, pp. 601-604.



différent de l'action positive dans les domaines autres que l'égalité des sexes ? Est-ce une simple volonté de simplification d'une formulation trop lourde ? Il y a suffisamment en commun entre les différents textes pour penser que le législateur européen a plutôt cherché à homogénéiser l'action positive, reposant sur l'acquis jurisprudentiel en matière d'égalité des sexes<sup>1016</sup>.

**330.** Cette dernière hypothèse peut trouver une certaine confirmation dans le droit dérivé avec la directive 2004/113 qui concerne aussi l'égalité de traitement entre hommes et femmes en dehors de l'emploi. Pour autant, son article 6 dédié à l'action positive est identique aux articles correspondants dans les directives 2000/78 et 2000/43 et non à l'article 157 §4 du TFUE. Si un certain nombre de réponses ont d'ores et déjà été suggérées dans la jurisprudence, beaucoup d'autres manquent à ce jour. Même si l'action positive n'est qu'optionnelle et que les États désireux de mettre en place des programmes de discriminations positives restent en principe libres de le faire, la question n'est pas seulement théorique. Si une mesure de discrimination positive relève du champ d'application matériel du droit de l'Union, la Cour est compétente pour la contrôler. Or, l'éradication des discriminations directes et indirectes étant une obligation, la mesure devra être compatible avec cet objectif. Savoir si l'action positive sur le fondement de ces directives permet aussi de déroger au principe d'égalité ou non a donc une importance pratique réelle pour les États.

**331.** La Cour a deux options : soit elle tient compte de la divergence textuelle qui existe entre d'une part, l'article 141 §4 TCE et les directives 2006/54/CE et 2010/41/UE<sup>1017</sup> qui y renvoient, et d'autre part, les articles dédiés à l'action positive dans les directives 2000/78, 2000/43 et 2004/113, soit elle n'y attache pas de signification particulière. La première option nous semble conduire à une impasse (1), quand de nombreux indices permettent de faire pencher la balance en faveur de la deuxième option (2).

### **1- L'impasse d'une différenciation de l'action positive selon les motifs**

**332.** Si la Cour devait attacher une interprétation différente selon les bases juridiques, la situation serait fort complexe : non seulement le régime des actions positives autorisées ne serait

---

<sup>1016</sup> Pour Marc de VOS, « les différences textuelles entre chacune des dispositions relatives à l'action positive pourraient être la conséquence naturelle des divers champs d'application généraux des directives, plutôt que l'illustration d'un concept différent de l'"action positive" à proprement parler », *Au-delà de l'égalité formelle, op. cit.*, p. 28.

<sup>1017</sup> Directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, *op. cit.*

pas homogène selon que le motif soit le sexe ou tout autre parmi les motifs de l'article 19 du TFUE, mais il y aurait de surcroît, pour le motif du sexe, une différence entre l'action positive dans la vie professionnelle et dans l'accès aux biens et services et leur fourniture.

**333.** Si le juge devait voir une différence de portée entre l'habilitation à adopter des mesures octroyant des « avantages spécifiques » et à adopter des « mesures spécifiques », en refusant les mesures de discrimination positive dans le second cas, il faudrait pouvoir le justifier<sup>1018</sup>. Cela reviendrait effectivement à dire que seul le sexe sous-représenté dans le domaine de l'emploi « mérite » des traitements préférentiels destinés à améliorer sa situation. Le juge se retrouverait contraint d'expliquer que les autres catégories potentiellement en situation de sous-représentation dans ce domaine, telle que certaines minorités ethniques ou les personnes handicapées par exemple, ne peuvent prétendre au même type de mesures que les femmes. Procéder à ce type de hiérarchisation des motifs de discrimination est une impasse dans laquelle la Cour de justice ne devrait pas s'engager.

**334.** Les discriminations dont souffrent les femmes sur le marché du travail sont certes particulières car aucun phénomène discriminatoire n'est complètement comparable à un autre, mais elles ne sont ni plus *intenses*, ni plus *graves*. Dès lors, s'engager dans la voie d'une distinction entre deux régimes de l'action positive en droit de l'Union ne paraît pas souhaitable, car difficile à justifier. La décision de créer des bases juridiques différentes vient selon nous des champs d'application matériels divergents. L'action positive devrait garder la même substance quel que soit le motif qui la guide. Tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue. Dagmar Schiek estime par exemple, de manière un peu rapide, que le fait de viser « la pleine égalité » et non plus l'égalité des chances comme dans la directive 76/207, procéderait d'un changement de cap quant à la nature des mesures : « les directives semblent envisager des mesures orientées sur les résultats autant que sur la procédure »<sup>1019</sup>. Cela ne nous semble pas convaincant ; au contraire, nombre d'indices permettent d'étayer la thèse inverse d'une interprétation harmonisée de l'action positive malgré les disparités textuelles.

---

<sup>1018</sup> Lisa WADDINGTON et Mark BELL notent que de manière générale, « in several cases the texts of the directives diverge without any evident justification », in « More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives », *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, p. 609.

<sup>1019</sup> D. SCHIEK, « A new framework on equal treatment of persons in EC law? : Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC changing Directive 76/202/EEC in context », *European Law Journal*, vol. 8, n° 2, 2002, p. 299. Librement traduit.

## 2- Les indices en faveur d'une interprétation harmonisée

335. Le préambule de la directive 2004/113 ne fait aucune hiérarchie : « La discrimination fondée sur le sexe, en ce compris le harcèlement et le harcèlement sexuel, a également lieu dans des domaines ne relevant pas du marché du travail. Cette discrimination peut être tout aussi dommageable en faisant obstacle à l'intégration complète et réussie des hommes et des femmes dans la vie économique et sociale »<sup>1020</sup>. Si la discrimination est tout aussi dommageable en dehors de l'emploi, il n'y a aucune raison pour que les « mesures spécifiques » correctrices pouvant être adoptées par les États doivent exclure la discrimination positive au sens des « avantages spécifiques » de l'article 157 §4 du TFUE.

336. Dans ce sens, la Commission européenne estimait, dans l'exposé des motifs de la proposition ayant conduit à l'adoption de la directive 2000/78, que les principes posés par la jurisprudence en matière d'égalité hommes femmes devraient être utilisés pour apprécier le bien-fondé de toute action positive<sup>1021</sup>. « La commission a pu légitimement supposer que les difficultés présentées par les actions positives au regard du principe d'égalité seront examinées par le juge communautaire de façon similaire, quel que soit l'objet des discriminations à corriger »<sup>1022</sup>. Elle confirma encore l'idée d'un régime uniforme de l'action positive et de la non-discrimination en général dans sa proposition de directive qui devint finalement la directive 2006/54<sup>1023</sup>. Il « est [...] très probable que l'acquis relatif à l'action positive dans le domaine du genre ait façonné l'interprétation des dispositions d'action positive » dans les autres directives<sup>1024</sup>.

---

<sup>1020</sup> Préambule de la directive 2000/113, pt 9.

<sup>1021</sup> Proposition de directive du conseil portant sur la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM/99/0565 final. Commentaire de l'article 6 « comme les mesures d'action positive constituent une dérogation au principe d'égalité, elles doivent être interprétées au sens strict, à la lumière de la jurisprudence actuelle en matière de discrimination fondée sur le sexe ».

<sup>1022</sup> A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, p. 305.

<sup>1023</sup> Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil 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), COM/2004/0279 final : « La législation garantissant l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui a été adoptée en vertu de l'article 141 ou qui est visée par cet article doit, dans tous les domaines, recourir aux mêmes concepts que ceux qui sont utilisés dans les textes législatifs adoptés récemment, tels que la directive 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE, et dans les textes législatifs similaires adoptés au titre de l'article 13 et destinés à lutter contre les discriminations fondées sur d'autres motifs que le sexe, dans la mesure où lesdits textes concernent également l'emploi, de manière à assurer une cohérence juridique et politique entre les éléments de la législation qui poursuivent des objectifs semblables ».

<sup>1024</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 31. Dans le même sens M. BENNETT, S. ROBERTS, H. DAVIS, « The Way Forward - Positive Discrimination or Positive Action ? », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 6, n° 3, 2005, p. 230 ; D. SCHIEK, « Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law ? From Kalanke to Badeck », *International Journal*

**337.** Dans la résolution législative du Parlement amendant la proposition de directive de la Commission de 2008<sup>1025</sup>, deux amendements suggèrent que des mesures octroyant des avantages spécifiques, donc des discriminations positives, pourraient être valides dans le cadre des motifs visés par la directive 2000/78 et donc, *a fortiori*, pour le motif de la race ou l'origine ethnique. « Des mesures concernant l'âge et le handicap qui fixent des conditions plus favorables que celles applicables à d'autres personnes, telles que l'utilisation gratuite ou à tarif réduit des transports publics ou l'entrée gratuite ou à tarif réduit dans les musées ou les infrastructures sportives, sont réputées compatibles avec le principe de non-discrimination »<sup>1026</sup>. La seule mesure qui permet d'adopter des mesures spécifiques sur le fondement de l'âge comme du handicap est l'article 5 consacré à l'action positive dans la proposition de directive. Les mesures énoncées sont clairement des discriminations positives puisque pratiquer des tarifs différents plus favorables en fonction de l'âge ou du handicap revient à instaurer un traitement préférentiel dans le domaine de l'accès aux biens et services. C'est bien la répartition de ressources qui est atteinte dans son principe égalitaire, l'égalité formelle exigerait au contraire que chaque usager ou bénéficiaire soit traité indistinctement et paye la même somme pour profiter d'un même bien ou service.

**338.** Le second amendement porte sur le préambule et concerne expressément l'action positive. Le Parlement parle « du maintien ou de l'adoption, par les États membres, de mesures destinées à prévenir ou à compenser les désavantages que connaissent les personnes ayant une religion ou des convictions particulières, un handicap, un certain âge, ou une orientation sexuelle particulière », et « des d'actions positives ayant pour objet de satisfaire les besoins spécifiques de personnes, ou de catégories de personnes, qui, du fait de leurs caractéristiques, éprouvent la nécessité de structures, de services ou d'aides non nécessaires à d'autres »<sup>1027</sup>.

**339.** Enfin, on peut noter qu'avant que l'action positive n'entre dans le droit dérivé pour le motif du handicap, elle était présente depuis longtemps dans le droit de l'Union dans un texte de droit souple. Dans sa recommandation 86/379/CEE, le Conseil incitait déjà les États membres à adopter ce type de mesures correctrices et indiquait que, parmi ces mesures, les

---

*of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 16, n° 3, 2000, p. 270 ; P. SKIDMORE, « EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment : Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy? », *Industrial Law Journal*, n° 30, 2001, p. 131 ; L. WADDINGTON, M. BELL « More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives », *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, p. 602.

<sup>1025</sup> Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM (2008) 0426), P6\_TA(2009) 0211.

<sup>1026</sup> *Ibid.* 24<sup>e</sup> amendement insérant un considérant 14(bis).

<sup>1027</sup> *Ibid.* Amendement 32, modifiant le considérant 21 du préambule de la proposition ?

politiques de quotas, qui constituent sans aucun doute de la discrimination positive, étaient tout à fait envisageables<sup>1028</sup>. Il y a peu de raisons d'imaginer que l'action positive permise dans le cadre de la directive 2000/78, quand bien même des « avantages spécifiques » ne sont pas expressément visés, ne laisse pas la possibilité aux États de recourir à la discrimination positive.

**340.** L'arrêt *Milkova* du 9 mars 2017 le confirme, pour l'article 7 §2 de la directive 2000/78. Il « conforte cette possibilité de prendre des mesures d'actions positives plus spécialement en faveur des personnes handicapées, lorsque de telles mesures ont pour objectif la protection de leur santé et de leur sécurité sur le lieu de travail ou la promotion de leur insertion dans le monde du travail »<sup>1029</sup>. Selon la Cour, cette disposition « a pour but d'autoriser des mesures spécifiques qui visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait affectant les personnes handicapées, pouvant exister dans leur vie sociale et, en particulier, dans leur vie professionnelle, ainsi qu'à parvenir à une égalité substantielle, et non formelle, en réduisant ces inégalités ».<sup>1030</sup> L'action positive fondée sur le handicap ne se résume pas à la discrimination positive mais elle ne l'empêche pas non plus. Il n'y a pas lieu de penser que l'action positive autorisée pour le handicap, ainsi interprétée par la Cour, dans une formulation qui renvoie clairement à la jurisprudence développée en matière d'égalité des sexes, soit différente de celle que la directive autorise pour les autres motifs.

**341.** Pour conclure, il y a une volonté, au-delà de la seule action positive, de créer un droit de la non-discrimination homogène et performant, en droit de l'Union. La Commission, dans l'exposé des motifs de sa proposition modifiant la directive 76/207 en 2000<sup>1031</sup>, rappelait que la Communauté a acquis de nouvelles compétences avec l'article 13 TCE. L'objet de cette modification est autant de tenir compte de « l'expérience acquise dans le domaine de la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe » que d'« assurer la cohérence de la législation secondaire sur des questions identiques, telles que le concept de discrimination indirecte »<sup>1032</sup>.

---

<sup>1028</sup> Recommandation 86/379/CEE, I. b) i) « la fixation par les États membres [...] d'objectifs chiffrés réalistes d'emploi pour des personnes handicapées dans des entreprises publiques ou privées ».

<sup>1029</sup> Conclusions de l'avocat général M. Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 27 octobre 2016, aff. C-406/15, pt 71.

<sup>1030</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 47.

<sup>1031</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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, COM/2000/0334 final Journal officiel n° C 337 E du 28 novembre 2000, pp. 204-206. Cette proposition a abouti à 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, OJ L 269, 5 octobre 2002, pp. 15-20, abrogée par la directive 2006/54.

<sup>1032</sup> *Ibid.*, exposé des motifs, pt 8.

Et les institutions garantissent en effet à une évolution sans à-coups du droit de la non-discrimination, chaque directive nouvelle cherchant à s'inscrire « dans le prolongement » des précédentes<sup>1033</sup>. Si les définitions de la discrimination directe et indirecte, ou des exigences professionnelles essentielles et déterminantes sont identiques d'une directive à l'autre<sup>1034</sup>, il y a tout lieu de penser que l'action positive doit faire l'objet d'une interprétation également identique.

**342.** Les mesures de discrimination positive sont donc autorisées pour tous les motifs. Vu leur dimension dérogatoire par rapport à l'égalité de traitement, elles sont les mesures d'action positive qui pose le plus de difficultés de légitimité et de clarté. Il faut bien rechercher, dans le droit de l'Union, un moyen de faire cohabiter la règle générale de l'égalité de traitement et l'instauration d'une discrimination dite « positive » parce qu'elle veut favoriser un groupe désavantagé dans la société. L'égalité des chances semble représenter ce principe conciliateur ou régulateur entre la norme et son exception.

## **Section 2. La fonction conciliatrice de l'égalité des chances**

**343.** « La référence à l'égalité s'accompagne bien souvent de qualificatifs »<sup>1035</sup>. L'article 157, paragraphe 3 du TFUE autorise l'Union à adopter 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 », la directive 2000/78 évoque l'égalité des chances dans son préambule<sup>1036</sup>. Dans son intitulé, la directive 2006/54 place l'égalité des chances sur le même plan que l'égalité de traitement. Ainsi, si « l'égalité des chances fait l'objet d'une discrète consécration normative »<sup>1037</sup> dans certains instruments du droit international des droits de l'Homme, elle

---

<sup>1033</sup> Dans la Proposition de directive du 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM/2008/0426 final, exposé des motifs, la Commission indique que « cette proposition se situe dans le prolongement des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE » qui elles-mêmes se situaient déjà dans le prolongement des règles préexistantes.

<sup>1034</sup> Les articles 4 de la directive 2000/43 et 2000/78 autant que l'article 14 §2 de la directive 2006/54 sont consacrés aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Une différence de traitement « 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 ».

<sup>1035</sup> J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 10.

<sup>1036</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 9 ; à l'inverse, la directive 2000/43 n'en dit mot.

<sup>1037</sup> L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de Droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 745. Les auteurs citent l'article 4 §1 de la Convention CEDAW, l'article 28 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'article 20 de la Charte sociale européenne révisée, entre autres.

occupe une place importante dans le droit de l'Union. La Commission considérerait que l'adoption de la proposition de directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail permettrait de montrer que l'Union européenne adhère « totalement à la réalisation du principe fondamental d'égalité des chances pour tous les citoyens »<sup>1038</sup>.

**344.** Le principe d'égalité des chances pourrait ainsi constituer la « norme suprapositive »<sup>1039</sup> permettant de réguler le conflit entre égalité de traitement et mesures de discrimination positive, et justifiant la dérogation. Il est rassurant de se tourner vers un autre principe pour sortir de l'impasse logique dans laquelle se trouve le juriste tentant de fonder la validité d'une mesure discriminatoire, si « positive » soit-elle. L'égalité des chances possède un « pouvoir de séduction certain »<sup>1040</sup>, mais n'en demeure pas moins « un concept ambigu [qui] ne peut, sans inconvénient, être regardée comme un objectif ultime suffisant »<sup>1041</sup>. Elle fait en effet appel, bien davantage que l'égalité de traitement réalisée par la règle de droit indifférenciée, à des normes sociales ou valeurs morales dont le contenu est difficile à saisir<sup>1042</sup>. L'égalité des chances est pourtant l'objectif justifiant la rupture par rapport à l'égalité de traitement que constitue la discrimination positive. En droit de l'Union, elle apparaît donc comme un nouvel objectif égalitaire qui permet de sortir de la logique de l'égalité de traitement (§1). Le choix de la dérogation pour organiser la conciliation entre égalité de traitement et égalité des chances n'est pourtant pas la seule qui est envisageable, comme nous l'enseigne le droit international des droits de l'Homme adopté dans le cadre onusien, qui a opté pour une logique de complémentarité (§2).

### **§1) La détermination de l'objectif concurrent d'égalité des chances**

**345.** « Le principe d'égalité des chances devrait être soigneusement délimité pour ne pas devenir la clé de toutes les confusions »<sup>1043</sup>. En tant que telle, l'idée d'égalité des chances à

---

<sup>1038</sup> Voir la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM(1999) 565.

<sup>1039</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *op. cit.*, p. 81.

<sup>1040</sup> O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 152.

<sup>1041</sup> J.-M. BELORGEY, « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *Droit social*, 2002, p. 683.

<sup>1042</sup> Des auteurs s'y sont essayé : Voir par exemple, G. KOUBI, G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, 267 p., en particulier P. DAILLIER, « Égalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire », pp. 173-183.

<sup>1043</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 101.

laquelle renvoie l'action positive n'est certainement pas univoque, elle est même qualifiée de « paradoxale » par Michel Rosenfeld<sup>1044</sup>. Est-ce une égalité, celle qui se limite aux « chances » des individus ? Elle est pourtant invoquée comme le principe justifiant que l'on déroge à l'obligation de traiter indifféremment les personnes placées dans une situation comparable. L'« objectif constant »<sup>1045</sup> d'égalité des chances s'est imposé, selon les observateurs français, avec la crise de l'État-providence<sup>1046</sup>, « comme une des clés de [sa] modernisation »<sup>1047</sup>. « Elle est le principe retenu par les libéraux pour résoudre la question sociale et résorber la pauvreté »<sup>1048</sup>. Si elle est sans doute apparue pour cette raison dans le droit de l'Union, les textes ne nous apprennent pas grand-chose de sa signification<sup>1049</sup>. C'est la jurisprudence de la Cour de justice qui nous permet de définir l'égalité des chances comme un processus d'égalisation des conditions de départ (A), qui maintient une conception individuelle de l'égalité (B).

#### *A) L'égalisation des conditions de départ*

**346.** Il y a un travail de conceptualisation à faire que nous ne sommes pas les premiers à tenter. « Les difficultés de l'égalité des chances ne commencent pas avec le mot "égalité" »<sup>1050</sup>. On peut en effet essayer de comprendre d'abord ce que sont les « chances », parfois appelées les opportunités par mimétisme avec l'expression en anglais (1). Dans ce contexte, l'égalité recherchée consiste en un processus d'égalisation, et non en une égalité au sens strict (2).

---

<sup>1044</sup> M. ROSENFELD, « Substantive Equality and Equal Opportunity: A Jurisprudential Appraisal », *California Law Review*, vol. 74, n° 5, p. 1687 : « the concept of equality of opportunity proves to be elusive and paradoxical ».

<sup>1045</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 228.

<sup>1046</sup> F. STASSE, « Pour la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 122 : « Le livre phare de Pierre Rosanvallon, *La Crise de l'État-providence*, est publié en 1981, c'est-à-dire l'année même où, avec la création des ZEP, apparaissent les premières discriminations positives à la française ». Voir aussi J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 419.

<sup>1047</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>1048</sup> Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », *op. cit.*, pp. 92 et 104.

<sup>1049</sup> Le point 22 du préambule de la directive 2006/54 évoque les actions positives mais ne dit mot de l'égalité des chances, sur lequel le reste de la directive ne nous apprend rien non plus. L'expression est absente de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>1050</sup> P. WESTEN, « The Concept of Equal Opportunity », *Ethics*, vol. 95, n° 4, 1985, p. 837 : « The difficulties of equal opportunity do not begin with the word "equal" », librement traduit.



## 1- Les chances comme conditions de départ au jeu de la concurrence

**347.** Selon le Professeur Westen, la « chance » se définirait comme la probabilité qu'un agent atteigne un objectif, en l'absence d'obstacles particuliers<sup>1051</sup>. L'objectif sur un marché concurrentiel comme le marché de l'emploi et du travail, le marché des biens et services ou encore dans le cadre de l'éducation dont la qualification de « marché » est discutable mais où se répartissent tout de même les diplômes nécessaires aux individus, c'est l'obtention de certains biens et ressources rares. Parler des chances nous place donc au moment du départ, et non de l'arrivée, dans l'exercice d'un jeu concurrentiel inter-individuel<sup>1052</sup>. L'autorité qui adopte la mesure d'action positive devrait avoir pour seul horizon cette ligne de départ dans le jeu concurrentiel destiné à l'octroi final d'un bien, d'un droit ou d'une opportunité quelconque. Il devrait chercher à modifier les « chances »<sup>1053</sup> qui ne sont pas seulement inégalement réparties, ce qui paraît inévitable. Elles sont surtout perçues comme injustement réparties, en fonction de critères non-pertinents. La persistance des discriminations est un facteur qui freine l'accès aux ressources rares pour certains « malchanceux », alors que la répartition devrait s'opérer selon les mérites. « Les mérites fondent une répartition différenciée des droits »<sup>1054</sup> mais une telle répartition ne peut être juste que si les mérites étaient, au départ, *accessibles* à tous, dans les mêmes conditions.

**348.** La notion d'« accès »<sup>1055</sup> autant que celle de « désavantages »<sup>1056</sup> ont pour cette raison une place particulière dans la rhétorique de l'action positive en droit de l'Union. Cette dernière a pour mission d'améliorer « la probabilité qu'un événement aléatoire survienne ou non »<sup>1057</sup> en créant « pour tous les participants à une procédure donnée, des conditions égales au point de départ »<sup>1058</sup>. Changer les probabilités qu'un événement survienne passe par une modification des paramètres qui permettent normalement à l'événement de survenir. Si l'on prend l'exemple d'un recrutement à un emploi, les paramètres intervenant dans le processus

---

<sup>1051</sup> *Ibid.*, p. 841.

<sup>1052</sup> Gwenaële CALVÈS propose un classement intéressant des discriminations positives, totalement tourné vers leur rapport avec le jeu de la libre concurrence. Elle distingue les mesures suspendant les règles de concurrence et celles qui ne font que les aménager. Voir *La discrimination positive*, 4e éd., Paris, PUF, 2016, pp. 27-32.

<sup>1053</sup> Olivier JOUANJAN note que la notion de chance, liée à l'idée de hasard » n'est pas heureuse, qu'il faut comprendre une « égalité de départ », in *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>1054</sup> R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, 2003, p. 131.

<sup>1055</sup> Dans l'intitulé de la directive 76/207 : « l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles » et non « dans l'emploi » etc.

<sup>1056</sup> Article 157 §4 du TFUE ; Article 7 §1 de la directive 2000/78 ; Article 5 de la directive 2000/43.

<sup>1057</sup> Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. KOUBI, G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 93.

<sup>1058</sup> O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 153.

sont censément objectifs, comme les expériences passées et les diplômes. D'autres critères plus « innés » tels que le charisme, la capacité à s'exprimer, l'éloquence, les « vertus et les talents »<sup>1059</sup>, interviendront également. En revanche, l'intervention de critères tels que le sexe, l'âge, la couleur de peau, l'apparence physique, la situation de handicap, la manifestation d'une croyance, ne relève pas d'un fonctionnement jugé normal et sain. Ils insufflent dans le recrutement, en même temps que de la discrimination, du favoritisme.

**349.** Comme la Cour le dit elle-même dans le contexte de l'emploi, « le fait que deux candidats de sexes différents aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales »<sup>1060</sup>. L'égalité des chances est ainsi compromise par deux phénomènes : « la généralisation ou la persistance de pratiques racistes ou sexistes d'une part, une accentuation des inégalités socio-économiques d'autre part »<sup>1061</sup>. La discrimination positive directe consistera par exemple à imposer des quotas fondés sur un motif protégé ou une obligation de convoquer autant d'hommes que des femmes. Mais l'objectivité même des paramètres choisis pour opérer le recrutement peut être aussi remise en cause. « Chaque approche de sélection reflète inévitablement des visions subjectives qui risquent souvent d'être arbitraires »<sup>1062</sup>. Valoriser des diplômes plus difficiles à atteindre pour les personnes qui font l'objet de discriminations dès l'enfance est en soi problématique dans une logique d'égalisation des chances.

**350.** La Cour de justice se situe exactement dans cette interrogation lorsqu'elle souligne que « l'application de certains critères traditionnels de promotion [...] défavorisent en pratique les femmes »<sup>1063</sup>. Elle cite « l'âge, l'ancienneté et la considération que le candidat est chef de famille assurant seul le revenu du ménage »<sup>1064</sup>. Les paramètres utilisés dans une concurrence supposément libre peuvent expliquer en eux-mêmes que « les femmes sont presque toujours dans une situation inégalitaire par rapport aux hommes »<sup>1065</sup>, ou toute autre catégorie discriminée socialement. Une discrimination positive indirecte consistera donc à renoncer aux critères qui désavantagent *de facto* les personnes discriminées.

---

<sup>1059</sup> Pour reprendre l'expression de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>1060</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.*, pt 30.

<sup>1061</sup> B. VILLENAVE, « La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale*, vol. 3, n° 3, 2006, p. 39.

<sup>1062</sup> N. STOJANOVIC, *Dialogue sur les quotas. Penser la représentation dans une démocratie multiculturelle*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2013, p. 168.

<sup>1063</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.*, pt 4.

<sup>1064</sup> *Ibid.*

<sup>1065</sup> J. BOUGRAB, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *AJDA*, n° 31, 2003, pp. 1640-1647.

## 2- L'égalité comme processus d'égalisation

**351.** Choisir les « chances » ou les conditions de départ signifie que le terme d'égalité n'est probablement pas le plus judicieux, car l'action positive ne poursuit pas une égalité *stricto sensu* entre les individus. L'égalité des chances ne se définit pas comme une « égalité des conditions »<sup>1066</sup>, ce qui semble rigoureusement impossible à atteindre, mais comme une « égalisation »<sup>1067</sup> des conditions de départ, c'est-à-dire un processus actif, une construction. L'égalité de traitement est une égalité stricte, souvent qualifiée de formelle pour cette raison, dans le sens où elle assure que si une norme confère à un individu A un droit ou un accès à un droit ou une opportunité, elle confère à l'individu B placé dans une situation comparable exactement la même chose. L'égalisation nécessaire des conditions de départ trouve sa justification dans le fait que l'égalité de traitement interviendrait trop tard. Les mérites n'étant pas *équitablement* partagé entre les individus, en raison du facteur discriminatoire, la libre concurrence fera toujours émerger « les mêmes », c'est-à-dire que les individus placés dans une situation comparable et pouvant prétendre à l'égalité de traitement (en raison d'un même poste, des mêmes qualifications, avec le même âge d'insertion au travail, le même nombre d'interruptions de carrière, les mêmes diplômes etc.), seront toujours ceux qui ne subissent pas de discriminations.

**352.** L'égalité des chances cherche au contraire à modifier un schéma sur le moyen ou long terme, à « régir l'attribution équitable des droits, des biens et des statuts aux membres de la société »<sup>1068</sup> en amont du jeu de la concurrence pour éviter que celui-ci ne soit pipé par les inégalités de départ<sup>1069</sup> et les obstacles spécifiques que vont potentiellement subir certaines catégories d'individus. Elle est un processus d'égalisation ou d'équité. Cette idée était déjà présente dans le discours du Président américain Johnson, dans son discours prononcé à l'Université Howard en 1965, pour justifier l'*affirmative action* : « on ne peut pas rendre sa liberté à un homme qui pendant des années a été entravé par des chaînes, l'amener sur la ligne de départ d'une course, lui dire qu'il est libre de concourir, et croire qu'on est ainsi parfaitement

---

<sup>1066</sup> Expression de C. PERELMAN, in *Égalité et valeurs*. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 324.

<sup>1067</sup> L'égalisation est définie comme « le rétablissement d'une égalité mise à mal entre des individus » par Jérôme PORTA, in « Égalité, discrimination, égalité de traitement », *RDT*, n° 6, 2011, p. 354.

<sup>1068</sup> Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. KOUBI, G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 91.

<sup>1069</sup> G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.* : « Elle opère en amont d'une mise en concurrence dont les résultats sont réputés justes (c'est le plus « méritant » qui l'emporte) ; elle entend garantir que les conditions de départ ne sont pas marquées par des inégalités de condition telles que l'idée même de compétition en devienne absurde ».

juste »<sup>1070</sup>. Elle se rattache philosophiquement à la « théorie de l'individu social »<sup>1071</sup>, selon laquelle « tout individu est plus ou moins marqué, déterminé, par son environnement social et ses chances sont profondément inégales en fonction de ses attaches ethniques, sociales ou culturelles »<sup>1072</sup>.

**353.** Michael Walzer, qui s'inscrit dans ce courant, estime que des politiques publiques doivent viser les populations concernées par les inégalités afin de rétablir l'égalité des chances<sup>1073</sup>. John Rawls, dont l'œuvre « demeure la plus discutée au monde en philosophie politique »<sup>1074</sup> est souvent cité pour fonder la légitimité de la discrimination positive<sup>1075</sup>. Il pensait en effet que des interventions de l'autorité publique sont acceptables si elles ont pour effet d'améliorer les conditions de vie des plus défavorisés<sup>1076</sup>. Selon un « principe de différence »<sup>1077</sup> et au nom de la « juste égalité des chances »<sup>1078</sup>, il établit une théorie où la justice sociale l'emporte sur le principe d'efficacité économique. Dans cette perspective, « sont injustes toutes les sociétés qui prennent pour acquises les inégalités issues de la loterie naturelle ou sociale et qui ne font rien pour abolir le hasard »<sup>1079</sup>.

**354.** Choisir l'objectif d'égalité des chances déterminera « le type de programme d'action positive souhaité ou préféré et l'idée de la justice sociale que la société veut traduire dans les faits »<sup>1080</sup>, il a donc des conséquences importantes. Pour Denis Maguain par exemple,

---

<sup>1070</sup> *Commencement Address at Howard University: "To Fulfill These Rights"*, 4 juin 1965. G. CALVÈS présente ce discours comme « une des matrices des traitements préférentiels en faveur des minorités raciales » (*op. cit.* p. 30)

<sup>1071</sup> Pour un résumé des différentes théories possibles, voir F. STASSE, « Pour la discrimination positive », *op. cit.*, pp. 126 et s.

<sup>1072</sup> *Ibid.*

<sup>1073</sup> M. WALZER, *Sphères de justice*, Paris, Seuil, 1997, 475 p.

<sup>1074</sup> C. SPECTOR, « Liberté, égalité, fraternité : la théorie rawlsienne de la justice », *Esprit*, n° 447, septembre 2018, p. 95.

<sup>1075</sup> Voir par exemple R. LETTERON, « L'action positive en faveur des femmes », *op. cit.*, p. 67. Voir aussi S. WHUL, *Discrimination positive et justice sociale*, Paris, PUF, 2007, p. 50 : « l'idée de discrimination positive qui a d'ailleurs sa source dans la problématique de John Rawls » ; M. GHEZA « De la discrimination positive en droit communautaire ou la tentative de mise à nu d'une notion discutée », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 151.

<sup>1076</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, 1ère éd. 1971, Paris, Editions Points, 2009, traduit de l'anglais par C. AUDARD, 665 p.

<sup>1077</sup> *Ibid.* pp. 106-115. Le « principe de différence » est justement articulé dans la théorie de Rawls avec « l'égalité démocratique ». Il permet « de montrer que les différences de traitement qui visent à améliorer la situation des plus défavorisés sont conformes au principe de justice », in G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1078</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, pp. 115-121.

<sup>1079</sup> C. SPECTOR, « Liberté, égalité, fraternité : la théorie rawlsienne de la justice », *op. cit.*, p. 97.

<sup>1080</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 31 : « Le choix de telle ou telle conception déterminera également le type de programme d'action positive souhaité ou préféré et l'idée de la justice sociale que la société veut traduire dans les faits »

« la discrimination positive peut se définir comme toute action volontariste cherchant à corriger de façon concrète une situation d'inégalité des chances avérée et persistante frappant une minorité »<sup>1081</sup>. Mais cette définition omet d'assumer sa part de subjectivité, car il n'y a aucune discussion sur le fait qu'en tant que telle, la discrimination positive peut très bien aller au-delà de l'égalité des chances<sup>1082</sup>, et viser l'égalité de résultats après le jeu de la concurrence<sup>1083</sup>. Selon Michel Rosenfeld, la notion même de chance, « opportunity » dans sa version anglaise, se trouve quelque part sur le spectre entre la simple possibilité et la garantie<sup>1084</sup>. Elle ne porte pas en elle-même de limitations particulières, celles qui sont posées relèvent de choix politiques opérés par le législateur et encore davantage par le juge de l'Union européenne. La Cour de justice choisit de parler d'un « concept restreint d'égalité des chances »<sup>1085</sup>, ce qui signifie bien que l'action positive pourrait avoir un objectif plus ambitieux<sup>1086</sup>.

355. Quoi qu'il en soit, si l'on s'en tient au sens d'égalisation des conditions de départ que le droit de l'Union lui a donnée, l'égalité des chances ne constitue pas un recul de l'ambition égalitaire mais « suppose au contraire des critères plus exigeants »<sup>1087</sup>. En revanche, elle contient bien l'idée d'une limite. Si l'on ne peut imaginer l'idée d'en finir un jour avec l'égalité de traitement par la norme, au risque de réinstaurer les discriminations que l'on veut éradiquer, « l'idée de rétablir les chances contient par elle-même la notion de rattrapage »<sup>1088</sup>. Une fois l'équité des conditions instaurée par ce processus d'égalisation, la discrimination positive ne se justifie plus<sup>1089</sup>, sinon, comme l'indique le droit international onusien, on ne fait que maintenir des « normes inégales ou distinctes »<sup>1090</sup>. C'est probablement la question la plus abyssale

---

<sup>1081</sup> D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 150.

<sup>1082</sup> Plus curieux encore est le fait que Denis MAGUAIN affirme un peu plus loin que « toute politique de discrimination positive met l'accent sur un principe d'égalité des résultats plutôt que sur un principe d'égalité des chances », ce qui semble totalement contradictoire avec la définition présentée. *in* D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *op. cit.*

<sup>1083</sup> C'est la thèse défendue par exemple par F. DUBET, *Les places et les chances. Repenser la justice sociale*, Paris, Seuil, 2010, 119 p. Il parle d'égalité « des places ».

<sup>1084</sup> M. ROSENFELD, « Substantive Equality and Equal Opportunity: A Jurisprudential Appraisal », *California Law Review*, vol. 74, n° 5, 1986, p. 1690. Librement traduit par nous.

<sup>1085</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pts 33 et 38 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 52.

<sup>1086</sup> Ce que la Cour de justice refuse. Voir L. WADDINGTON, M. BELL, « More equal than others distinguishing European Union equality directives », *Common Market Law review*, 2001, vol. 38, p. 601 : « The Court has consistently maintained since *Kalanke* that it will not accept positive action schemes which produce "equal results" through automatic mechanisms at the selection stage ».

<sup>1087</sup> J.-P. FITOUSSI, P. ROSANVALLON, *Le Nouvel Âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, p. 99.

<sup>1088</sup> F. STASSE, « Pour la discrimination positive », *op. cit.*, p. 128.

<sup>1089</sup> Dans un discours, Bill CLINTON affirmait : « L'affirmative action [...] devrait cesser une fois sa mission accomplie. Je suis fermement convaincu que celle-ci le sera un jour. Néanmoins, toutes les données disponibles suggèrent – ou plutôt soulignent avec une grande insistance – que ce jour est encore éloigné ». Cité par D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>1090</sup> Voir article 4 §1 de la CEDAW ; article 1 §4 de la CIEDR.

soulevée par le choix de cet objectif : comment peut-on évaluer que l'équité des conditions de départ est atteinte ? Selon quels critères, par quelles mesures ? La légitimité de l'action positive repose donc sur une question à laquelle il paraît très difficile de répondre et à laquelle d'ailleurs personne ne s'est d'ailleurs essayé à répondre. Si l'égalité des chances bouscule la conception universaliste de l'égalité, qui consiste « autant à prohiber les discriminations de droit qu'à ignorer les discriminations de fait »<sup>1091</sup>, elle ne modifie en revanche pas la dimension individuelle de l'égalité.

### ***B) Le maintien d'une conception individuelle de l'égalité***

**356.** Il est une position courante dans la doctrine qui consiste à voir dans l'action positive et l'égalité des chances le signe qu'une logique de « droit des groupes »<sup>1092</sup> ou d'« égalité entre les groupes »<sup>1093</sup> serait entrée dans le droit de l'Union européenne. « À la différence des aménagements raisonnables, les actions positives ne sont pas conçues de manière à tenir compte des besoins individuels. Elles introduisent ainsi une rupture importante par rapport à l'égalité de traitement fondée sur des droits individuels »<sup>1094</sup>, peut-on lire encore. Le principe d'égalité subirait « désormais des dérogations qui vont jusqu'à l'altération au nom de la reconnaissance des particularismes de certains groupes »<sup>1095</sup>. « L'objectif des actions positives est l'instauration d'une égalité de fait entre un groupe dominant et un groupe discriminé »<sup>1096</sup>, lit-on encore. Plus modérés, d'autres ont vu dans les premières décisions sur l'action positive le fait que la Cour de justice « échange une approche purement individualiste contre une approche équilibrée qui permet de justifier des décisions individuelles de discrimination positive sur la base de l'inégalité de groupe »<sup>1097</sup>. Est-il fondé de penser que l'égalité des chances qui justifie l'action positive ne regarde pas « l'égalité entre les individus »<sup>1098</sup> ?

---

<sup>1091</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 169.

<sup>1092</sup> Hugues MOUTOUH le définit comme « la prise en considération juridique de groupes minoritaires revendiquant un droit à la différence et/ou des compensations pour des discriminations passées », in « contribution à l'étude du droit des groupes » *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 123, n° 2, 2007, p. 479.

<sup>1093</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, C-450/93, pt 7.

<sup>1094</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 330.

<sup>1095</sup> O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589.

<sup>1096</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, n° 2, 1996, p. 281.

<sup>1097</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 20.

<sup>1098</sup> *Ibid.*

**357.** Les mesures spéciales requises par la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales aspirent par exemple au « progrès de certains groupes raciaux ou ethniques »<sup>1099</sup> et le Haut-Commissariat a précisé que « la clé de l'analyse juridique » de ces mesures est de déterminer « si le droit individuel qui ne doit pas faire l'objet de discrimination, donne le droit au groupe défavorisé d'être indemnisé pour la discrimination passée »<sup>1100</sup>. D'une façon un peu plus nuancée, Olivier de Schutter écrit, sur l'*affirmative action* aux États-Unis, que son essence même « est de ne plus se contenter de punir une discrimination particulière (individualisable), mais de porter remède à la situation objective créée par une histoire de ségrégation et de discriminations raciales à travers des mesures luttant contre ce qui peut être qualifié de racisme "institutionnel" (ou non-individualisable, c'est-à-dire sociétal) »<sup>1101</sup>. La peur de la logique identitariste<sup>1102</sup> ou communautariste<sup>1103</sup> que la discrimination positive introduirait<sup>1104</sup> nous paraît manquer de fondement et d'objectivité dans le contexte du droit de l'Union.

**358.** La lutte contre les discriminations entraîne nécessairement de s'intéresser aux différentes appartenances de l'individu, en cela elle témoigne déjà d'une « conception libérale renouvelée »<sup>1105</sup>. Chaque individu est envisagé dans son rapport à des catégories socialement identifiées comme discriminées, raciales, sexuelles, religieuses, d'âge, de handicap ou d'orientation sexuelle<sup>1106</sup>. Parler de droit des groupes ou de logique communautariste est bien peu adapté au droit de l'Union européenne et à sa conception de l'action positive. Dans le travail de Yaël Attal-Galy, distinction est faite entre plusieurs notions. Le « groupe » renvoie à l'existence d'un « intérêt collectif » qui « transcende les intérêts particuliers des membres »<sup>1107</sup>. À l'inverse, la catégorie « est identifiable car elle saisit un individu qui accuse une différence

---

<sup>1099</sup> Article 1 §4 de la CIEDR, souligné par nous.

<sup>1100</sup> Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *Document de référence de la Conférence, Le concept des « mesures spéciales » dans le droit international en matière de droits de l'homme*, en ligne.

<sup>1101</sup> O. DE SCHUTTER, « Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis », *RTDH*, 1991, p. 347.

<sup>1102</sup> F. ABIKHZER, « La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *RRJ*, vol. 1, n° 4, 2005, p. 2081.

D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 2003, p 2-3 : il parle d'un « processus d'assignation identitaire ».

<sup>1103</sup> A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice », *RFDA*, mai-juin 1998, pp. 519-523.

<sup>1104</sup> Olivia BUI-XUAN accuse l'*affirmative action* américaine de consolider « la structuration de la société en groupes et l'existence de différences de nature entre ceux-ci », in *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 203.

<sup>1105</sup> J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 13.

<sup>1106</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 189 : « La volonté politique de combattre les discriminations passe nécessairement par la prise en compte – implicite ou explicite – de l'appartenance des individus à des groupes ».

<sup>1107</sup> Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'Homme et catégories d'individus*, *op. cit.*, pp. 19-23.

subie et non volontaire qui le met en état de faiblesse »<sup>1108</sup>. L'ambition de l'action positive est la même que celle de l'interdiction des discriminations, il s'agit de saisir l'individu dans l'une de ses spécificités pour assurer l'effectivité de son droit individuel à l'égalité de traitement. Si son ambition est bien de « faire contrepoids à des mécanismes d'exclusion dont tout indique qu'ils sont structurels »<sup>1109</sup>, pour égaliser les chances au départ, elle n'a pas pour visée de donner dans le même temps du poids à des revendications de « groupes ». L'approche est « nettement individualiste, axée sur la recherche de l'équité pour l'individu »<sup>1110</sup>.

**359.** Cette approche transparaît nettement dans certaines argumentations nationales présentées devant la Cour de justice. « Les mesures visant à promouvoir la mise en œuvre de l'égalité des chances des femmes doivent avoir une finalité individuelle et se rattacher à des situations professionnelles et extra professionnelles concrètes qui désavantagent ou peuvent désavantager de façon typique une femme »<sup>1111</sup>, expliquait par exemple le Land allemand dans l'affaire *Badeck*. « Accepter la diversité des hommes pour maintenir le lien social »<sup>1112</sup> n'implique pas de rupture par rapport à une logique individualiste, mais bien par rapport à une conception abstraite de l'individu, ou par rapport à l'universalisme des droits. L'action positive est un outil qui profite à l'individu, non pas pour donner raison à des revendications communautaristes, mais pour assurer que seul son mérite entrera en compte dans le « jeu de la compétition sociale »<sup>1113</sup>, son horizon demeure l'individu. L'idée selon laquelle « l'humanité constitue, à elle seule, une catégorie d'individus de la même essence »<sup>1114</sup> n'est pas remise en cause, l'action positive s'inscrit dans ce processus de concrétisation d'une égalité individuelle

---

<sup>1108</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>1109</sup> G. CALVÈS, « La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives : faut-il réviser la Constitution ? », in *CURAPP, Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, p. 229.

<sup>1110</sup> Rapport final présenté par M. BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 32.

<sup>1111</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 47.

<sup>1112</sup> L. BONNARD-PLANCKE, P-Y. VERKINDT, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social* 2006. 968 ; J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. 14, Paris, Dalloz, 1965, p. 356 : « Pour serrer le réel d'aussi près que possible, la règle se différencie au maximum ».

Les tenants de cette position se heurtent à la critique, notamment adressée par A.-G. SLAMA pour qui l'*affirmative action* aux États-Unis « a desserré encore un peu plus un lien social fragilisé », in « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *op. cit.*, p. 136. De part et d'autre, les points de vue ne sont pas vraiment étayés, il s'agit de prises de position subjectives et d'une vision politique divergente de l'égalité.

<sup>1113</sup> N. STOJANOVIC, *Dialogue sur les quotas. Penser la représentation dans une démocratie multiculturelle*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2013, p. 97.

<sup>1114</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 56. Hannah ARENDT écrivait que « nous sommes tous pareils, c'est-à-dire humains, sans que jamais personne soit identique à aucun autre homme ayant vécu, vivant ou encore à naître », in *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2000, pp. 42-43.



et méritocratique<sup>1115</sup>, par le biais de l'égalité des chances. L'emprise de cette approche individualiste de l'égalité, et des droits fondamentaux de la personne en général, n'est d'ailleurs pas exempte de critiques<sup>1116</sup>.

**360.** Laurène Joly explique « l'émergence de la notion d'aménagement raisonnable [...] par le développement de la théorie de l'égalité des chances »<sup>1117</sup>, mais nous pensons au contraire que l'égalité des chances représente une rupture avec les conditions posées par le principe de l'égalité de traitement déjà concrétisée par les aménagements raisonnables entre autres. L'aménagement raisonnable prend acte d'une différence objective de situations quand l'égalité des chances invite à déroger à l'égalité entre des situations comparables. Le principe d'égalité est fortement concrétisé comme nous l'avons vu en droit de l'Union, il est loin de n'être que « formel »<sup>1118</sup>, pourtant, l'objectif d'égalité des chances apparaît tout de même comme une rupture. Il introduit dans l'ordre de l'Union une dimension supplémentaire par rapport au principe de l'égalité de traitement, mais poursuivre l'un implique potentiellement de déroger à l'autre.

**361.** L'on pourrait pourtant envisager un rapport qui ne soit pas dérogatoire, préférer la complémentarité<sup>1119</sup> à l'antagonisme<sup>1120</sup>. Une telle approche est clairement préconisée dans un certain nombre d'instruments du droit international des droits de l'Homme adoptés au niveau

---

<sup>1115</sup> Gwenaële CALVÈS interroge : « Les normes méritocratiques étaient-elles respectées lorsque, sur les 400 professeurs d'Harvard, aucun n'était une femme ? », in *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>1116</sup> Voir par exemple B. MATHIEU, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 455 : « les droits fondamentaux tels qu'ils sont interprétés et appliqués aujourd'hui font prévaloir, jusqu'à l'absurde, la primauté de l'individu sur le collectif. En retour, les démocraties ne parviennent plus à assurer la stabilité sociale et perdent ainsi de leur crédit ».

<sup>1117</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 13.

<sup>1118</sup> Les auteurs qui emploient le registre de la dérogation sont nombreux, mais par rapport à une égalité purement formelle, ce que nous contestons.

P.-Y. VERKINDT, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051 : « En matière de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe, une place – certes timide – est laissée à la rupture de l'égalité formelle par l'admission de mesures de rattrapage ou de compensation » ; A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, p. 305 : « La jurisprudence sur les actions positives se fonde donc sur une dérogation au principe de l'égalité formelle » ; A. FITTE-DUVAL, « Droit des pensions : l'égalité des sexes à marche forcée ? », *AJFP*, 2002, p. 4.

<sup>1119</sup> François LUCHAIRE écrivait que « Comme Janus, l'égalité a deux faces, l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir ; la première condamne toute distinction interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines. De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social », in « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *Revue de droit public*, 1983, p. 1274.

<sup>1120</sup> Anne LEVADE parle de « l'antagonisme irréductible de deux conceptions », in « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 55.

de l'ONU, qui pourraient servir d'inspiration dans les développements futurs du droit social de l'Union européenne.

## §2) La voie de la complémentarité des objectifs égalitaires en droit international

362. Joke Swiebel, s'interrogeant sur ce que le droit de l'Union pourrait apprendre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, déplore que les États membres continuent de « se débattre avec le même dilemme : comment réconcilier l'égalité formelle et les mesures positives »<sup>1121</sup>, sous-entendant que la Convention onusienne constituerait une issue. Les dichotomies habituelles sont parfois dépassées par certains auteurs qui parlent d'une « égalité transformative »<sup>1122</sup> pour désigner cette égalité qui impliquerait des mesures de discrimination positive pour atteindre les causes structurelles des inégalités. « La non-discrimination devient discriminatoire, mais comme la finalité demeure celle de l'égalité, on a le sentiment de rester dans le même concept. Il a juste été retourné »<sup>1123</sup>. Certains juges de la Cour européenne des droits de l'Homme expriment clairement leur souhait de voir la discrimination positive découler d'une interprétation extensive de l'article 14 de la Convention<sup>1124</sup>. C'est surtout le droit onusien qui paraît démontrer le plus clairement « la volonté d'agir plutôt qu'attendre et voir venir »<sup>1125</sup> en matière d'égalité. Si l'instauration de traitement différenciés fondés sur l'un des motifs protégés au titre de l'égalité des chances ou de « la pleine égalité » n'est que facultative et dérogoire en droit de l'Union, une partie de la doctrine voudrait voir dans le droit international des droits de l'Homme la source d'une obligation

---

<sup>1121</sup> J. SWIEBEL, « What could the European Union learn from the CEDAW Convention », in I. BOEREFIJN, F. COOMANS, J. E. GOLDSCHMIDT (dir.), *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 61. Librement traduit.

<sup>1122</sup> S. FREDMAN, « Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights », in *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, New York, Intersentia, 2003, pp. 111-115.

<sup>1123</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 59.

<sup>1124</sup> Juge PETTITI, opinion dissidente à l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, n° 20348/92 : « la seule discrimination acceptable au regard de l'article 14 est la discrimination positive, celle qui implique que, pour parvenir à l'égalité des droits par l'égalité des chances, on est conduit dans certains cas à accorder plus de droits aux populations les plus déshéritées » ; Juge Cabral BARRETO, dans l'arrêt *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00 : « l'expression "tous différents, tous égaux" devrait continuer à être le principe directeur de la lutte sans fin contre la discrimination dans le respect de l'article 14 de la Convention dans sa globalité, cette disposition portant aussi bien sur la discrimination négative que, comme dans la présente affaire, sur la discrimination positive » (§ 6).

<sup>1125</sup> G. CALVÈS, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, vol. 117, n° 5, 2001, p. 167.

d'adopter de telles mesures, dès lors que des conditions se trouvent réunies<sup>1126</sup>. Cette approche ne fait pas l'unanimité<sup>1127</sup>. S'il est vrai que le droit international opte pour une logique de complémentarité, parce que les mesures d'action positive ne sont pas dérogoires par rapport au principe d'égalité (A), il est plus délicat de fonder une obligation générale d'adopter de telles mesures sur le fondement du droit international (B).

### ***A) L'absence de rapport dérogoire entre action positive et principe d'égalité***

**363.** « Étant donné la diversité, voire l'inflation d'instruments de lutte contre la discrimination, il est très difficile de broser un portrait unique et homogène des relations existant entre la non-discrimination et l'action positive »<sup>1128</sup>. On peut toutefois tirer d'une étude de certaines conventions générales (1) autant que d'instruments catégoriels (2) que le droit international ne voit pas dans l'action positive une dérogoire.

#### **1- Dans des conventions internationales générales**

**364.** Les deux pactes adoptés au niveau de l'ONU en 1966<sup>1129</sup> sont déjà d'un grand intérêt, bien que l'action positive ou autres mesures assimilables n'apparaisse dans aucun des deux textes. Les travaux préparatoires révèlent que l'interdiction de la discrimination n'avait pas pour objectif d'empêcher les actions positives pour les catégories défavorisées<sup>1130</sup>. Les recommandations et décisions des comités de suivi ont apporté certaines précisions par la suite. Dans le cadre du PIDCP d'abord, le Comité des droits de l'Homme a expliqué que « l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui

---

<sup>1126</sup> U. O'HARE, « Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Law », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 4, 2000, p. 9.

<sup>1127</sup> C. ROMANY, J.-B. CHU, « Affirmative Action in International Human Rights Law: A Critical Perspective of Its Normative Assumptions », *Connecticut Law Review*, vol. 36, 2004, pp. 831-870.

<sup>1128</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1129</sup> Adoptés le 16 décembre 1966 par la résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée Générale des Nations Unies : le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

<sup>1130</sup> Voir U. O'HARE, « Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Law », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 4, 2000, p. 13 ; M. BOSSUYT, J. P. HUMPHREY, *Guide to the « travaux préparatoires » of the International covenant on civil and political rights*, Dordrecht Boston Lancaster, Martinus Nijhoff, 1987, p. 55.

font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte »<sup>1131</sup>. Ce que le Comité établit explicitement est l'absence de rapport dérogatoire entre de telles mesures et le principe d'égalité, « tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte »<sup>1132</sup>.

**365.** La logique est semblable dans le cadre du PIDESC puisque le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît que « les principes de l'égalité et de la non-discrimination ne suffisent pas toujours par eux-mêmes à garantir une véritable égalité. Il peut être nécessaire d'appliquer des mesures temporaires spéciales pour replacer concrètement des personnes ou des groupes défavorisés ou marginalisés au même niveau que les autres »<sup>1133</sup>. Replacer les individus « au même niveau » fait assez clairement référence à l'égalisation des conditions de départ<sup>1134</sup>, à un « processus d'égalisation »<sup>1135</sup> comme en droit de l'Union. Dès sa première observation générale en 1989, le Comité invitait les États à « prendre conscience de la situation réelle et à porter un diagnostic sur cette situation » comme « premier pas vers la concrétisation des droits »<sup>1136</sup>. On retrouve la notion d'égalité des chances indirectement visée dans quelques dispositions du Pacte<sup>1137</sup>. L'interprétation des deux Pactes de 1966 ne voit donc pas les éventuelles actions positives adoptées comme des mesures dérogatoires<sup>1138</sup>.

**366.** L'organisation internationale du travail s'est aussi intéressée de près à la question de la lutte contre les discriminations et a envisagé la possibilité d'adopter des « mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou

---

<sup>1131</sup> CDH, Observation Générale n° 18, 10 novembre 1989, § 10.

<sup>1132</sup> *Ibid.* Dans l'affaire *Guido Jacobs c. Belgique*, Communication n° 943/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 (2004), était en cause le dispositif belge de la loi du 20 juillet 1990 visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes possédant une compétence d'avis, et obligeant « d'avoir au moins 4 candidats de chaque sexe parmi les 11 non-magistrats nommés ». §9.5 : le Comité constate un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif du critère, à savoir la promotion de l'égalité entre hommes et femmes au sein des organes consultatifs, le moyen utilisé et ses modalités ci-dessus détaillés ; et l'un des objectifs essentiels de la loi qui est de disposer d'un Conseil supérieur composé de personnes compétentes ».

<sup>1133</sup> CDESC, Observation générale n° 16, 11 août 2005, E/C.12/2005/4, § 15.

<sup>1134</sup> M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, a perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 158.

<sup>1135</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 42.

<sup>1136</sup> CDESC, Observation générale n° 1, 1989, § 3.

<sup>1137</sup> Voir les articles 7 c) « La même *possibilité* pour tous d'être promus » (souligné par nous) ; Article 13 §2 c) « L'enseignement supérieur doit être *rendu accessible* à tous en pleine égalité » (souligné par nous).

<sup>1138</sup> P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 284 ; A.P. VIJAPUR, « The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept », *India Quarterly, A journal of international affairs*, 1993, p. 91.

culturel » dans la Convention n° 111 dès 1958<sup>1139</sup>. Ces mesures ne sont envisagées que comme une possibilité et la liste des motifs proposée n'est pas limitative. Mais l'article 5 précise clairement que de telles mesures « ne sont pas considérées comme des discriminations ». Au-delà de cette précision toutefois, le rapport entre la non-discrimination et l'action positive n'est pas très clair<sup>1140</sup> et la déclaration sur l'égalité des chances et de traitement pour les travailleuses adoptée en 1975<sup>1141</sup> n'apporte pas beaucoup plus de lumière. L'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 stipule qu'« un traitement spécial positif pendant une période transitoire, visant une égalité effective entre les sexes, ne sera pas considéré comme discriminatoire ».

**367.** La Charte sociale européenne révisée de 1996 dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>1142</sup> garantit, à son article 20, un « droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe ». Les États parties doivent « prendre les mesures appropriées » pour assurer « l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement ». L'égalité des chances et de traitement sont placées sur un même plan, et l'adoption de mesures appropriées est une obligation<sup>1143</sup>. La définition de ces « mesures appropriées » n'est toutefois pas claire et on ne sait pas si des traitements préférentiels pourraient être exigés. Toutefois, « l'audace interprétative »<sup>1144</sup> du Comité européen des droits sociaux lui a permis de découvrir des obligations d'adopter des mesures positives découlant de diverses dispositions combinées avec l'article E interdisant la discrimination dans la Charte sociale. Au bénéfice de certaines minorités ethniques comme les Roms, le Comité n'hésite pas à affirmer que « des mesures d'intervention positives sont nécessaires »<sup>1145</sup>. Le droit européen

---

<sup>1139</sup> Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée par l'OIT le 25 juin 1958.

<sup>1140</sup> Voir E. C. LANDAU, Y. BEIGBEDER, *From ILO Standards to EU Law. The case of equality between Men and Women at Work*, Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2008, p. 225.

<sup>1141</sup> Déclaration adoptée par la Conférence le 25 juin 1975, doc. UN E/CN.6/603.

<sup>1142</sup> Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, STCE n° 35 et Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, STCE n° 163. Tous les États de l'Union européenne ont ratifié l'une des deux versions. (La Croatie, République tchèque, le Danemark, l'Allemagne, le Luxembourg, la Pologne, l'Espagne et le Royaume-Uni n'ont ratifié que celle de 1961).

Voir O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte sociale européenne : Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 192 p.

<sup>1143</sup> Le Comité européen des droits sociaux considère aussi que de telles mesures sont nécessaires. Voir O. de SCHUTTER, « Positive Action under International Law », in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL, *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 797.

<sup>1144</sup> J-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Le Comité européen des Droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *RDP*, n° 3, 2011, p. 685.

<sup>1145</sup> Décision du CEDS, 18 octobre 2006, décision sur le bien-fondé, *CEDR c. Bulgarie*, réclamation n° 31/2005, §§26 et 42. Voir aussi CEDS, 7 décembre 2005, décision sur le bien-fondé, *Centre européen des droits des Roms (ERRC) c. Italie*, réclamation n° 27/2004, §20 ; CEDS, 19 octobre 2009, décision sur le bien-fondé, *Centre européen des droits des Roms c. France*, réclamation n° 51/2008, §47 ; CEDS, 25 juin 2010, décision sur le bien-fondé, *COHRE c. Italie*, réclamation n° 58/2009.

de la Charte sociale dépasse l'idée d'un rapport non-dérogatoire pour ouvrir la voie vers une obligation. De manière bien plus prospective, des auteurs estiment en outre que « les caractéristiques propres des "discriminations positives" ne fournissent aucune justification raisonnable à leur non-obligatorité au sein des États membres du Conseil de l'Europe »<sup>1146</sup> et proposent d'utiliser le Protocole n° 12 de la Convention européenne pour fonder ce caractère obligatoire<sup>1147</sup> qui n'est pas encore reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1148</sup>. Le passage vers un droit à ne pas faire l'objet de discrimination pourrait, selon ces auteurs, justifier « une obligation positive d'adopter des actions positives »<sup>1149</sup>.

**368.** Ces Traités généraux sont en plus complétés par des Conventions d'application catégorielles, au sens où elles ne concernent qu'un seul motif de discrimination. Tous les motifs de discriminations combattus en droit de l'Union européenne font l'objet de conventions spécialisées au niveau de l'ONU, hormis l'orientation sexuelle<sup>1150</sup>.

## **2- Dans des conventions catégorielles**

**369.** L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965<sup>1151</sup> stipule que « 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

---

Pour des explications C. NIVARD, « Le droit au logement combiné avec le principe de non-discrimination », *RDSS*, 2015, p. 241 et C. NIVARD, « Le comité européen des droits sociaux, gardien de l'état social en Europe ? », *Civitas Europa*, vol. 33, n° 2, 2014, pp. 95-109.

<sup>1146</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT *et al.* (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 182.

<sup>1147</sup> *Ibid.* pp. 223 et s.

<sup>1148</sup> Voir § 746.

<sup>1149</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 233.

<sup>1150</sup> Alors qu'aujourd'hui encore, 88 États pénalisent les relations homosexuelles dont neuf par la peine de mort. Au niveau de l'ONU, il n'y a que trois résolutions du Conseil des droits de l'Homme : la résolution du 30 juin 2016, *Protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, A/HRC/RES/32/2 ; la résolution du 2 octobre 2014, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/27/32 et la résolution du 14 juillet 2011, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19.

<sup>1151</sup> Adoptée le 21 décembre 1965 par la résolution 2106 A (XX) de l'Assemblée générale de l'ONU.

répondaient »<sup>1152</sup>. « Ce paragraphe devrait être lu en liaison avec le paragraphe 2 de l'article 2 »<sup>1153</sup>, lequel précise que « les États parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes »<sup>1154</sup>. Il aura fallu un certain temps avant que le Comité de surveillance institué par la convention ne s'empare de la question des mesures spéciales et de leur portée. C'est chose faite depuis 2009 avec la recommandation générale XXXII. Pour compenser peut-être les quarante ans écoulés, le Comité ne s'est pas montré avare en détails. « L'expression "mesures spéciales" désigne aussi des mesures, qui, dans certains pays peuvent être qualifiées de "mesures correctives", d'"actions palliatives" et d'"actions positives" »<sup>1155</sup>. Les « régimes préférentiels »<sup>1156</sup> font bien partie de ces mesures spéciales qui « ne dérogent pas au principe de non-discrimination ; elles en font partie intégrante et constituent un élément essentiel du Projet de la Convention »<sup>1157</sup>.

**370.** Il en va de même pour la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979<sup>1158</sup>, ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne. Son article 1 §4 stipule que « l'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes *n'est pas considérée comme un acte de discrimination* tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints »<sup>1159</sup>. Dans ce cadre aussi, « le Comité considère que l'application de ces mesures n'est pas tant une exception à la règle de la non-discrimination qu'une façon de souligner que les mesures temporaires spéciales font partie intégrante de la stratégie que les États parties doivent adopter »<sup>1160</sup>.

**371.** La Convention relative aux droits des personnes handicapées (« CDPH ») de 2006<sup>1161</sup> est d'autant plus pertinente qu'elle a été ratifiée par l'Union européenne le 23 décembre

---

<sup>1152</sup> Nous soulignons.

<sup>1153</sup> Rapport final présenté par M. BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, §59.

<sup>1154</sup> Pour un commentaire, voir P. THORNBERRY, « Special measures under the Convention », in *The international Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 204-234.

<sup>1155</sup> Comité EDR, Recommandation générale n° 32, 2009, § 12.

<sup>1156</sup> *Ibid.*, § 13.

<sup>1157</sup> *Ibid.*, § 20.

<sup>1158</sup> Adoptée le 18 décembre 1979 par la résolution 34/180 de l'Assemblée générale de l'ONU.

<sup>1159</sup> Nous soulignons. Pour une analyse complète de cette disposition : I. BOEREFIJN, F. COOMANS, J. E. GOLDSCHMIDT (dir.), *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, op. cit.

<sup>1160</sup> Comité CEDAW, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4, § 18.

<sup>1161</sup> Convention adoptée le 13 décembre 2006 par la résolution A/RES/61/106 de l'Assemblée générale de l'ONU.

2010, devenant le premier instrument en matière de droits fondamentaux à laquelle l'Union est Partie. Vu les deux instruments précédents, elle contient sans surprise une disposition qualifiant de non-discriminatoires les « mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées », à son article 5 §4. Elle inscrit en outre parmi ses « principes » celui de l'égalité des chances<sup>1162</sup>. L'ensemble de cette Convention s'impose à l'Union européenne et la Cour de justice doit interpréter le droit dérivé « à la lumière de la Convention de l'ONU »<sup>1163</sup>. On observe d'abord un changement terminologique puisque le terme de mesures spéciales qui prévalait dans les deux Conventions précédentes est remplacé par « spécifiques »<sup>1164</sup>. La « connotation dans le contexte du handicap » du terme « spécial » pourrait expliquer son rejet<sup>1165</sup>. Il ne paraît pas pertinent de vouloir y attacher un sens différent de celui que le Haut-Commissariat a donné en se plaçant bien dans le contexte du « droit international des droits de l'homme » en général<sup>1166</sup>.

372. Enfin, la situation en droit international est un peu différente pour les discriminations fondées sur l'âge qui ne sont pas visées en tant que telles et de manière générale par une convention particulière. Mais l'on peut considérer que la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>1167</sup> est un instrument de protection catégorielle fondée sur l'âge, puisque l'enfant est défini en fonction de celui-ci<sup>1168</sup>. Or, le Comité de surveillance de cette Convention a souligné que « l'application du principe de la non-discrimination dans l'égalité d'accès aux droits ne signifie pas un traitement identique pour tous »<sup>1169</sup>, il est donc « important de prendre des mesures spéciales afin d'éliminer les conditions à l'origine de la discrimination ou d'en réduire l'ampleur »<sup>1170</sup>. Le terme « mesure spéciale » renvoie clairement à celui qui est employé dans

---

<sup>1162</sup> Article 3 e).

<sup>1163</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pt 33 ; CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, pt 59 ; CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, pt 45 ; CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12, pt 68.

<sup>1164</sup> En anglais, « specific measures » remplace « special measures ».

<sup>1165</sup> C'est l'explication donnée par l'association Handicap International, in M. SCHULZE, *Comprendre la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, Rapport Handicap international, 2010, p. 54.

<sup>1166</sup> Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *Document de référence de la Conférence. Le concept des « mesures spéciales » dans le droit international en matière de droits de l'homme*, en ligne.

<sup>1167</sup> Adoptée par la résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, ratification de la France le 7 août 1990.

<sup>1168</sup> L'article premier de la Convention se lit ainsi : « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

<sup>1169</sup> Observation générale n° 5, 2003, § 12.

<sup>1170</sup> *Ibid.* Il renvoie aux « mesures spéciales telles que définies par le Comité des droits de l'homme », dans son observation générale n° 18 de 1989.



les précédentes Conventions, or, il y a une homogénéité dans l'interprétation des notions utilisées par le droit international onusien des droits de l'Homme<sup>1171</sup>.

**373.** L'ensemble de ces Conventions générales et catégorielles ne voient aucune contradiction entre l'objectif de lutte contre les discriminations et les mesures spéciales ou mesures d'action positive<sup>1172</sup>. Cette complémentarité sans cesse mise en avant par les Comités onusiens rend effectivement l'expression de « discrimination positive » comme une contradiction qui « devrait être évitée »<sup>1173</sup>. « Si elles sont temporaires et proportionnées au but poursuivi, les mesures spéciales ne constituent qu'un traitement différencié qui a une justification objective et raisonnable qui n'est donc nullement discriminatoire, au contraire »<sup>1174</sup>. De là à dégager l'existence d'une obligation d'adopter ces mesures du droit international, il n'y a qu'un pas que des auteurs ont envisagé de franchir, en se fondant sur les interprétations audacieuses de certains Comités.

### ***B) La possibilité d'une obligation d'adopter des mesures d'action positive***

**374.** Pour deux motifs que le droit de l'Union européenne prend en compte, le droit international ouvre la possibilité d'obliger les États à adopter des mesures spéciales destinées à compenser les discriminations pour réaliser l'égalité des chances, sur le fondement du sexe (1), et du handicap (2).

#### **1- Sur le fondement du sexe**

**375.** On peut déjà noter que dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'Homme a ouvert la voie avec son observation générale n° 4. Il indiquait que les dispositions du Pacte « n'exigent pas seulement des mesures de protection, mais aussi une *action constructive* visant à assurer la jouissance positive des droits,

---

<sup>1171</sup> Voir W. VANDENHOLE, *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies*, Anvers, Intersentia, 2005, 293 p.

<sup>1172</sup> Voir Comité EDR, Recommandation générale n° 27, 2000, § 28-29 et 41, qui recommande aux États parties l'adoption de mesures spéciales afin de lutter contre les discriminations dont est victime la Communauté Rom.

<sup>1173</sup> Comité EDR, Recommandation générale n° 32, 2009, §12.

F. RADAY, « Article 4 », in M. A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF, *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 131 : « special measures are sometimes characterized as reverse discrimination or positive discrimination and regarded as discriminatory against men. This terminology misinterprets the aim of TSMs [temporary special measures] ».

<sup>1174</sup> L.-A. SICILIANOS, « L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, 2005, p. 899.

ce qui ne peut être réalisé par la simple adoption de lois »<sup>1175</sup>, et particulièrement dans le domaine de l'égalité des sexes où « les États parties doivent non seulement adopter des mesures de protection, mais aussi des mesures positives dans tous les domaines de façon à assurer la réalisation du potentiel des femmes dans une mesure égale par rapport au reste de la population »<sup>1176</sup>.

**376.** Le Comité de suivi de la Convention CEDAW a été encore plus clair dans ce sens, dans sa recommandation sur l'article 4 §1<sup>1177</sup>. Il explique qu'« une approche purement formelle, qu'elle soit juridique ou programmatique, ne peut parvenir à instaurer entre hommes et femmes l'égalité de fait, c'est-à-dire, au sens du Comité, une égalité réelle [...] la Convention exige que les femmes bénéficient de chances égales au départ et d'un environnement propice pour aboutir à l'égalité de résultats »<sup>1178</sup>. Tous les objectifs égalitaires, présentés comme inconciliables en droit de l'Union, sont ici mêlés. L'égalité des chances est abordée comme un moyen de parvenir à l'égalité de résultats, perçue comme une égalité réelle. Par une interprétation contextualisée<sup>1179</sup>, le Comité déduit donc de l'article 4 §1 une « obligation d'adopter et d'appliquer des mesures temporaires spéciales quand ces mesures se révèlent *indispensables* et *appropriées* pour accélérer l'instauration de la pleine égalité »<sup>1180</sup>. On quitte le registre de la simple faculté en matière d'égalité des sexes, au nom de l'égalité des chances, de l'égalité réelle et de la pleine égalité. Ursula O'Hare propose une méthodologie pour déterminer quand le droit international des droits de l'homme pourrait imposer que de telles mesures soient adoptées<sup>1181</sup>. Il faut selon elle que soient réunies les trois conditions suivantes : prouver que le « groupe a historiquement souffert de discriminations », qu'il « existe des conséquences dans le présent de cette discrimination passée, qui entravent la jouissance effective des droits » et enfin, que les mesures proposées permettent effectivement d'y remédier »<sup>1182</sup>. Ces conditions devraient être strictement examinées. Elles paraissent en pratique extrêmement difficiles à manier.

---

<sup>1175</sup> CDH, Observation générale n° 4, *article 3*, 1981, § 2. Nous soulignons.

<sup>1176</sup> CDH, Observation générale n° 28, à *propos de l'article 3 sur l'égalité des droits entre hommes et femmes*, 28 mars 2000, § 3.

<sup>1177</sup> Voir le commentaire de A. FACIO, M. I. MORGAN, « Equity or Equality for Women - Understanding CEDAW's Equality Principles » *Alabama Law Review*, Vol. 60, n° 5, 2009, pp. 1153-1154.

<sup>1178</sup> Comité CEDAW, Recommandation générale n° 25 *concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales*, 1999, § 8.

<sup>1179</sup> Le Comité CEDAW s'est fondé sur l'objectif de la Convention et d'autres dispositions, notamment les articles 6 à 16 qui stipulent que les États parties doivent prendre « toutes les mesures appropriées ».

<sup>1180</sup> Comité CEDAW, Recommandation générale n° 25, *op. cit.*, § 24.

<sup>1181</sup> U. O'HARE, « Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Law », *op. cit.*, p. 9.

<sup>1182</sup> *Ibid.*

377. Dans l'affaire *Marschall*, les autorités allemandes, soutenues par les gouvernements finlandais, néerlandais et autrichien, avaient fait valoir pour défendre le programme d'action positive en cause, que celui-ci devait être interprété à la lumière de l'article 4 §1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes<sup>1183</sup>. L'avocat général Jacobs, dans ses conclusions pour l'arrêt *Marschall*, estimait que les principes posés par cette Convention étaient trop vagues<sup>1184</sup> pour être utiles aux fins de l'interprétation du droit de l'Union<sup>1185</sup> et la Cour ne reprit pas cette question dans son arrêt<sup>1186</sup>. Si la Convention et le travail de son Comité pourraient constituer une source d'inspiration potentielle<sup>1187</sup> pour le législateur et le juge de l'Union, l'existence d'une obligation d'adopter des traitements préférentiels d'action positive soulèverait de grandes difficultés quant à la détermination de sa portée et sa mise en œuvre.

## 2- Sur le fondement du handicap

378. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a consacré une observation générale aux personnes handicapées<sup>1188</sup> dans laquelle il a clairement affirmé que « s'agissant d'un groupe aussi vulnérable et aussi désavantagé », il fallait adopter des mesures visant à « réduire les désavantages structurels et accorder un traitement préférentiel approprié [...] afin d'arriver à assurer la participation pleine et entière et l'égalité, au sein de la société » de ces personnes<sup>1189</sup>. Le Comité CEDAW a également souligné la nécessité de « mesures particulières » en faveur des femmes souffrant de handicap pour favoriser leur « accès égal à l'éducation et à l'emploi, aux services de santé et à la sécurité sociale, et pour faire en sorte qu'elles puissent participer à tous les domaines de la vie sociale et culturelle »<sup>1190</sup>.

---

<sup>1183</sup> Voir les conclusions de l'avocat général M. JACOBS, présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pts 53-54.

<sup>1184</sup> Ce que Ursula O'HARE conteste d'ailleurs avec force, *in* « Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Law », *op. cit.*, p. 22.

<sup>1185</sup> Conclusions de l'avocat général M. JACOBS précitées, pt 55 : « Les dispositions des conventions qui ont été invoquées sont indéniablement vagues : il n'est nullement certain qu'elles englobent le type de mesure préférentielle imposé par la réglementation nationale litigieuse en l'espèce. C'est pourquoi les conventions invoquées ne sont donc d'aucune utilité ».

<sup>1186</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95.

<sup>1187</sup> R. HOLTMAA, C. TOBLER, « CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, n° 4, 2005, p. 401. Voir aussi V. J. SWIEBEL, « What could the European Union learn from the CEDAW Convention », *in* I. BOEREFIJN, F. COOMANS, J. E. GOLDSCHMIDT (dir.), *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, *op. cit.*, pp. 51-62.

<sup>1188</sup> CDESC, observation générale n° 5, *Personnes souffrant d'un handicap*, 1994.

<sup>1189</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>1190</sup> Comité CEDAW, Recommandation générale n° 18, *Les femmes handicapées*, 1991.

**379.** Dans le cadre de la Convention relatives aux droits des personnes handicapées, l'on peut se demander si les mesures spécifiques, qui doivent faire l'objet d'une interprétation homogène par rapport aux mesures spéciales dans les autres Conventions<sup>1191</sup>, pourraient être considérées comme obligatoires dans les mêmes conditions que celles qui visent à assurer l'égalité entre les sexes. L'article 27 de la Convention précise que, en matière de travail et d'emploi, les États garantissent l'égalité en adoptant des mesures pour « favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures »<sup>1192</sup>. Cette formulation ambiguë qui laisse à penser que de tels programmes s'imposeraient dans certains cas, sur lesquels la Convention ne dit mot, n'est guère éclairée par la Cour de justice dans l'arrêt *Milkova* où elle n'aborde pas cette question<sup>1193</sup>.

**380.** Dans le cadre de l'application de la Charte sociale européenne, enfin, le Comité européen des droits sociaux a œuvré activement au bénéfice des personnes handicapées<sup>1194</sup>. Sans imposer explicitement des mesures d'action positive sous forme de traitements préférentiels, le Comité place à la charge des États un nombre important d'obligations positives aux fins de respecter les articles 15 §1 et 17 §1 de la Charte, pris isolément et lus en combinaison avec l'article E<sup>1195</sup>.

**381.** La problématique demeure de la faible normativité du droit international des droits de l'Homme onusien. Son incapacité à « fournir un soutien solide et actif aux initiatives d'action positive nationale et internationale reflète des déficiences normatives et structurelles de l'ensemble du système du droit international des droits de l'Homme »<sup>1196</sup>. Si les prises de position du Comité des droits de l'homme comme du Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes font émerger l'idée d'une obligation d'instaurer des discriminations positives, leur portée n'est pas à surestimer. D'autant plus que ces comités s'en tiennent au domaine de l'égalité entre hommes et femmes, c'est-à-dire celui où le consensus le plus large émerge quant à la nécessité d'adopter des mesures préférentielles.

---

<sup>1191</sup> Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, Document de référence de la Conférence. *Le concept des « mesures spéciales » dans le droit international en matière de droits de l'homme*, en ligne.

<sup>1192</sup> Nous soulignons.

<sup>1193</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 49.

<sup>1194</sup> C. NIVARD, « Le comité européen des droits sociaux, gardien de l'état social en Europe ? », *Civitas Europa*, vol. 33, n° 2, 2014, pp. 95-109.

<sup>1195</sup> CEDS, 4 novembre 2003, décision sur le bien-fondé, *Autisme-Europe contre France*, réclamation n°13/2002 et CEDS, 3 juin 2008, décision sur le bien-fondé, *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, réclamation n° 41/2007.

<sup>1196</sup> C. ROMANY, J.-B. CHU, « Affirmative Action in International Human Rights Law: A Critical Perspective of Its Normative Assumptions », *Connecticut Law Review*, vol. 36, 2004, p. 860.

**382. Conclusion du Chapitre.** Il existe bien « une tendance peu utile à réduire l' "action positive" à certains processus controversés, voire carrément discriminatoires »<sup>1197</sup>. Cette tendance s'explique par l'étude du contentieux de la Cour de justice, devant laquelle seules des mesures de « discrimination positive » ont été examinées. Pourtant, en dehors de ces mesures dérogatoires, l'action positive doit être considérée comme visant des outils protéiformes, destinés à promouvoir l'égalité des chances entre les individus et perfectionner le fonctionnement de la concurrence sans entrave. Des mesures d'incitation, de sensibilisation, d'information, l'organisation de structures d'accueil et d'écoute des personnes victimes de discrimination, sont tout autant des « actions positives » au sens du droit de l'Union, que les traitements préférentiels écartant la règle de l'égalité de traitement.

**383.** Il est néanmoins évident que, dans un système juridique où le principe d'égalité se traduit notamment par une interdiction des discriminations fondées sur certains motifs, quand les situations comparables, c'est l'action positive dans ses formes dérogatoires qui représente l'enjeu le plus considérable en termes de légitimité. De telles différences de traitement, appréhendées « comme des ruptures de l'égalité ou comme des dérogations à l'égalité »<sup>1198</sup>, nécessitent qu'un autre objectif d'importance les justifient. L'égalité des chances occupe cette place particulière de valeur conciliatrice, comme si le principe d'égalité de traitement n'avait pas en lui-même la portée nécessaire pour fonder toutes les mesures d'action positive<sup>1199</sup>. Limitée à des dispositions facultatives adressées aux États membres dans les directives et à quelques dispositions qui pourraient concerner le législateur de l'Union dans les Traités, la mise en œuvre de la dérogation n'est ni homogène ni totalement contrôlable au niveau du juge de l'Union. Elle relève d'une appréciation discrétionnaire des pouvoirs nationaux, de laquelle découle une pratique profondément disparate, qui rend difficile la recherche d'unité de cet outil de lutte contre les discriminations.

---

<sup>1197</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 12.

<sup>1198</sup> E. FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017, mis en ligne le 10 janvier 2017, consulté le 11 juillet 2018.

<sup>1199</sup> Insuffisance que relève aussi J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, p. 59.



## CHAPITRE 2. L'ADOPTION DISCRÉTIONNAIRE DES MESURES D'ACTION POSITIVE

**384.** L'adoption des mesures d'action positive n'étant que facultative, toute assimilation avec les aménagements en faveur des personnes handicapées et des femmes enceintes, accouchées et allaitantes, est infondée. Si « les aménagements et la discrimination positive impliquent, les uns comme l'autre, un traitement différent pour le bénéficiaire, seule la dernière le fait à titre d'exception au principe d'égalité de traitement »<sup>1200</sup>. Au-delà de l'absence d'obligation, l'action positive diverge aussi de l'aménagement par son auteur. Quand l'aménagement est à la charge de l'employeur qui emploie un travailleur handicapé ou une travailleuse enceinte, les mesures d'action positive sont, elles, adoptées ou maintenues par « un État membre »<sup>1201</sup> selon les directives et l'article 157 §4 du TFUE. En cela, elles ressemblent davantage aux « différences de traitement fondées sur l'âge » qui poursuivent un objectif légitime<sup>1202</sup>, aux mesures « nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui », ou encore aux différences de traitement indirectes justifiées et proportionnées. Toutes ont pour point commun d'être adoptées par les États, qui le font à titre facultatif (Section 1).

**385.** Dans la directive 76/207 abrogée, l'article 2 §4 ne réservait pas cette faculté aux États membres, les « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes » ne précisait pas leur auteur. Une telle précision avait sûrement été jugée inutile étant donné que les États membres sont les seuls destinataires des directives. Pour adopter une mesure d'action positive, les institutions européennes auraient eu besoin d'une disposition juridique les y autorisant dans le droit primaire, en vertu du principe d'attribution des compétences<sup>1203</sup>. Une telle disposition n'existait pas à l'époque de la directive 76/207 et d'une

---

<sup>1200</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle, Les actions positives au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, p. 33.

<sup>1201</sup> Article 7 §1 et article 7 §2 qui « 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 » ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 3 de la directive 2006/54 sans la référence au principe d'égalité de traitement ; article 157 §4 TFUE.

<sup>1202</sup> Article 6 §1 de la directive 2000/78.

<sup>1203</sup> Selon lequel toute compétence non expressément attribuée par les États membres à l'Union européenne leur appartient.

Europe sociale encore balbutiante. La situation est toute autre depuis le Traité d'Amsterdam. D'abord, si l'article 157 §4 du TFUE s'adresse bien aux États membres, son paragraphe 3 permet en revanche que 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 ». Sur ce fondement, une activation de la dérogation par les institutions est envisageable en matière d'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi<sup>1204</sup>. La question reste théorique puisque l'Union européenne n'a pas encore fait pleinement usage de cette faculté (Section 2).

## Section 1. La mise en œuvre par les États membres

**386.** Le principe de l'égalité de traitement consacré au niveau du droit de l'Union doit faire – ou devrait faire – l'objet d'une interprétation et application uniformes dans les vingt-huit États membres. Pourtant, « une volonté et une politique jurisprudentielle de maintien des "rapports cordiaux" avec les juridictions nationales »<sup>1205</sup> conduisent parfois la Cour de justice à ne pas se montrer trop hardie sur ce point<sup>1206</sup>. Pour la possibilité de déroger à la règle générale par la voie de l'action positive, ce type de questions « diplomatiques » ne se pose pas réellement puisque la décision d'activer la dérogation appartient entièrement aux États membres. En outre, si l'État décide d'adopter de telles mesures dérogatoires, il dispose d'une large marge d'appréciation quant à la forme idoine qu'elles prendront, étant donné que les directives n'imposent rien sur ce point. Cette affirmation ne doit pas contredire l'existence d'un contrôle des mesures nationales d'action positive par le juge européen, que nous étudierons précisément à la fin de notre travail. Cela signifie que le droit de l'Union ne pose pas de limite *a priori* sur la nature, l'intensité et la forme des mesures envisageables.

**387.** Contrairement à la lutte contre les discriminations directes et indirectes qui constitue la règle générale et une obligation, l'activation de l'action positive est un acte

---

<sup>1204</sup> L'article 23 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux ne mentionne pas non plus les États membres.

<sup>1205</sup> A. ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 607.

<sup>1206</sup> L'exemple pris est celui de l'arrêt CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, dans lequel la Cour a renoncé à examiner le moyen tiré de l'existence d'un traitement identique de situations différentes, pour ne pas contredire le Conseil d'État français trop frontalement. Selon l'avocat général M. M. POIARES MADURO, cela revenait « en fin de compte, à aligner la portée du principe communautaire d'égalité sur celle, moins protectrice, du principe correspondant du droit français », ce qui aboutissait à « aller à l'encontre de l'autonomie du droit communautaire », in Conclusions présentées le 21 mai 2008, aff. C-127/07, pt 27.



discrétionnaire dont l'opportunité est appréciée par les États. Il en découle inévitablement une très grande hétérogénéité de la pratique de l'action positive (§1). Nous étudierons plus précisément la législation française, à titre d'exemple de pratique nationale de l'action positive (§2).

### **§1) L'opportunité de l'action positive appréciée par les États membres**

**388.** « L'"action positive" n'a pas été définie clairement dans la législation ou dans la jurisprudence. À première vue, il n'y a donc pas de limite à ce qui pourrait relever de cette notion, que ce soit d'un point de vue matériel ou d'un point de vue temporel »<sup>1207</sup>. L'activation de l'action positive est discrétionnaire au point qu'un État membre peut parfaitement, sans manquement à ses obligations découlant du droit de l'Union, n'adopter aucune mesure d'action positive dans sa législation. Cette situation est une conséquence tout à fait logique de la répartition des compétences entre Union et États dans le domaine social (A). En observant la pratique des États membres, force est de constater qu'il règne une très grande hétérogénéité des mesures d'action positive entreprises, même s'il n'est pas impossible de dégager quelques traits communs (B).

#### ***A) La conséquence de la répartition des compétences***

**389.** Le Traité d'Amsterdam, ainsi que la Charte des droits fondamentaux, ont changé la répartition des compétences en aménageant une réelle compétence de l'Union dans le domaine de la lutte contre les discriminations. L'article 2 du TUE fait figurer « la non-discrimination » et « l'égalité entre les femmes et les hommes » parmi les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union, l'article 3 §3 lui donne mission de « combattre l'exclusion sociale et les discriminations », l'article 8 du TFUE précise que « pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes », en plus des articles 19 et 157 du TFUE et de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de l'égalité de traitement, en dehors de l'exercice des

---

<sup>1207</sup> Conclusions de l'avocat général M. Michal BOBEK présentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 107. Dans cette affaire pendant *Cresco Investigations*, est en cause la loi autrichienne sur le repos et les jours fériés, adoptée dans les années 1950.

libertés de circulation sur le marché intérieur<sup>1208</sup>, constitue un domaine de compétence partagée, où le recours à l'instrument souple qu'est la directive s'impose (1). Il en résulte que l'Union européenne doit respecter la marge d'appréciation des États, reconnue comme importante en matière sociale (2).

### 1- La compétence partagée de mise en œuvre de l'égalité de traitement

**390.** Au nom du principe de subsidiarité, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres [...], mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »<sup>1209</sup>. « L'Union soutient et complète l'action des États membres [dans le domaine de] l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail »<sup>1210</sup>. Le Conseil « 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 »<sup>1211</sup>. L'acte privilégié par le législateur de l'Union pour mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement depuis 1976 est la directive, cet « acte imparfait, créateur seulement d'obligations dans la personne de l'État destinataire et, en raison de ces deux qualités, devant être transposé »<sup>1212</sup>.

**391.** Dans les directives, de même que dans l'article 23 alinéa 2 de la Charte et l'article 157 §4 du TFUE, les États membres sont systématiquement désignés pour l'adoption ou le maintien des mesures d'action positive. On peut considérer que deux formes d'égalité cohabitent dans le droit primaire depuis le Traité d'Amsterdam, que l'on voit particulièrement nettement dans l'article 157 du TFUE<sup>1213</sup>. Une égalité de traitement purement formelle, symbolisée par l'égalité des rémunérations qui coexiste avec un principe d'égalité dans l'emploi et en dehors, auquel le droit dérivé « pose des dérogations ou exceptions (la norme de droit

---

<sup>1208</sup> Pour cette raison, Sébastien PLATON voit dans le principe de non-discrimination un « principe asymétrique quant à l'importance des motifs de discrimination prohibés », la non-discrimination en raison de la nationalité ayant une « importance structurelle ». In « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 129-131.

<sup>1209</sup> Article 5 §3 du TUE.

<sup>1210</sup> Article 153 du TFUE.

<sup>1211</sup> Article 19 du TFUE.

<sup>1212</sup> F. HERVOUËT, « La directive : Janus juridique parfait ou imparfait ? », *Rev. UE*, 2011, p. 291.

<sup>1213</sup> C'est l'idée développée par Isabelle PINGEL et Pierre PESCATORE dans leur commentaire de l'article 141 TCE, in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Bâle Paris Bruxelles, Helbing Lichtenhahn Dalloz Bruylant, 2010, pp. 1057-1058.

dérivé trace dans son propre mouvement des limites au principe posé par le droit primaire) »<sup>1214</sup>. Ce principe d'égalité-là oscille entre égalité de traitement concrétisée et égalité des chances. Le fait que ce principe d'égalité soit plus concret et cherche à éradiquer les discriminations dans le droit autant que dans les faits<sup>1215</sup>, exige « un moment d'appréciation, presque culturelle, des rôles professionnels, des compétences et qualités supposées »<sup>1216</sup>. L'action positive étant un instrument profondément lié à l'égalité des chances – cette « égalité en cours de construction »<sup>1217</sup> - elle revient aux États membres à titre principal voire même exclusif. En raison des disparités entre les États quant aux discriminations qui se produisent sur leur territoire<sup>1218</sup>, l'identité des catégories discriminées, les causes des inégalités de fait, il est douteux qu'une action « au niveau de l'Union » entière soit plus efficace que des actions nationales, voire même encore plus localisées si les États le souhaitent, au niveau d'une entreprise par exemple. L'égalité de traitement dans les différents domaines où l'Union intervient relève généralement de la mise en œuvre des politiques sociales des États, pour lesquelles l'Union respecte leur marge d'appréciation.

## 2- Le respect de la marge d'appréciation des États en matière sociale

392. La Cour paraît parfois prise entre deux eaux. Si le principe est celui du respect d'une « large marge d'appréciation » reconnue aux États (a), l'activisme de la Cour aux racines anciennes en ce qui concerne le principe général d'égalité de traitement<sup>1219</sup> prend exceptionnellement le dessus (b).

### *a- Le principe de la « large marge d'appréciation »*

393. « Toute action positive se caractérise par la reconnaissance aux autorités administratives (services sociaux, administration du travail, services éducatifs, offices de logement, employeurs publics etc.) et aux personnes privées (employeurs, bailleurs,

---

<sup>1214</sup> *Ibid.*, p. 1057.

<sup>1215</sup> S. PLATON, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 146-148.

<sup>1216</sup> I. PINGEL, P. PESCATORE, *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, *op. cit.*, p. 1058.

<sup>1217</sup> *Ibid.*

<sup>1218</sup> Arnaud HAQUET écrit que « le rôle de la femme est apprécié différemment dans les États européens de culture protestante et dans les États méditerranéens », *in* « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*

<sup>1219</sup> S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 99 : « La Cour manie l'arme de l'égalité de façon incisive, y compris dans des hypothèses dans lesquelles le litige se situe aux confins de la sphère d'influence du droit de l'Union européenne ». Il utilise l'exemple de l'arrêt CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98.

associations etc.) d'un important pouvoir d'appréciation des situations individuelles »<sup>1220</sup>. À ce sujet, la Cour de justice a constamment rappelé que « les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix [...] de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et d'emploi »<sup>1221</sup>. L'auteur national de l'action positive, quel qu'il soit, dispose donc d'une large marge d'appréciation. Que ce soit *a priori* dans le choix de l'action à mettre en œuvre et *a posteriori* dans le contrôle mis en place par le juge. Laurence Burgorgue-Larsen parle de « l'extrême prudence des juges qui font tout pour ne pas dépasser la ligne rouge, celle de la volonté des représentants du peuple considérée comme plus légitime à l'heure de déterminer le sens des politiques publiques et notamment des politiques sociales »<sup>1222</sup>. Dans l'arrêt *Milkova*, la Cour parle bien du « pouvoir discrétionnaire »<sup>1223</sup> des États pour maintenir ou adopter des mesures fondées sur l'article 7 §2 de la directive 2000/78.

**394.** Toutefois, étant donné l'inscription de plus en plus importante de l'égalité des chances dans le droit primaire et dérivé, on peut se demander si la place de l'action positive ne pourrait pas être amenée à changer.

*b- Les cas exceptionnels d'« activisme » judiciaire*

**395.** La Cour a déjà utilisé le respect du principe général d'égalité de traitement pour passer en force même face au respect de certains impératifs d'ordre procédural. L'arrêt *Mangold* de 2005<sup>1224</sup> en a constitué un exemple retentissant. Était en cause une mesure législative allemande destinée à avantager les seniors sur le marché du travail. Elle consistait en l'abaissement du seuil d'âge à partir duquel un contrat de travail à durée déterminée pouvait être conclu par préférence à un contrat à durée indéterminée, sans que l'employeur n'ait besoin de justifier ce choix par une « raison objective ». L'âge avait été abaissé de 60 à 58 ans en 2000 puis de 58 ans à 52 ans en 2002<sup>1225</sup>. L'objectif était d'inciter par ce biais les employeurs à embaucher des seniors, pour lutter contre l'exclusion dont ils sont particulièrement victimes dans le contexte de crise économique et sociale<sup>1226</sup>. L'une des questions posées était celle de

---

<sup>1220</sup> R. HERNU, « Le juge communautaire », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 281.

<sup>1221</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, O., C-432/14, pt 30. Voir le commentaire d'E. AUTIER, « Le législateur français n'a pas dépassé les limites de sa marge d'appréciation pour la prime de précarité des jeunes », *Dalloz Actualités*, 28 octobre 2015.

<sup>1222</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Les paradoxes de la justice sociale », in *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, p. 196.

<sup>1223</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 52.

<sup>1224</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

<sup>1225</sup> *Ibid.*, pts 26-27.

<sup>1226</sup> *Ibid.*, pt 59.

l'applicabilité de l'article 6 §1 de la directive 2000/78 pour justifier un tel dispositif. La mesure n'est donc pas examinée au regard de l'article 7 §1 permettant l'action positive, toutefois, l'on peut considérer que la législation allemande aurait pu être examinée sous ce prisme. L'objectif est d'instaurer une « différence de traitement directement fondée sur l'âge »<sup>1227</sup> afin d'avantager une catégorie d'individus, définie par son âge, subissant des désavantages sur le marché du travail, que les autres ne subissent pas ou moins. On voit bien comment se recourent ici les articles 6 §1 et 7 §1 pour le motif de l'âge.

**396.** Au-delà de la question de la marge d'appréciation de l'autorité nationale pour poursuivre un objectif de politique sociale, se posait la question du contrôle de la mesure en lui-même. L'Allemagne avait en effet fait valoir que le délai de transposition de la directive n'était pas expiré à la date de conclusion du contrat litigieux au principal, le requérant n'était donc pas fondé à s'en prévaloir. La Cour évacue rapidement cet argument d'ordre procédural<sup>1228</sup>. Elle affirme que « le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autres mesures spécifiques de mise en œuvre »<sup>1229</sup>.

**397.** Il nous faut insister sur deux points essentiels. D'abord, la Cour utilise le principe général d'égalité de traitement pour faire passer en force l'application de la directive 2000/78 dans ses dispositions précises. La conséquence est que le délai de transposition de la directive est ignoré et que le juge national doit écarter « toute norme nationale contraire, y compris dans des rapports horizontaux »<sup>1230</sup>. « L'absence d'effet direct horizontal de la directive se trouve ainsi palliée par le recours à un principe général du droit communautaire »<sup>1231</sup>. Ce principe général, qui « implique une obligation précise et inconditionnelle »<sup>1232</sup> permet de faire respecter par anticipation jusqu'à l'article 6 §1 de la directive 2000/78 qui le met en œuvre. Pour cette raison,

---

<sup>1227</sup> *Ibid.*, pt 57.

<sup>1228</sup> *Ibid.*, pt 66 et s. : « pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ». Ce principe a été déjà dégagé dans CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C-129/96.

<sup>1229</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, *op. cit.*, pt 76.

<sup>1230</sup> A. ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 599.

<sup>1231</sup> O. LECLERC, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.*, 2006, p. 557.

<sup>1232</sup> E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 247.

l'arrêt a été abondamment commenté, souvent de manière critique<sup>1233</sup>, notamment sur l'activisme excessif dont aurait fait preuve la Cour<sup>1234</sup>, au détriment de la rigueur de l'interprétation.

**398.** Il est particulièrement intéressant que, parmi les dispositions qui découlerait de ce principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, se trouvent les actions positives. « Les discriminations positives sont, dans l'esprit de la Cour, parmi les mesures prioritaires pour les États afin de parvenir à une égalité substantielle »<sup>1235</sup>. Étant donné que le principe de non-discrimination en fonction du sexe<sup>1236</sup> et en fonction de la religion ou des convictions<sup>1237</sup>, sont aussi perçus comme des principes généraux particulièrement fondamentaux, doit-on considérer que l'action positive fait partie des dispositions en découlant ? Cette lecture correspond peu à l'esprit des directives où l'action positive, comme l'article 6 §1 pour l'âge, sont des régimes dérogatoires. La conséquence dans l'arrêt *Mangold* de cette application « anticipée »<sup>1238</sup> de la directive 2000/78 est loin d'être anecdotique. En définitive, le dispositif d'action positive démocratiquement adopté en Allemagne est jugé invalide en raison de son caractère excessif par rapport à l'objectif poursuivi<sup>1239</sup>. Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, appelé à examiner la décision du juge national tirant les conséquences de la réponse donnée par la Cour dans l'affaire *Mangold*<sup>1240</sup> au regard de la loi fondamentale, « opte pour la coopération loyale »<sup>1241</sup> et déclare le recours infondé.

**399.** Sur le fondement du handicap également, la Cour n'hésite pas à se servir du principe général de l'égalité de traitement, en l'occurrence pour invalider une « aberration du droit bulgare »<sup>1242</sup> qui échappait au champ d'application de la directive 2000/78, à l'occasion de l'arrêt *Milkova*<sup>1243</sup>. La réglementation en cause accordait une protection spéciale aux salariés handicapés mais aucune protection équivalente n'existait pour les fonctionnaires. Au-delà de

---

<sup>1233</sup> O. DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G*, 2006, pp. 1295-1297 ; D. MARTIN, « L'arrêt Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire ? », *Journal des tribunaux du travail*, n° 941, 2006, pp. 109-116.

<sup>1234</sup> A. MASSON, C. MICHÉAU, « The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy », *European Public Law*, vol. 13, n° 4, 2007, pp. 587-593.

<sup>1235</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>1236</sup> CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, C-149/77, pt 27.

<sup>1237</sup> CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, pts 76 et s.

<sup>1238</sup> S. PLATON, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 145.

<sup>1239</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, *op. cit.*,

<sup>1240</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 6 juillet 2010, *Zweiten Senats*, 2 BvR 2661/06.

<sup>1241</sup> F. ZAMPINI, « La Cour constitutionnelle face à l'arrêt Mangold : le Bundesverfassungsgericht opte pour la coopération loyale et la déférence nécessaire », *Constitutions*, 2010, p. 525.

<sup>1242</sup> A. BOUJEKA, « Pas d'égalité de traitement à géométrie variable entre le salarié handicapé et le fonctionnaire handicapé en droit de l'Union », *D.*, n° 28, 2017 p. 1644.

<sup>1243</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*

l'aspect légitime de l'action positive prévue pour les salariés au regard de l'article 7§2, interprété à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées<sup>1244</sup>, la différence de traitement entre salariés et fonctionnaires ne regarde pas la directive. C'est tout naturellement que la Cour se tourne vers le principe général d'égalité de traitement, tel que consacré par les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, « qui exige 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 »<sup>1245</sup>. La différence de traitement instaurée par le droit bulgare était injustifiable et inopportune, la Cour ne pouvait l'ignorer en raison de l'inapplicabilité de la directive 2000/78.

**400.** L'article 7 §2 s'oppose ainsi « à une réglementation d'un État membre telle que celle en cause au principal. Le régime applicable aux travailleurs salariés handicapés, favorisés par le régime en vigueur, serait donc le seul système de référence valable »<sup>1246</sup>. « La Cour de justice ne se contente pas ici de tracer la ligne de conduite à suivre par le juge national dans son appréciation du caractère discriminatoire ou non de la législation bulgare en cause. Le juge de l'Union anticipe l'issue concrète du litige au cas où constatation serait faite que la fonctionnaire bulgare requérante a été moins bien traitée qu'un salarié tout aussi handicapé qu'elle »<sup>1247</sup>. L'égalité doit être non seulement verticale, c'est-à-dire au sein d'une même entreprise pour une même catégorie de travailleurs, mais aussi horizontale, entre entreprises et entre catégories de travailleurs. Une mesure d'action positive ne doit pas avoir pour but de favoriser une partie seulement des personnes concernées par un motif de discrimination en créant une nouvelle injustice. « Le fait que les actions positives de l'article 7 de la directive 2000/78/CE relèvent de décisions discrétionnaires des États membres ne fait pas obstacle à une telle obligation »<sup>1248</sup>.

**401.** L'action positive n'est valide que si elle repose effectivement sur l'un des motifs protégés par les textes européens, pris dans son ensemble. Cet arrêt est indiscutablement porteur de potentialités<sup>1249</sup>. L'analyse croisée de l'article 7 §2 de la directive et du principe général d'égalité de traitement permet de faire timidement émerger une obligation d'étendre une mesure

---

<sup>1244</sup> Voir § 340.

<sup>1245</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pt 55.

<sup>1246</sup> *Ibid.*, pt 69.

<sup>1247</sup> A. BOUJEKA, « Pas d'égalité de traitement à géométrie variable entre le salarié handicapé et le fonctionnaire handicapé en droit de l'Union », *D.*, 2017, p. 1644.

<sup>1248</sup> L. DRIGUEZ, « Mesures positives en faveur des travailleurs handicapés », *Europe*, n° 5, mai 2017, comm. 198.

<sup>1249</sup> Il a pourtant été très peu commenté. Voir L. DRIGUEZ, « Mesures positives en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.* L'auteure estime aussi que « le présent arrêt mérite attention car il propose une interprétation très intéressante du droit de l'Union ».

nationale d'action positive fondée sur le handicap. Toutefois, il n'est pas à exclure que l'État bulgare n'envisage une autre voie : faire disparaître totalement l'action positive en faveur des salariés, ainsi serait rétablie le respect du principe d'égalité de traitement.

**402.** La Cour de justice paraît parfois un peu tiraillée entre l'exigence liée à la répartition des compétences au sein de l'Union, qui l'invite à la modération dans son contrôle, et un certain activisme quand il s'agit de veiller au respect du principe de l'égalité de traitement, dans une vision de plus en plus extensive de ce que celui-ci impose aux États. La Cour de justice n'est pas la seule à connaître de telles difficultés, la Cour européenne des droits de l'Homme est parfois aux prises avec les mêmes contradictions<sup>1250</sup>. D'un côté, elle ne cesse de rappeler 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 »<sup>1251</sup> et d'expliquer sa méthode pour déterminer l'étendue de cette marge d'appréciation, « selon les circonstances, les domaines et le contexte »<sup>1252</sup> mais également selon l'existence de « consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre »<sup>1253</sup>. De l'autre côté, elle estime que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement »<sup>1254</sup>. Sur la mise en place de discrimination positive, la Cour européenne a pu par exemple considérer que le « développement de la parité dans les vies professionnelles des hommes et des femmes est un processus graduel au sujet duquel les autorités nationales sont les mieux placées pour émettre une appréciation »<sup>1255</sup>.

**403.** Face à ces difficultés, la Cour de justice de l'Union préfère parler parfois « d'une marge d'appréciation *raisonnable* en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale

---

<sup>1250</sup> Voir F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3.

<sup>1251</sup> CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 126 ; CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 42.

<sup>1252</sup> CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 40.

<sup>1253</sup> CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 126 ; CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, § 28 ; CEDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, 65900/01, §§ 63-64 ; CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli*, n° n° 29865/96.

<sup>1254</sup> CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 127 ; CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, § 27.

<sup>1255</sup> CEDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, 65900/01, § 63. Ainsi Jean-François FLAUSS estime que « l'application de la conventionnalité des mesures de discrimination positive sera avant tout fonction de la marge d'appréciation concédée aux Etats ». In « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 415.



et les modalités concrètes de leur réalisation »<sup>1256</sup>, afin d'annoncer qu'elle n'hésitera pas à contrôler l'opportunité de la mesure en cause. L'équilibre reste incertain et surtout imprévisible. Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche écrivent que « la marge concédée par le juge lui-même, [est] une sorte d'autolimitation de ses propres pouvoirs normatifs » mais également que « le propre de l'internationalisation du droit [...] est d'avoir introduit [...], avec la notion de marge "nationale" d'appréciation, à la fois la reconnaissance de la diversité des systèmes de droit et la possibilité d'un droit commun »<sup>1257</sup>. L'action positive fait partie des directives et du droit primaire qui s'appliquent uniformément, mais elle n'est qu'une faculté qui, si elle est activée, relève de la politique sociale des États. La construction d'un « droit commun » à l'égalité de traitement se heurte sur le terrain du contrôle de l'action positive aux diversités des politiques sociales des États membres.

**404.** C'est le paradoxe fondamental de l'action positive en droit de l'Union. Face au principe d'égalité de traitement, elle est une dérogation, face au principe d'égalité des chances, elle est un outil de mise en œuvre. Comment peut-on, dans le même temps, déroger et mettre en œuvre l'égalité ? « Que le recours à l'action positive reste facultatif pour les États membres est le signe d'une réticence du législateur européen à imposer des efforts trop contraignants aux États, et en définitive aux entreprises, pour promouvoir une égalité substantielle »<sup>1258</sup>. Il en découle une multiplicité des voies empruntées par les États qui adoptent des mesures d'action positive.

### ***B) Les multiples voies de l'action positive***

**405.** Des travaux ont été consacrés à la discrimination positive ou à l'action positive dans le contexte d'États membres en particulier<sup>1259</sup>. Ils intègrent souvent le droit de l'Union

---

<sup>1256</sup> CJCE, 26 septembre 2000, *Kachelmann*, C-322/98, pt 30. Voir également : CJCE, 6 avril 2000, *Jorgensen*, C-226/98, pt 41 ; CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 63 ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, pt 38.

<sup>1257</sup> M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 4, octobre-décembre 2000, p. 754. Voir aussi E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 480 p.

<sup>1258</sup> J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 60.

<sup>1259</sup> En droit français : D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 555 p. ; S. BARLES, *Les mesures positives (actions et discriminations positives) en droit français ou l'insertion de politiques publiques différenciées au sein de l'universalisme républicain*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de F. DEMICHEL, Université Paris

européenne de manière secondaire, dans une démarche inversée à celle qui est la nôtre. Il ne sera guère possible d'étudier exhaustivement ici toutes les législations des États membres et de proposer une analyse systématique de l'activation de l'action positive. Tel n'est d'ailleurs pas le but de notre étude. Toutefois, en nous intéressant aux actions positives adoptées par les États membres<sup>1260</sup>, nous remarquons plusieurs éléments. D'abord, il y a une très grande diversité de la pratique de l'action positive à maints égards (1). Sur le fondement de certains motifs néanmoins, elles sont largement répandues et certaines formes d'action positive sont adoptées dans plusieurs États de manière très similaire. Cette convergence s'observe particulièrement sur la pratique des quotas (2).

### 1- La pratique variable de l'action positive

**406.** Tout d'abord, une divergence existe « entre les États membres quant aux motifs de discrimination pour lesquels l'action positive était autorisée »<sup>1261</sup>. Ensuite, les mesures effectivement adoptées sont extrêmement diversifiées. Entre l'instauration de places de garderie réservées aux fonctionnaires féminins au travail aux Pays-Bas<sup>1262</sup> ; l'accès facilité à des concours de la fonction publique pour les veuves non remariées en France<sup>1263</sup> ; l'admission prioritaire des candidats ayant effectué un service militaire ou civil obligatoire – les hommes en pratique – en Allemagne<sup>1264</sup> ; les différences dans l'octroi de bonifications pour le départ à la retraite réservées aux mères<sup>1265</sup> ou l'interdiction du travail de nuit pour les travailleuses afin de

---

VIII, 2002 ; F. DAVID, *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de M. BORGETTO, Université de Poitiers, 2001.

Dans d'autres États membres : G. GALIZZI, B. SIBONI, « Positive action plans in Italian universities: does gender really matter? », *Meditari Accountancy Research*, Vol. 24, n° 2, 2016, pp. 246-268 ; A. J. STOCK, « Affirmative Action : A German Perspective on the Promotion of Women's Rights with Regard to Employment », *Journal of Law and Society*, Vol. 33, n° 1, 2006, pp. 59-73 ; J. H. GERARDS, « Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation », *Maastricht Journal European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 291 ; L. VICKERS, « Celebrating Diversity – The Implementation of the European Non-Discrimination Directives in the UK », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 279.

Pour des travaux plus globaux : G. GERAPETRITIS, *Affirmative action policies and judicial review worldwide*, Cham Suisse, Springer, 2016, 259 p. ; T. SOWELL, *Affirmative action around the world. An empirical study*, New Haven, Yale University Press, 2004, 239 p.

<sup>1260</sup> Voir The European Network of Equality Bodies, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, Bruxelles, 2014, 57 p.

<sup>1261</sup> Voir *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive. Etude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique du Sud*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, pp. 33 et s. Seuls « l'Autriche, l'Irlande et le Royaume-Uni ont prévu des dispositions autorisant l'action positive pour tous les motifs ».

La Hongrie autorise aussi la discrimination positive pour tous les motifs, voir Article 8 et 11 du *Act CXXV on Equal Treatment and the Promotion of Equal Opportunities* de 2003.

<sup>1262</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

<sup>1263</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03.

<sup>1264</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99.

<sup>1265</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99.

protéger leur sécurité et leur santé en France<sup>1266</sup> ; l'obligation de consulter un inspecteur du travail avant de licencier un travailleur handicapé en Bulgarie<sup>1267</sup> ; l'octroi d'un jour férié payé pour les travailleurs de certaines confessions religieuses en Autriche<sup>1268</sup> ; la disparité des actions positives se révèlent déjà au travers des questions préjudicielles portées à l'attention de la Cour de justice.

**407.** Toutes ces mesures sont des discriminations positives, dans le sens où elles dérogent à l'obligation de traiter pareillement des situations comparables, mais en dehors de ce point commun, c'est l'hétérogénéité qui l'emporte. L'on peut toutefois retrouver une certaine convergence sur le fondement de l'âge et du handicap, la pratique de tarifs préférentiels réservés à la fois aux personnes handicapées, aux jeunes et aux seniors, dans le domaine de l'accès aux biens et services étant tout à fait généralisée en Europe.

**408.** Sur le fondement de la race ou l'origine ethnique, on peut noter que « deux groupes cibles de la discrimination positive émergent plus particulièrement : d'une part, les minorités nationales ; d'autre part, les communautés issues de l'immigration – dites aussi "nouvelles minorités" »<sup>1269</sup>. Les États d'Europe de l'Est ont développé des programmes d'action positive destinées à améliorer la situation des Roms, minorité particulièrement discriminée dans ces pays et en Europe en général. Dans la déclaration de Strasbourg sur les Roms de 2010, le Conseil de l'Europe le rappelait avec force<sup>1270</sup>, mettant en place un plan d'action commun<sup>1271</sup> pour améliorer leur situation sur le continent. Les résultats de l'enquête réalisée l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>1272</sup> dans onze États membres<sup>1273</sup> révèlent par exemple que « près de 90 % des Roms interrogés vivent dans un ménage ayant un revenu équivalent en dessous du seuil national de pauvreté »<sup>1274</sup>. Une grande partie d'entre eux déclarent avoir souffert de discriminations<sup>1275</sup>. Pour tenter d'y remédier, le ministère du travail hongrois finance « de nombreux programmes ayant pour but de faciliter l'insertion et la

---

<sup>1266</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89.

<sup>1267</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15.

<sup>1268</sup> Affaire pendante *Cresco Investigation*, C-193/17.

<sup>1269</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, op. cit., pp. 14-15.

<sup>1270</sup> Réunion à haut niveau du Conseil de l'Europe sur les Roms, Strasbourg, 20 octobre 2010, « Déclaration de Strasbourg sur les Roms », CM(2010)133 final, § 1.

<sup>1271</sup> Plan d'action thématique sur l'intégration des Roms et des Gens du voyage (2016-2019), approuvé par les Délégués des Ministres lors de leur 1249<sup>e</sup> réunion (2-3 mars 2016)

<sup>1272</sup> *La situation des Roms dans 11 États membres de l'UE - Les résultats des enquêtes en bref*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013, 31 p.

<sup>1273</sup> Bulgarie, République tchèque, Espagne, Grèce, France, Hongrie, Italie, Pologne, Portugal, Roumanie et Slovaquie.

<sup>1274</sup> *La situation des Roms dans 11 États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 12.

<sup>1275</sup> *Ibid.*, p. 27 : « Les chiffres vont de plus de 25 % en Roumanie à environ 60 % en Grèce, en Italie, en Pologne et en République tchèque ».

réinsertion de travailleurs roms sur le marché du travail »<sup>1276</sup>. En Lituanie, « le plan stratégique d'activités abrégé du département des minorités nationales et des Lituanien expatriés » de 2005 « vise à renforcer l'intégration des Roms dans la société lituanienne »<sup>1277</sup>. La République tchèque a mis en place des mesures pour aider les étudiants Roms, par l'octroi de subventions publiques particulières. Il s'agit de mesures d'action positive plus ou moins souples.

409. Dans la période récente et dans plusieurs États européens, « la question de la discrimination positive en matière d'emploi a été abordée sous l'angle de la diversité »<sup>1278</sup>, encouragée par l'Union européenne<sup>1279</sup>. La diversité est « l'admission de la présence de groupes perçus comme minoritaires aux côtés de personnes représentant une population majoritaire ou dominante »<sup>1280</sup>. Le Danemark a opté pour un quota entre 2005 et 2007, imposant que les fonctionnaires ayant des « antécédents ethniques minoritaires » représentent 4% des employés. Le *Equality Act* de 2010 au Royaume-Uni<sup>1281</sup> contient un chapitre dédié à l'action positive<sup>1282</sup>, dans les domaines des différentes directives du droit de l'Union et pour tous les motifs. Il est précisé que de telles mesures peuvent être adoptées lorsqu'une autorité considère que « les personnes présentant une caractéristique protégée subissent un désavantage en raison de cette caractéristique », qu'elles « ont des besoins différents des personnes qui n'ont pas cette caractéristique » ou que leur « participation à une activité est basse de manière disproportionnée »<sup>1283</sup>. Les mesures adoptées doivent avoir pour but de remédier à ces trois situations. L'habilitation est donc extrêmement vaste et floue. Le *Race Relations Amendment Act* de 2000 contenait des dispositifs souples pour faciliter l'accession des minorités raciales à des postes de responsabilité, notamment en imposant des règles de transparence des processus de nomination, avec un suivi annuel<sup>1284</sup>. En Suède, la promotion de la diversité ethnique est l'un des objectifs d'une réglementation de 1991<sup>1285</sup> ; en Hongrie, une loi qui prohibe la

---

<sup>1276</sup> M. de VOS, *Au delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 42.

<sup>1277</sup> *Ibid.*

<sup>1278</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, op. cit., p. 69.

<sup>1279</sup> Voir la campagne « Pour la diversité. Contre les discriminations » lancée par la Direction générale de la justice et des consommateurs (DG Just) de la Commission européenne en 2012.

<sup>1280</sup> S. ROBIN-OLIVIER, F. GUIOMARD, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts », in *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 5.

<sup>1281</sup> Pour des commentaires sur l'ancien *Race Relations Act* de 1976, abrogé par le *Equality Act*, de C. BARNARD, S. DEAKIN, C. KILPATRICK, « Equality, Non-Discrimination and the Labour Market in the UK » *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, n° 2, 2002, pp. 133-134.

<sup>1282</sup> Part 11, Chapter II de l'*Equality Act* de 2010.

<sup>1283</sup> *Ibid.* Librement traduit.

<sup>1284</sup> Voir D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 170.

<sup>1285</sup> *Equal Opportunities Act* du 30 mai 1991, *Svensk författningssamling*, 1991-06-07, n° 433, pp. 1-8.

discrimination sur le fondement de vingt motifs<sup>1286</sup> autorise la « discrimination positive »<sup>1287</sup>, notamment sur le fondement de l'origine raciale, ethnique et de la religion. La loi italienne transposant la directive 2000/43 n'autorise pas les actions positives sur le fondement de la race et l'origine ethnique<sup>1288</sup>. La France, comme nous le verrons, n'autorise pas non plus de telles mesures<sup>1289</sup>. Il y a sur le fondement de la race et l'origine ethnique d'importantes différences entre les États membres, ne serait-ce que dans la possibilité de fonder des actions sur ce motif.

## 2- La pratique convergente des quotas imposés

410. Plusieurs États ont fait le choix de la technique du quota, dispositif d'action positive fortement dérogatoire, comme en témoigne un certain nombre d'arrêts de la Cour de justice<sup>1290</sup>. Alors même que « l'inclusion des femmes dans la catégorie des groupes dominés ne va pas de soi »<sup>1291</sup>, le motif du sexe est celui pour lequel les États ont instauré les dispositifs les plus contraignants, de même que pour le handicap<sup>1292</sup>. Des quotas de sexe, variant de 30 à 40% dans les organes d'administration des sociétés cotées ou grandes sociétés ont été imposés avec des sanctions en Belgique, en France, et en Italie<sup>1293</sup> ; en Allemagne, aux Pays Bas, en Espagne, et au Royaume-Uni de tels quotas existent mais ils sont pour l'heure incitatifs. Certains États ont également opté pour les quotas afin d'accroître la représentation des femmes dans les élections<sup>1294</sup>, la fonction publique<sup>1295</sup> ou certains emplois<sup>1296</sup>. Des tentatives ont plus rarement émergé dans le domaine de l'éducation, sans succès<sup>1297</sup>.

---

<sup>1286</sup> Act CXXV on Equal Treatment and the Promotion of Equal Opportunities, 2003, article 8.

<sup>1287</sup> Article 11 de la loi précitée.

<sup>1288</sup> Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n° 215 Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, Gazzetta Ufficiale n. 186, 12 août 2003.

<sup>1289</sup> 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, JORF n°0 123 du 28 mai 2008, p. 8801, texte n° 1.

<sup>1290</sup> Concernant l'Allemagne : CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97. Concernant la Suède : CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98.

<sup>1291</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 12.

<sup>1292</sup> The European Network of Equality Bodies, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, Bruxelles, 2014, pp. 4-5

<sup>1293</sup> A. ZANARDO, « Achieving Gender Balance in Corporate Boards: The Italian Experience », *European Company Law*, vol. 10, n° 3, 2013, p. 109.

<sup>1294</sup> Pologne, Slovaquie, Portugal, Serbie, Italie, France, Royaume-Uni.

<sup>1295</sup> Les arrêts CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95 et CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 : concernaient la fonction publique allemande. L'arrêt CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98 concernait l'emploi dans la fonction publique suédoise.

<sup>1296</sup> Loi belge du 20 juillet 1990 visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes possédant une compétence d'avis : « chaque instance chargée de présenter les candidatures est tenue de présenter, pour chaque mandat, la candidature d'au moins un homme et une femme ».

<sup>1297</sup> La Pologne avait tenté d'instaurer un quota de 50 % d'hommes à l'entrée à l'université de médecine.

411. Concernant l'intégration des personnes en situation de handicap, l'Allemagne, la France, l'Autriche, l'Irlande ont instauré des quotas d'emploi rigides de travailleurs handicapés, dépendant du nombre de salariés de l'entreprise. Le Luxembourg, l'Italie, l'Espagne<sup>1298</sup>, la Belgique, la Suède, la Hongrie, la Slovaquie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Serbie ont également imposé des quotas liés au handicap dans le domaine de l'emploi<sup>1299</sup>, assortis d'amendes en cas de non-respect.

412. Enfin, nous devons signaler une spécificité, aujourd'hui disparue, dans le recrutement des forces de police en Irlande du Nord, au Royaume-Uni. Selon le *Police (Northern Ireland) Act* de 2000, abrogé en 2011, les forces de police devait être composées pour moitié de « personnes qui sont considérées comme Catholiques » et pour moitié de « personnes qui ne sont pas considérées comme telles »<sup>1300</sup>. En d'autres termes, pour chaque personne protestante ou de toute autre religion recrutée, une personne catholique devait l'être, le quota consistait donc à imposer 50 % de policier catholiques. Malgré une pratique des quotas plutôt convergente, cet exemple montre que la spécificité de chaque contexte national ou local peut amener les États à une action positive tout à fait unique<sup>1301</sup>. Les graves inégalités en Irlande du Nord entre catholiques et protestants ont justifié ce traitement préférentiel dans une forme très rigide<sup>1302</sup>, accompagné d'autres mesures d'action positive plus souples dans l'emploi en général<sup>1303</sup>. Ces mesures, même si elles ont disparu aujourd'hui étant donné les progrès accomplis, ont justifié, par anticipation des éventuels problèmes de compatibilité, un régime particulier dans la directive 2000/78. Son article 15<sup>1304</sup> explicite la validité de ces actions positives irlandaises, en précisant qu'elles « ne constituent pas une discrimination ».

---

<sup>1298</sup> Le décret-loi royal 1/2013 du 29 Novembre confirme l'obligation d'emploi pour les entreprises publiques et privées qui emploient un nombre égal ou supérieur à 50 salariés, d'employer au moins 2 pour 100 de personnes handicapées.

<sup>1299</sup> The European Network of Equality Bodies, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, Bruxelles, 2014, p. 36.

<sup>1300</sup> *Police (Northern Ireland) Act* 2000, « *Temporary provisions concerning composition of the police* ».

<sup>1301</sup> Pour une synthèse, voir : R. MUTTARAK, A. HEATH, H. HAMILL, C. MCCRUDDEN, *Enforcing Affirmative Action in Northern Ireland Employment: Comparing the effects of Agency negotiation, NGO Activism and Litigation*, Rapport technique, 2015, 45 p. (en ligne).

<sup>1302</sup> Voir The European Network of Equality Bodies, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, *op. cit.*, pp. 51-55.

<sup>1303</sup> *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998*, SI 3162 (NI 21), l'Article 55(2) impose aux entreprises de plus de 10 salariés d'assurer une participation équitable des catholiques et des protestants, en cas de défaut, ils sont tenus de mettre en place des mesures de « discrimination positive ».

<sup>1304</sup> Voir E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 418-419.

## §2) L'utilisation de la dérogation par la France

413. « Sujet largement débattu aux États-Unis, la discrimination positive l'est aussi particulièrement en France en raison de l'attachement de notre pays au principe d'égalité républicaine »<sup>1305</sup>. L'égalité républicaine « à la française »<sup>1306</sup> est toujours présentée comme totalement<sup>1307</sup> – ou excessivement pour ceux qui la critiquent – formelle. Usbek et Rica, revenus en France, pourraient écrire à leurs amis que la discrimination positive ne saurait avoir une quelconque chance de voir le jour en France<sup>1308</sup>. Pourtant, « sans l'avouer, la France pratique la discrimination positive »<sup>1309</sup>. Non seulement elle la pratique de manière indirecte, en se fondant sur des critères apparemment neutres mais destinés à avantager des catégories protégés (B), mais elle la pratique aussi sur le fondement direct de certains critères protégés (A).

### A) La pratique française de la discrimination positive directe

414. Les bénéficiaires de l'action positive sont choisis « à raison de traits innés et indélébiles »<sup>1310</sup>, directement ou indirectement, et ces « traits » sont dans le cadre du droit de l'Union limitativement énumérés. Pour cette raison, nous excluons de notre analyse tous les mécanismes de redistribution sociale fondés sur des caractéristiques socio-économiques, comme le niveau de revenu, très répandus en France<sup>1311</sup>. De telles politiques publiques, instituées « aux fins de "donner plus à ceux qui ont moins" »<sup>1312</sup> se distinguent de l'action positive dans le sens où elles visent à résoudre le « problème des inégalités »<sup>1313</sup> et non celui de

---

<sup>1305</sup> D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 148.

<sup>1306</sup> M. MINÉ, C. COSTE, « Doit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002, p. 107 : « les "décideurs" politiques et administratifs restent marqués par la culture de l'égalité abstraite

<sup>1307</sup> F. LEMAIRE, « Le principe de non-discrimination », *RFDA*, n° 2, 2010, p. 301 : « la tradition républicaine se montre hostile à l'idée d'attribuer ce qui pourrait être envisagé comme des privilèges ».

<sup>1308</sup> Référence aux *Lettres Persanes* de Montesquieu qui imaginent la correspondance entre deux voyageurs perses fictifs venus visiter Paris et leurs amis restés en Perse. Ce stratagème littéraire du « regard étranger » permet à l'auteur d'adopter un regard critique et de parler du relativisme culturel sans risquer la censure.

<sup>1309</sup> E. KESLASSY, *De la discrimination positive*, Rosny-sous-Bois, Editions Bréal, 2004, p. 18.

<sup>1310</sup> G. CALVÈS, *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 3.

<sup>1311</sup> À l'inverse, Simon WUHL parle de discrimination positive à propos des « mesures pour l'emploi et l'insertion, qui mobilisent une fraction notable des ressources de l'État » et « sont supposées produire un effet de discrimination positive en faveur de certains groupes de chômeurs et de précaires qui connaissent des difficultés particulières ». in « La "discrimination positive" à la française. Les contradictions des politiques publiques », *Informations sociales*, vol. 148, n° 4, 2008, pp. 84-93.

<sup>1312</sup> G. CALVÈS, « La discrimination positive "à la française" », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, p. 35.

<sup>1313</sup> *Ibid.*

discriminations. Elles visent une « situation susceptible d'évoluer »<sup>1314</sup> et n'ont donc pas leur place dans le cadre de notre étude. L'objectif de l'action positive est de « dissoudre les préjugés, changer les représentations sociales »<sup>1315</sup> pour certaines catégories particulières. En France, trois des motifs visés par l'article 19 du TFUE sont utilisés pour justifier un traitement différencié : le sexe (1), le handicap (2) et l'âge (3).

## 1- Sur le fondement du sexe

**415.** Dans deux décisions retentissantes, le Conseil constitutionnel français affirma avec fermeté que les articles 3 de la Constitution<sup>1316</sup> et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789<sup>1317</sup> « s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles »<sup>1318</sup>, censurant des législations introduisant des quotas de représentativité des deux sexes<sup>1319</sup>. « Tenant d'une conception formelle du principe d'égalité et d'une interprétation stricte du principe d'indivisibilité du corps électoral, le Conseil constitutionnel a ainsi bloqué durablement la mise en œuvre du principe de parité qui se développait alors dans le champ politique »<sup>1320</sup>. Conséquemment, le constituant fut contraint d'intervenir à deux reprises pour autoriser constitutionnellement la discrimination positive fondée sur le sexe (a). Les utilisations de cette habilitation par le législateur ont été nombreuses (b).

---

<sup>1314</sup> S. WUHL, « La "discrimination positive" à la française. Les contradictions des politiques publiques », *Informations sociales*, vol. 148, n° 4, 2008, pp. 84-93.

<sup>1315</sup> *Ibid.* p. 36 : Gwenaële CALVÈS donne les exemples suivants de changement de représentations sociales : « Un Noir à Harvard dans l'Amérique des années 1960 ; une femme à l'Assemblée nationale dans la France des années 1980 ; un cadre commercial en fauteuil roulant dans la France contemporaine ».

<sup>1316</sup> « 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 ».

<sup>1317</sup> « 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 ».

<sup>1318</sup> Dans le même temps, le Conseil d'État français faisait, lui, preuve d'une ouverture étonnante, en reconnaissant qu'au regard de la mission « assignée au service public de l'enseignement maternel et élémentaire comme à l'intérêt psychologique et pédagogique que peut présenter pour des enfants de cet âge le contact avec un corps enseignant composé d'hommes et de femmes, le gouvernement a pu légalement estimer qu'en cas de déséquilibre excessif dans la proportion des instituteurs et des institutrices, la nature de cette fonction d'éducation pouvait, à titre exceptionnel, justifier l'ouverture de concours distincts pour les hommes et pour les femmes ». CE, 24 novembre 1982, n° 14775, 14776, 14805, 14814, publié au Recueil Lebon. A propos de la loi n° 82-380 du 7 mai 1982 relative au statut général des fonctionnaires et portant dispositions diverses concernant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics, qui autorisait des procédures de recrutement distinctes en cas de déséquilibre.

<sup>1319</sup> Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, dite « Quotas par sexe » dans lequel le Conseil constitutionnel censura une législation instaurant des quotas par sexe pour les élections locales ; décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, dite « Quotas par sexe II » dans laquelle fut censurée l'obligation d'instaurer la parité dans les listes aux élections régionales.

<sup>1320</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *La Revue des droits de l'homme*, n° 12, 2017, mis en ligne le 29 juin 2017.



a- *L'étendue de l'habilitation constitutionnelle*

416. Par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 d'abord, l'article 3 de la Constitution se trouva enrichi d'un alinéa selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »<sup>1321</sup>, marquant, selon certains, le passage vers un « universalisme concret »<sup>1322</sup>. Le déblocage ne fut que partiel pour les Sages qui, bien que prenant acte de cet ajout<sup>1323</sup>, ne manquèrent pas d'en faire une lecture littérale, refusant que ce nouvel alinéa puisse servir à fonder un système préférentiel en dehors du strict champ des fonctions électives<sup>1324</sup>. La révision du 23 juillet 2008 constitua l'ultime étape nécessaire<sup>1325</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, alinéa second, dispose désormais que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

417. L'habilitation constitutionnelle complétée, le Conseil constitutionnel devait interpréter le sens de cette « égalité-objectif » venue doubler « l'égalité-principe »<sup>1326</sup>. La doctrine a beaucoup parlé de parité<sup>1327</sup> à propos de cette clause constitutionnelle, sans doute du fait que le Constituant justifiait ainsi son projet de loi constitutionnelle : « la participation des

---

<sup>1321</sup> Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n° 157 du 9 juillet 1999, p. 10175.

<sup>1322</sup> Voir D. ROUSSEAU « La révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 : d'un universalisme abstrait à un universalisme concret », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau : les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 441-450

<sup>1323</sup> Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*.

<sup>1324</sup> Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*.

Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, cons. 15 : « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus [l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 1er de la Constitution, l'article 6 de la Déclaration de 1789], elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ». Pour des commentaires critiques voir F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La parité n'est pas l'égalité... », *D.*, 2006, p. 873 et A. JUNTER, M.-T. LANQUETIN « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? », *RDT*, n° 2, 2006, pp. 72-75.

<sup>1325</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008 page 11890, texte n° 2.

<sup>1326</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n°111, novembre 2004, p. 64.

<sup>1327</sup> Voir *Ibid.* ; E. LEPINARD, *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, 293 p. ; R. SENAC-SLAWINSKI, *La parité*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2008, 127 p. ; F. DEMICHEL, « A parts égales : contribution au débat sur la parité », *D.*, 1996, chron, pp. 95-97 ; F. GASPARD, « La parité, pourquoi pas ? », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, pp. 115-126 ; E. LEPINARD, L. BERENI, « La parité ou le mythe d'une exception française », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 73-85 ; E. LEPINARD, « Faire la loi, faire le genre. Conflits d'interprétation juridique sur la parité », *Droit et société*, n° 62, 2006, pp. 45-66 ; G. CALVÈS, « La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives : faut-il réviser la Constitution ? », in *CURAPP, Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, pp. 228-232.

femmes à la vie publique et à ses institutions étant très insuffisante, il importe de promouvoir par des mesures appropriées l'objectif de *parité* entre les hommes et les femmes »<sup>1328</sup>. Toutefois, si l'on définit la parité<sup>1329</sup> comme une obligation de résultat de représenter à parts strictement égales<sup>1330</sup> les deux sexes, la formulation de l'alinéa second de la Constitution paraît largement en deçà d'une telle définition. Le verbe « favoriser » renvoie bien plus à une obligation de moyens et l'expression « égal accès » s'inscrit résolument dans la perspective d'une égalité des chances et non de résultats. Il s'agit bien d'une habilitation pour le législateur français à adopter un ensemble varié d'instruments d'action positive pouvant aller jusqu'à la discrimination positive<sup>1331</sup> et non d'une obligation d'imposer la parité dans tous les domaines.

**418.** D'ailleurs, le Conseil constitutionnel l'a confirmé en 2015, « le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » ; « à cette fin, il est loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant »<sup>1332</sup>. Le Conseil a également rappelé que le législateur, lorsqu'il instaure ce type de dispositifs, doit « assurer la conciliation entre cet objectif et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger »<sup>1333</sup>. On peut considérer que l'article 1<sup>er</sup> alinéa second de la Constitution respecte parfaitement l'esprit de l'action positive du droit de l'Union européenne. Ce n'est qu'une possibilité, réservée à l'égalité entre les sexes, qui poursuit l'égalité des chances par une pluralité de mécanismes.

**419.** En contrôlant la « conciliation entre cet objectif et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle », le Conseil constitutionnel a montré que, malgré la double intervention du constituant, la conception formelle de l'égalité prédominait toujours dans son

---

<sup>1328</sup> Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, n° 985, déposé le 18 juin 1998. Nous soulignons.

<sup>1329</sup> On attribue son origine à la Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 dite « loi Roudy », du nom de la ministre des droits de la femme de 1981 à 1986. Elle imposait aux entreprises de plus de 50 salariés ayant signé un contrat avec l'État de publier un rapport sur la parité professionnelle en matière d'embauche, de formation, de promotion, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération.

<sup>1330</sup> Le dictionnaire la définit comme « égalité parfaite, concordance ». (*Le Petit Larousse Illustré*, 2016, p. 841).

<sup>1331</sup> Même si une grande partie de la doctrine a eu du mal à « conceptualiser la parité comme une mesure de discrimination positive », comme le démontrent et l'expliquent très finement Laure BERENI et Éléonore LEPINARD, « Les femmes ne sont pas une catégorie. Les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, vol. 54, n° 1, 2004, pp. 71-98.

<sup>1332</sup> Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université (Composition de la formation restreinte du conseil académique)*, cons. 13.

<sup>1333</sup> *Ibid.*

raisonnement<sup>1334</sup>. Dans sa décision de 2015, provoquée par une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») et non une saisine *a priori*, le Conseil pose une limite considérable au développement de la « clause action positive » de la Constitution. Le second alinéa de l'article 1<sup>er</sup> « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>1335</sup>, sa méconnaissance ne peut donc être invoquée pour fonder une QPC<sup>1336</sup>. Cette position, critiquée<sup>1337</sup>, repose sur le fait qu'il s'agit d'une habilitation et non d'une règle de fond<sup>1338</sup>. Le Conseil constitutionnel doit vérifier que le législateur a bien opéré la conciliation entre « l'objectif-parité » et le principe d'égalité devant la loi. En ce sens, on peut conclure que « globalement, la Cour de justice et le Conseil constitutionnel semblent retenir une même approche de la régularité des discriminations positives »<sup>1339</sup>. La « clause action positive » répond à un objectif concurrent à celui de l'égalité, qu'il faut traiter pour cette raison comme une dérogation.

#### *b- Les applications législatives*

**420.** Depuis 1999, le législateur français a activement exploité l'habilitation constitutionnelle. Le premier « mouvement législatif » a consisté à instaurer des mesures de discriminations positives dans les fonctions électorales et politiques<sup>1340</sup>. Celles-ci ne rentrent pas dans le champ d'application *ratione materiae* de l'action positive en droit de l'Union

---

<sup>1334</sup> En 2010, il censurait de nouveau la législation imposant au Conseil supérieur de la magistrature de siéger en formation paritaire. Décision n° 2010-611 DC, 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*. Dans la décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 *relative à l'élection des conseillers départementaux*, sont toutefois validées des discriminations positives en matière électorale mais l'obligation de conciliation est rappelée fermement au considérant 15 de la décision.

<sup>1335</sup> Au sens de l'article 61 §1 de la Constitution sur la QPC.

<sup>1336</sup> Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, précitée, cons. 14. À noter que ce grief n'était invoqué que par les tiers-intervenants.

<sup>1337</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *op. cit.*, §§ 19-23.

<sup>1338</sup> Sur cette différence, voir : Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*, cons. 22 ; décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014, *Société Casuca (Plantations en limite de propriétés privées)*, cons. 6 ; Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, cons. 16 ; Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, *M. Frédéric P. (Droit de présentation des greffiers des tribunaux de commerce)*, cons. 6 ; Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, cons. 3 ; Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, cons. 5.

<sup>1339</sup> C. GESLOT, « Égalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, n° 35, 2006, p. 1961.

<sup>1340</sup> Loi 2000-493 du 6 juin 2000 instaurant la parité dans les lois électorales ; loi 2000-641 du 10 juillet 2000 relative aux élections sénatoriales ; loi 2003-327 du 11 avril 2003 relative aux élections régionales et aux représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; loi 2003-697 du 30 juillet 2003 relative aux élections sénatoriales ; loi 2007-128 du 31 janvier 2007, relative aux exécutifs régionaux et municipaux ; loi 2008-175 du 26 février 2008 relative aux conseils généraux ; loi 2013-403 du 17 mai 2013 relative aux conseils départementaux et municipaux ; loi 2013-702 du 2 août 2013, relative aux élections sénatoriales ; loi organique 2014-125 du 14 février 2014 relative aux cumulés.

européenne. En revanche, un deuxième mouvement, moins étendu, concerne directement le domaine de l'emploi et du travail, qui est bien celui de la directive 2006/54<sup>1341</sup>.

**421.** Le premier dispositif, qui nous amène à nous intéresser en réalité à trois lois distinctes, instaure des quotas dans le monde professionnel public et privé. La loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, dite loi « Copé-Zimmermann »<sup>1342</sup> impose, dans les conseils d'administration des sociétés cotées et dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinquante salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros, que « la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % ». Cette loi a provoqué de vifs débats en France<sup>1343</sup> mais les progrès qu'elle a provoqué sont incontestables<sup>1344</sup>. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi française de 2011 instaurant le quota de 40%, on peut lire que les auteurs du texte espèrent que « l'ouverture des conseils d'administration [aux femmes] apportera une conscience plus claire des *inégalités* qui touchent les *femmes* actives en général » et que « des conseils d'administration exemplaires insuffleront une nouvelle sensibilité face aux questions *d'égalité* salariale ou d'accès à la formation »<sup>1345</sup>. Dans un rapport de 2016<sup>1346</sup>, on apprend qu'en France, les femmes occupent 34,1 % des sièges des conseils des plus grandes sociétés cotées et 27,8 % sur la totalité des sociétés cotées.

**422.** Ce dispositif est complété par la loi du 12 mars 2012 relative à la fonction publique<sup>1347</sup>, qui impose le même quota de représentativité dans « les conseils d'administration,

---

<sup>1341</sup> Comme nous allons le voir en détails dans la seconde partie.

<sup>1342</sup> Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, JORF n° 0023 du 28 janvier 2011, p. 1680, texte n° 2.

<sup>1343</sup> Voir par exemple F.-X. LUCAS, « La modernité s'invite dans les conseils d'administration », *BJS*, 2009, p. 945 ; F.-X. LUCAS, « Femmes... je vous aime... », *JCP E*, 2010, p. 1170 ; P. REIGNÉ, « Les femmes et les conseils d'administration. Réponse à un éditorial de M. François-Xavier Lucas », *JCP E*, 2010, p. 1048.

<sup>1344</sup> Voir M. COZIAN, *Le droit des sociétés*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 306 : encadré intitulé « la promotion des administratrices : en progrès mais peut mieux faire » ; D. M. AHERN et B. J. CLARKE, *Listed Companies' Engagement with Diversity: A Multi-Jurisdictional Study of Annual Report Disclosures*, ECGI - Law Working Paper, n° 221, 1<sup>er</sup> août 2013 ; B. FRANOIS, « Femmes administratrices », *Revue sociétés*, 2014, p. 466 ; AFECA, *Étude 2017 sur la place des administratrices dans les conseils et leurs comités des sociétés cotées sur Euronext et Alternext Paris*, juin 2017.

<sup>1345</sup> Exposé des motifs de la proposition de loi, Document de l'Assemblée nationale n° 2140, 2009, p. 4, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2140.asp>

<sup>1346</sup> Rapport n°2016-01-15-PAR-019 « Vers un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles : la part des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance. Rapport intermédiaire d'évaluation de la mise en œuvre des lois du 27 janvier 2011 et du 12 mars 2012 », publié le 10 février 2016

<sup>1347</sup> Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF n° 0062 du 13 mars 2012, p. 4498, texte n° 4.

les conseils de surveillance ou les organes équivalents des établissements publics »<sup>1348</sup>, afin de « rééquilibrer l'exercice du pouvoir dans les sphères supérieures de l'administration »<sup>1349</sup>. Ces deux législations ont été enfin parachevées par la loi relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes en 2014<sup>1350</sup>, apportant des précisions sur la mise en œuvre de l'objectif de 40%<sup>1351</sup>. « L'innovation française réside dans le choix du pourcentage de 40 % »<sup>1352</sup>, que l'ancien Ministre de la fonction publique François Sauvadet avait qualifié de « petite révolution »<sup>1353</sup>. Ce choix de quota illustre en tout cas un glissement « de la "parité" à la "représentation équilibrée" »<sup>1354</sup>, qui montre que les dispositions constitutionnelles ne sauraient servir à imposer une stricte parité partout, conformément au principe de l'égalité des chances du droit de l'Union européenne. L'exigence de représentation équilibrée a indéniablement infiltré toutes les sphères du droit français, comme le montrent la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 s'agissant de l'Agence française anticorruption, la loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 s'agissant du comité relatif à l'honnêteté, à l'indépendance et au pluralisme de l'information et des programmes ou la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour le Comité national de la biodiversité.

**423.** C'est en revanche une « représentativité-miroir » ou proportionnée qui l'a emporté dans la loi relative au dialogue social et à l'emploi de 2015<sup>1355</sup>. Dans le cadre des élections professionnelles, les listes ne doivent pas être paritaires mais représentatives du corps électoral, pour pallier le déséquilibre persistant de représentativité<sup>1356</sup>. Le Conseil constitutionnel a validé

---

<sup>1348</sup> La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, dite « loi Génisson », avait déjà fixé l'objectif d'une « représentation équilibrée des femmes et des hommes » dans la fonction publique au sein des jurys de concours et d'examens professionnels, et pour les représentants de l'administration dans les organismes consultatifs.

<sup>1349</sup> A. FITTE-DUVAL, « La haute administration et le genre », *AJFP*, 2012, p. 229.

<sup>1350</sup> Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n°0179 du 5 août 2014 p. 12949, texte n° 4. Voir les explications de Bénédicte François dans « Quota de femmes dans les conseils d'administration », *Revue Sociétés*, 2014, p. 601.

<sup>1351</sup> Voir M.-C. de MONTECLER, « Adoption définitive du projet de loi sur l'égalité entre femmes et hommes, *AJDA* 2014. 1521 : « les sénateurs ont réussi à convaincre les députés que leur proposition de nullité des nominations prononcées dans la haute fonction publique sans respecter la règle d'équilibre entre les sexes encourait un risque sérieux d'inconstitutionnalité et était peu praticable. Le texte se contente donc d'avancer à 2017 l'obligation de 40 % maximum de nominations de personnes du même sexe. Pour le même type de raisons, les parlementaires ont renoncé à l'idée d'instaurer la parité au sein des exécutifs locaux ou des conseils d'administration des établissements publics locaux ».

<sup>1352</sup> A. FITTE-DUVAL, « La haute administration et le genre », *AJFP*, 2012, p. 229.

<sup>1353</sup> Pour une analyse critique, lire O. BUI-XUAN, « L'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1100.

<sup>1354</sup> *Ibid.*

<sup>1355</sup> Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « loi Rebsamen » qui avait introduit l'article L. 2324-22-1 dans le Code du travail. Il se trouve depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 à l'article L. 2314-30 du Code du travail

<sup>1356</sup> Rapport n° 2792 (Assemblée nationale – XIVe législature) de M. Christophe SIRUGUE, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 21 mai 2015, p. 141 : « les femmes constituent 47,9 % de la population occupant un emploi, elles ne représentent que 36,42 % des élus à des fonctions de représentation des salariés ».

ce dispositif<sup>1357</sup>, sous réserve que le déséquilibre du collège électoral n'aboutisse pas à empêcher qu'une liste comporte un candidat du sexe sous-représenté<sup>1358</sup>. Enfin, la loi du 20 avril 2016<sup>1359</sup> a étendu les obligations instaurées par la loi du 13 juillet 1983 dit « loi Roudy »<sup>1360</sup>, complétée par la loi du 9 mai 2001 dite « loi Génisson »<sup>1361</sup>, en ce qui concerne les élections professionnelles dans l'emploi privé et la fonction publique. L'ensemble de ces dispositifs impose des règles de représentation équilibrée des deux sexes et encouragent les « mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées notamment en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et pour ce qui est des conditions de travail et d'emploi »<sup>1362</sup>.

424. Nous pouvons poser la question de la validité de ces différents dispositifs par rapport au droit de l'Union et au principe de l'égalité de traitement. Comme nous le verrons<sup>1363</sup>, les conditions posées par la Cour sont assez strictes et tiennent à la nécessité que les dispositifs nationaux n'accordent pas une préférence automatique et inconditionnelle<sup>1364</sup> au sexe sous-représenté. En ce sens, on peut noter que le Conseil constitutionnel refuse de manière catégorique que le législateur ne fasse « prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »<sup>1365</sup>. Le « sexe ne doit apparaître que comme un critère complémentaire »<sup>1366</sup>. Ce garde-fou posé par le Conseil implique que le législateur doit intégrer des dispositions pour assurer que le sexe ne sera pas le critère prépondérant pris en considération et que l'appréciation des compétences pourra toujours *in fine* l'emporter.

## 2- Sur le fondement du handicap

425. Le droit français a également opté pour l'instauration d'une discrimination positive sur le fondement du handicap dans le domaine professionnel. Depuis la loi 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, un quota de 6% d'emploi de salariés handicapés

---

<sup>1357</sup> Décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, Confédération générale du travail - Force ouvrière et autres.

<sup>1358</sup> *Ibid.*, cons. 9.

<sup>1359</sup> Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n°0094 du 21 avril 2016, texte n° 2.

<sup>1360</sup> La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983, p. 2176.

<sup>1361</sup> Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JORF n°108 du 10 mai 2001, p. 7320.

<sup>1362</sup> *Ibid.*

<sup>1363</sup> Voir §§ 942-960.

<sup>1364</sup> Selon les conditions posées par l'arrêt CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95.

<sup>1365</sup> Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, cons. 15 ; Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 115, selon une formulation proche.

<sup>1366</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 339.

est imposé aux entreprises de plus de 20 salariés<sup>1367</sup>, dans le secteur privé et public, que la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées avait modifié en doublant notamment les sanctions prévues en cas d'irrespect<sup>1368</sup>. Dans le processus d'adoption de la récente loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel<sup>1369</sup>, un amendement avait été déposé afin d'appliquer ce quota pour les seules entreprises de plus de 250 salariés, qui n'aura finalement pas été retenu. Toutefois, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020, le quota sera révisé tous les 5 ans par rapport à la part de ses bénéficiaires dans la population active et à leur situation au regard du marché du travail.

**426.** Par contraste avec la discrimination positive en faveur du sexe sous-représenté qui a nécessité deux interventions du constituant, on ne peut que noter la précocité de la discrimination positive fondée sur le handicap en France. On peut aussi s'interroger sur le quota visé. « Le législateur a instauré cette mesure en partant du constat que sans cet impératif, les entreprises faisaient peu d'efforts pour insérer les personnes en situation de handicap »<sup>1370</sup>. Certains l'expliquent par l'idée que « la collectivité des travailleurs dans l'entreprise soit le reflet de celle de la population »<sup>1371</sup>. Mais cette explication n'est pas convaincante étant donné que les obligations législatives plus anciennes prévoyaient un quota plus élevé allant jusqu'à 10%<sup>1372</sup>. De plus, le nombre de personnes en âge de travailler qui bénéficient d'une reconnaissance administrative d'un handicap ou d'une perte d'autonomie est de 2,7 millions<sup>1373</sup>, ce qui représente un peu moins de 10% de la population active. Aucune proposition d'explication n'est réellement donnée sur ce choix dans les études sur ce dispositif<sup>1374</sup>.

---

<sup>1367</sup> Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JORF du 12 juillet 1987, p. 7822.

<sup>1368</sup> Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 283, où l'auteur explique que « les sanctions financières en cas de non-respect du quota ont été doublés allant jusqu'à 1500 fois le SMIC horaire par personne manquante. Le mode de calcul de l'obligation a subi également des transformations ». En outre, « La loi introduit de nouveaux bénéficiaires de l'obligation d'emploi. Les titulaires de la carte d'invalidité et de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) peuvent désormais bénéficier du statut de travailleur handicapé », *Juris associations* 2006, n° 347, p. 13.

<sup>1369</sup> Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JORF n° 0205 du 6 septembre 2018, texte n° 1.

<sup>1370</sup> A. ROCCASALVA-SERRANO, *La qualité de travailleur handicapé. Contribution à l'étude de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, p. 216.

<sup>1371</sup> M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

<sup>1372</sup> Loi du 26 avril 1924 assurant l'emploi obligatoire des mutilés de guerre et loi du 23 novembre 1957, « loi Gazier », JORF 24 novembre 1957.

<sup>1373</sup> Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, *Les chiffres clés de l'aide à l'autonomie 2018*, juin 2018, 19 p.

<sup>1374</sup> Ni dans L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, 484 p. ; ni dans A. ROCCASALVA-SERRANO, *La qualité de travailleur handicapé. Contribution à l'étude de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, 464 p. ; ni dans l'article plus ancien de P. AUVERGNON, « L'obligation d'emploi des handicapés », *Droit social*, 1991, p. 596.

427. Il s'agit d'un quota plutôt rigide, dans le sens où il est assorti de sanction et ne concerne pas l'accès à l'emploi, mais bien l'emploi lui-même. Dans ces conditions, on peut se demander si la règle générale d'égalité de traitement n'est pas profondément malmenée par une telle législation. « Pour l'heure, les quotas rigides en matière de handicap n'ont pas été soumis au contrôle des juges »<sup>1375</sup>. La discrimination positive fondée sur le handicap est probablement celle qui est le mieux acceptée par les personnes qui n'en bénéficient pas, contrairement à la discrimination positive de sexe ou raciale. Pour que ce dispositif soit examiné par un juge qui saisisrait éventuellement la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, il faudrait qu'un travailleur non-handicapé estime qu'il est victime d'une discrimination du fait de ce quota, ce qui nous paraît peu probable. Le sentiment que les personnes handicapées nécessitent des politiques de solidarité, des aménagements raisonnables et des actions positives est ancré<sup>1376</sup>.

428. La chambre sociale de la Cour de cassation a tout de même placé certains garde-fous pour que la rigidité de ce quota ne devienne pas excessive. Il ne peut être invoqué par le travailleur handicapé pour se protéger face au licenciement<sup>1377</sup>, et doit être perçu comme un critère « neutre » en cas de plan de licenciement nécessitant de classer les salariés<sup>1378</sup>. « Le handicap n'est pas considéré comme un "privilège" permettant d'échapper aux licenciements »<sup>1379</sup>. Toutefois, il n'y a pas de mécanisme qui permette d'éviter réellement que le quota soit inconditionnel et automatique, notamment quant à l'examen des compétences. Mais ne doit-on pas considérer que vu le pourcentage visé, et les multiples possibilités laissées en réalité aux entreprises pour l'atteindre<sup>1380</sup>, le principe méritocratique ne subit pas d'atteinte excessive, même en dehors de mesures supplémentaires pour le protéger ? Laurène Joly explique que ce quota « ne conduit pas à suspendre la règle de concurrence entre les individus au nom de l'obligation de résultats. [...] L'obligation d'emploi des personnes handicapées ne se traduit que par des postes qui leur seraient réservés dans les entreprises »<sup>1381</sup>.

---

<sup>1375</sup> M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, n° 2, 2012, p. 87

<sup>1376</sup> L. AOUAR, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, thèse soutenue le 7 décembre 2009 à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense.

<sup>1377</sup> Cass. Soc., 10 juin 1998, *Mohamed X c. SNC SCREG Ouest*, n° 96-42.973 (inédit) : « le seul fait que le licenciement d'un salarié handicapé ait pour effet de faire descendre le nombre de bénéficiaires [...] occupés dans l'entreprise au-dessous du pourcentage légal ne rend pas ce licenciement abusif ».

<sup>1378</sup> Cass. Soc., 21 décembre 2006, *X c. groupe JD*, n° 05-41.815 (inédit).

<sup>1379</sup> H. RIHAL, « Le contentieux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés : le respect de l'obligation des 6 % apprécié par les juridictions administratives et judiciaires », *RDSS*, 2010, p. 1146.

<sup>1380</sup> P. AUVERGNON, « L'obligation d'emploi des handicapés », *Droit social*, 1991, p. 596 ; A. ROCCASALVA-SERRANO, *La qualité de travailleur handicapé. Contribution à l'étude de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, p. 214.

<sup>1381</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, *op. cit.*, p. 365. L'opinion est partagée par M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *op. cit.*



### 3- Sur le fondement de l'âge

**429.** Les dispositifs qui instaurent des différences de traitement fondées sur l'âge sont nombreux et hétéroclites. Ils peuvent répondre à des exigences de solidarité intergénérationnelle et se rapprochent dans ce cas aux mécanismes de redistribution sociale que nous avons exclus, comme la progressivité de l'impôt par exemple<sup>1382</sup>. Les personnes en âge de travailler et occupant un emploi cotisent sur leur salaire ou traitement afin d'assurer le versement des pensions de retraite des plus âgés. Ils peuvent également correspondre à des objectifs de protection de personnes considérées comme vulnérables, aux âges extrêmes de la vie. « Il n'existe sans doute aucune autre catégorie donnant lieu à des droits particuliers qui soit aussi universelle que celle des mineurs »<sup>1383</sup>. Rappelons que la Charte des droits fondamentaux impose la « protection » et les « soins nécessaires » au bien-être des enfants, à son article 24 §1 et qu'elle interdit le travail des enfants à son article 32. L'article 25 consacre « le droit de personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle »<sup>1384</sup>. Ce dernier objectif peut conduire à instaurer des différences de traitement sur le fondement de l'âge pour améliorer l'emploi des plus jeunes et des seniors. Seule cette dernière catégorie peut comporter des mesures d'action positive au sens où nous l'avons définies.

**430.** Les mesures destinées à protéger les enfants ou personnes âgées correspondent plutôt à la prise en compte d'une vulnérabilité particulière et d'une différence objective de situation, comme dans le cas de la grossesse. S'il y a bien des inégalités de fait à compenser, elles n'ont pas de lien avec l'existence de discriminations dans la société. En revanche, le législateur français a précisé que « les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique d'emploi et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences peuvent notamment consister en l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en

---

<sup>1382</sup> Idée que l'on fait classiquement reposer sur l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »

<sup>1383</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>1384</sup> Sur ce point, voir l'article de C. PETTITI, « La protection des personnes en situation de faiblesse », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 239 et s.

vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés »<sup>1385</sup>, on peut penser autant à des mesures d'action positive qu'à des mesures relevant de l'article 6 §1 de la directive 2000/78, dont on a expliqué qu'il n'était pas aisé de faire la différence pour le motif de l'âge. Dans ce sens, l'article 87 de la loi de financement de la Sécurité sociale du 17 décembre 2008 incitait par exemple les entreprises à se doter d'actions et d'objectifs en faveur de l'emploi des salariés âgés par la négociation d'un accord ou par la formalisation d'un plan d'action. La loi du 1<sup>er</sup> mars 2013 sur le contrat de génération<sup>1386</sup> a pour ambition « de faciliter l'insertion durable des jeunes dans l'emploi par leur accès à un contrat à durée indéterminée » et « de favoriser l'embauche et le maintien dans l'emploi des salariés âgés », objectif d'insertion dans l'emploi qu'avait aussi à cœur le législateur à la création des « emplois jeunes » en 1997<sup>1387</sup>. Dans le domaine de l'accès aux biens et services, on peut considérer qu'il existe indéniablement des discriminations positives fondées sur l'âge, qui passent largement « inaperçues » tant leur légitimité paraît évidente. La pratique des tarifs « réduits » à l'accès à différents biens et services culturels pour les étudiants, les enfants, les jeunes et les seniors est très largement répandue en France comme ailleurs.

**431.** En dehors de ces trois motifs, qui font l'objet de mesures d'action positive diverses, la France ne pratique pas de politiques préférentielles sur le fondement de la race ou l'origine ethnique, du moins elle ne le fait pas directement. Nous pouvons toutefois penser qu'une politique de discrimination positive indirecte existe sur ce fondement en France.

### ***B) La pratique française de la discrimination positive indirecte***

**432.** La « traditionnelle crispation sur la question des minorités (raciales, sexuelles, culturelles...) »<sup>1388</sup> a souvent conduit à la conclusion hâtive qu'aucune discrimination positive n'était conciliable avec l'égalité républicaine française. Il reste vrai que le législateur français a tendance à préférer, aux critères ethno-raciaux ou religieux<sup>1389</sup>, le critère du territoire,

---

<sup>1385</sup> Article 3 de la Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n°267 du 17 novembre 2001 page 18311, texte n° 1. Il renvoie assez nettement à l'article 6 §1 de la directive 2000/78.

<sup>1386</sup> Loi n° 2013-185 du 1<sup>er</sup> mars 2013 portant création du contrat de génération, JORF n°0053 du 3 mars 2013, p. 3943.

<sup>1387</sup> Par la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes.

<sup>1388</sup> G. CALVÈS, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, vol. 117, n° 5, 2001, p. 164.

<sup>1389</sup> La seule exception véritable est la discrimination positive qui fut pratiquée en faveur des citoyens français musulmans d'Algérie, par la loi n° 56-258 du 16 mars 1956 et l'ordonnance n° 58-1016 du 29 octobre 1958. Voir V. SILVERA, « L'accès à la fonction publique des Français musulmans d'Algérie », *AJDA* 1958, et la décision 60-

socialement perçu comme neutre et juste (1). Pourtant, derrière ces politiques territoriales répandues en France pourrait se cacher une discrimination positive indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique, souvent mêlée à la religion (2).

### 1- La préférence pour le critère neutre du territoire

433. Mathieu Maisonneuve voit dans l'approche du Conseil d'État une préférence pour des « critères de distinction "neutres" tels que le handicap, l'âge, la situation sociale, la situation économique ou le territoire »<sup>1390</sup>. Il est assez curieux que dans cette liste figure le critère du handicap. Comme nous l'avons dit, il est bien accepté comme fondement de discrimination positive, mais il n'est pas « neutre » dans le même sens que l'âge, la situation sociale ou le territoire qui sont des critères contingents, non immuables en principe. Quoi qu'il en soit, le territoire, dans le sens du lieu où réside l'individu, est incontestablement un critère qui se veut neutre. « Les politiques publiques n'ont jamais pour destinataires, en France, des catégories de population dont les membres seraient saisis à partir de leur "origine", ou définis par les traits "ethno-raciaux" qu'ils auraient en commun »<sup>1391</sup>.

434. La loi du 18 novembre 2016<sup>1392</sup> interdit, en matière de « protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services », couverts par les directives de 2000/43 et 2004/113, toute discrimination directe ou indirecte<sup>1393</sup>, conformément aux exigences du droit de l'Union. S'il est possible de prévoir des différences de traitement « justifiées par un but légitime » et proportionnées sur le fondement du sexe<sup>1394</sup>, il est toutefois précisé qu'une telle dérogation « n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race »<sup>1395</sup>. On retrouve le statut particulier des

---

6 DC du 15 janvier 1960 *relative à la loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature*. « Sur la scène intérieure française, la référence à l'islam renvoie moins à une religion qu'à l'expérience historique de la colonisation » note Gwenaële CALVÈS in « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.*, p. 33.

Trente ans plus tard, les Accords de Matignon qui permirent de ramener la paix civile en Nouvelle-Calédonie contenaient des dispositions similaires (aujourd'hui « couvertes » par l'article 77 de la Constitution).

<sup>1390</sup> M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, n° 3, 2002, p. 561.

<sup>1391</sup> G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 30.

<sup>1392</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1, qui a modifié notamment 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.

<sup>1393</sup> Article 86 §3, al. 1<sup>er</sup> de la loi précitée.

<sup>1394</sup> Article 86 §3, al. 2.

<sup>1395</sup> Article 86 §3, al. 3.

discriminations ethno-raciales en droit français. Il est également précisé que l'interdiction des discriminations ne fait pas obstacle « aux mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques »<sup>1396</sup>. La logique de la substitution d'un critère jugé inadmissible par un critère jugé neutre transparait clairement. Elle est ancienne dans l'histoire juridique française.

**435.** Dès 1984, en réponse aux troubles et révoltes en cours en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement opta pour une réponse sous forme de « discrimination positive territoriale »<sup>1397</sup>. Ce fut bien le territoire de la Nouvelle-Calédonie qui se vit octroyer un traitement préférentiel par rapport au droit national commun<sup>1398</sup>, et non des catégories d'individus. Pour cette raison, les dispositions adoptées « ont l'apparence de la neutralité »<sup>1399</sup>. Par la suite, on peut parler d'une « véritable inflation »<sup>1400</sup> de dispositifs destinés à homogénéiser la situation économique sur le territoire français<sup>1401</sup> en favorisant certaines de ses zones<sup>1402</sup>. Ainsi la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire a pour objectifs « d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire [...] de corriger les inégalités de condition de vie des citoyens liées à la situation géographique et à ses conséquences en matière démographique, économique et d'emploi [...] de compenser les handicaps territoriaux [...] de fixer des dispositions dérogatoires modulant les charges imposées à chacun »<sup>1403</sup>. Le renvoi à l'égalité des chances place résolument ce type de législation sur le terrain de la discrimination positive. Les « zones d'éducation prioritaire » ou ZEP sont emblématiques de cette politique<sup>1404</sup>,

---

<sup>1396</sup> Article 86, §5, b).

<sup>1397</sup> Pour reprendre l'expression de François STASSE, « Égalité et discriminations positives », *in Regards sur l'actualité*, n° 232, Paris, La Documentation française, 1997, p. 19 et de T. KIRSZBAUM, « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 101.

<sup>1398</sup> Par la loi n° 84-821 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendance, JORF, 1984, p. 2840. Voir aussi la décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

<sup>1399</sup> M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, n°3, 2002, p. 561.

<sup>1400</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>1401</sup> Voir par exemple J.-P. FITOUSSI, E. LAURENT, J. MAURICE, *Ségrégation urbaine et Intégration sociale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2004.

<sup>1402</sup> Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville ; Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire ; Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville ; Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; Loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine ; Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; Loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

<sup>1403</sup> Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, art. 1 ; JORF, 5 février 1995, p. 1973.

<sup>1404</sup> Créées dès la circulaire n° 81-238 du 1<sup>er</sup> juillet 1981 consacrée aux zones prioritaires, même si l'appellation « ZEP » n'est pas encore employée. Elle apparaît expressément avec la Circulaire n° 81-536 du 28 décembre 1981, puis dans la Loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, modifiée par la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions. Les textes ont été très fréquemment modifiés.

remplacées par les « réseaux d'éducation prioritaire »<sup>1405</sup>. L'identification comme REP ouvre droit à un ensemble de mesures préférentielles, les investissements dans l'enseignement public y sont plus importants, certaines grandes écoles concluent avec des établissements classés « REP » des conventions pour faciliter l'accès de leurs élèves par rapport au concours habituel<sup>1406</sup>. Emblématique de cette tendance fut le dispositif mis en place par Sciences Po en 2001, consistant à simplifier les conditions d'entrée au sein de cette école très sélective pour les lycéens de ZEP. Une telle politique était fondée « sur la reconnaissance de l'impact négatif disproportionné du concours sur les candidats issus de milieux défavorisés »<sup>1407</sup>.

**436.** Si « la démocratie souffre considérablement de ne pas réussir à concilier égalité de droit et égalité de fait »<sup>1408</sup>, le législateur voit dans la redistribution territoriale une manière de résorber toutes sortes d'inégalités entre « classes socio-culturelles »<sup>1409</sup>. Pourtant, le choix d'un tel critère n'est pas indolore. Si l'indivisibilité « identitaire », ethnique ou culturelle est sauvegardée en refusant la distinction sur de tels fondements, l'indivisibilité territoriale de la République est fracturée<sup>1410</sup>. De plus, ce « choix du non-dit »<sup>1411</sup> n'est pas forcément la solution qui assure la conformité par rapport au droit de l'Union européenne. L'objectif sous-jacent de la discrimination positive territoriale est assez clairement de favoriser des populations exclues notamment pour des raisons ethniques, raciales, religieuses et culturelles, souvent les afro-descendants immigrés des pays anciennement colonisés<sup>1412</sup>.

## **2- L'objectif de favoriser des catégories raciales, ethniques ou religieuses**

**437.** « La politique de l'IEP [Sciences Po], officiellement fondée sur un découpage territorial, peut aussi s'interpréter comme visant indirectement et implicitement des groupes

---

<sup>1405</sup> Voir l'arrêté du 30 janvier 2015, fixant la liste des établissements scolaires publics inscrits dans le programme REP à la rentrée scolaire 2015.

<sup>1406</sup> Voir M. LONG, « Discrimination positive et accès à Sciences-Po Paris », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 688.

<sup>1407</sup> D. SABBAH, « La légitimation de la "discrimination positive" dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », in M. BEN BARKA, J.-M. RUIZ (dir.), *États-Unis / Europe. Des modèles en miroir*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2006, p. 130.

<sup>1408</sup> E. KESLASSY, *De la discrimination positive*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1409</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 08 mars 2016, consulté le 12 mai 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2049>, § 21.

<sup>1410</sup> Ce reproche a émané des députés socialistes à l'occasion de l'adoption de Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Voir les explications de D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, p. 876.

<sup>1411</sup> G. CALVÈS, « La discrimination positive "à la française" », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1412</sup> Voir G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.*, pp. 32-34 : « Le poids de l'héritage colonial ».

qui, aux États-Unis, seraient considérés comme "ethniques" ou "raciaux" »<sup>1413</sup>. Il est en effet établi que dans ces zones géographiques « défavorisées » se concentre une forte population issue de l'immigration africaine et nord-africaine, « même si [...] elle n'est jamais exclusive »<sup>1414</sup>. « L'essor des politiques de discrimination positive territoriale a largement banalisé le recours à cette logique du palimpseste : des catégories du type "jeunes des quartiers" ou "élèves de Z.E.P." sont investies d'un contenu qui agrège, en une combinaison toujours labile déterminée au gré des circonstances locales, des caractéristiques ethno-raciales, religieuses ou phénotypiques dont la loi prohibe la prise en compte explicite »<sup>1415</sup>. L'article 107 §3 a) du TFUE précise que sont compatibles avec le marché intérieur « les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ». Il valide en apparence tout à fait cette discrimination positive territoriale « à la française ».

**438.** Pourtant, l'« agenda caché »<sup>1416</sup> de ce « bricolage ethnique »<sup>1417</sup> pourrait poser problème au regard du droit de la non-discrimination. Imaginons qu'un élève exclu du concours de Sciences Po, ne provenant pas d'un lycée « REP » et n'étant pas descendant de l'immigration africaine en France, décide de remettre en cause le bien-fondé de cette voie d'accès facilitée. Il pourrait vouloir démontrer que l'avantage conféré aux REP exclut majoritairement de la préférence les élèves blancs, au fort capital économique, social et culturel. Le dispositif, reposant sur le critère neutre du territoire, produirait alors une discrimination indirecte sur le fondement de la race ou de l'origine ethnique. L'État français devrait alors justifier la différence de traitement indirecte par un objectif d'égalité des chances. C'est bien là l'objectif poursuivi, mais il faudrait peut-être alors l'assumer, non seulement d'un point de vue social, mais aussi ethno-racial. Il est néanmoins probable que suffise l'objectif d'égalité des chances « territoriale » pour éviter la qualification de discrimination indirecte au sens de la directive

---

<sup>1413</sup> D. SABBAGH, « La légitimation de la "discrimination positive" dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *op. cit.*

<sup>1414</sup> B. TOULEMONDE, « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 92.

<sup>1415</sup> G. CALVÈS, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, vol. 117, n° 5, 2001, p. 165.

<sup>1416</sup> T. KIRSZBAUM, « La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *op. cit.*, p. 102. Il renvoie à G. CALVÈS, « Affirmative action in French Law », *La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, vol. XIX, n° 2, 1998 ; V. de RUDDER, « Les enjeux politiques de lutte contre le racisme : discrimination justifiée, affirmative action, discrimination positive, parle-t-on de la même chose? », *Les Cahiers du CIEREM*, n° 7, juin 2001 qui avancent l'hypothèse de « la politique de la ville qui pratiquerait une "affirmative action territoriale" afin d'éviter les effets de stigmatisation associés à cette démarche lorsqu'elle vise de manière explicite des groupes ethniques ou raciaux ».

<sup>1417</sup> G. CALVÈS, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, novembre-décembre 2001, p. 165. Elle lui reproche d'être « l'instrument d'un très classique clientélisme local, doublé, dans les "quartiers difficiles", d'une volonté de maintenir à moindre coût la paix sociale ».

2000/43, à condition que la démonstration de la proportionnalité du dispositif par rapport à cet objectif soit convaincante.

**439.** Des préconisations pour des actions positives directes sur le fondement ethno-racial existent aussi. Dans un rapport de 2006, la délégation à l'assemblée nationale pour l'Union européenne<sup>1418</sup>, après une analyse détaillée de la situation aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni<sup>1419</sup>, fait trois propositions particulièrement intéressantes. Développer le recours aux statistiques relatives aux origines ; promouvoir le recrutement des Français issus de l'immigration dans la fonction publique et valoriser les efforts des entreprises dotées d'un « label diversité »<sup>1420</sup> lors de l'attribution des marchés publics. Il est toutefois précisé qu'il « ne s'agit pas d'instituer des "discriminations positives" en faveur des Français issus de l'immigration, mais de susciter les candidatures des jeunes issus de quartiers défavorisés grâce à des campagnes d'information ciblées et à la création de centres de préparation aux concours qui leur seront destinés ».

**440.** On retrouve l'idée répandue, et selon nous erronée, que la discrimination positive dépasserait l'action positive en ce qu'elle viserait une égalité de résultats<sup>1421</sup>. Les propositions manquent de clarté et témoignent de la confusion qui règne en France. Réserver des centres de préparation aux concours constituerait bien une mesure de discrimination positive au sens de traitement préférentiel, mais le fondement préconisé par le rapport n'est pas clair. Il est question à la fois des « Français issus de l'immigration », le critère pourrait ici être directement ethno-racial, et des « jeunes issus de quartiers défavorisés » qui rappelle les dispositifs territoriaux qui existent déjà. Dans ce sens, la disparition du mot « race » de la Constitution, envisagé à l'occasion des discussions sur le dernier projet de révision constitutionnelle pourrait constituer une opportunité, en ce sens qu'il est invoqué pour justifier l'impossibilité de réaliser autant des statistiques ethniques que de la discrimination positive sur ce fondement en France<sup>1422</sup>.

---

<sup>1418</sup> Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne n° 3502, sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne, 5 décembre 2006 : [http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i3502.asp#P278\\_44789](http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i3502.asp#P278_44789)

<sup>1419</sup> La présentation préalable de ces législations est tout à fait classique dès lors que le sujet de la discrimination positive est abordé. Voir Éric FASSIN, « Pour penser la discrimination positive, le détour par l'expérience de pays anglophones s'impose tout naturellement », in « Penser la discrimination positive », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 55.

Sur cette situation, le rapport de 2006 conclut que « Le bilan des politiques d'action positive pratiquées au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni apparaît positif en termes de représentation des minorités visibles », in Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne n° 3502, *op. cit.*

<sup>1420</sup> Ce label existe depuis 2008, il vise à reconnaître l'engagement effectif, volontaire et durable d'un organisme pour prévenir les discriminations et promouvoir la diversité dans le cadre de la gestion de ses ressources humaines.

<sup>1421</sup> Voir nous explications dans le chapitre précédent.

<sup>1422</sup> Projet de loi constitutionnelle n° 911 pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, présentée à l'Assemblée Nationale le 9 mai 2018.

441. Outre les États membres, qui sont les destinataires à titre principal de la possibilité de déroger au principe de l'égalité de traitement par le biais des directives, le droit primaire ouvre la possibilité d'adopter de telles mesures au législateur de l'Union, mais de manière plus incertaine.

## **Section 2. La possibilité d'une mise en œuvre par les institutions européennes**

442. Le Traité d'Amsterdam fait entrer dans le droit primaire deux dispositions qui offrent ou pourraient offrir, pour la première fois, la possibilité aux institutions d'adopter des actes législatifs contenant des mesures d'action positive. Il s'agit des articles 19 et 157 §3 du TFUE, même aucun n'est explicite en ce sens. Les deux dispositions ne sont pas équivalentes, puisque l'article 19 invite l'Union à « 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 » alors que l'article 157 §3 cherche à « assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ». La première disposition s'inscrit dans l'objectif de lutte contre les discriminations quand la seconde paraît plus large par sa référence aux deux principes d'égalité. Nous avons vu que le principe de l'égalité de traitement se définissait surtout dans le droit dérivé comme une obligation de ne pas discriminer, accompagnée de dispositions obligeant à traiter différemment les situations différentes. Le principe d'égalité des chances représente quant à lui la norme régulatrice permettant de justifier l'action positive à titre dérogatoire. Nous devons donc commencer par nous interroger sur ces deux bases juridiques, qui constituent une faculté restreinte pour les institutions d'adopter des mesures d'action positive (§1). Nous verrons ensuite que l'autorisation n'a été que très partiellement activée, et de manière inaboutie (§2).

### **§1) L'autorisation restreinte d'adoption**

443. La référence au principe d'égalité des chances inscrite dans l'article 157 §3 du TFUE en fait une base juridique assez indiscutable pour adopter des mesures d'action positive à l'échelle européenne. La rupture par rapport à l'énonciation du principe d'égalité de rémunérations ancré dans une conception formelle de l'égalité de traitement est totale dans le



domaine de l'égalité entre hommes et femmes (A). En revanche, la situation n'est sans doute pas si claire pour l'article 19 du TFUE, et l'on doit s'interroger sur la potentialité d'imaginer une action positive européenne dérogatoire fondée sur cet article (B).

### ***A) Le fondement en matière d'égalité entre les sexes***

444. L'article 157 §3 du TFUE énonce que « 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 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 ». Cette disposition a remplacé l'article 141 § 3 du TCE dont le contenu était le même, la procédure d'adoption étant ce que le Traité de Lisbonne a appelé la procédure législative ordinaire (1). On peut considérer que l'habilitation à agir conférée aux institutions est remarquablement ouverte, bien qu'elle soit limitée à l'égalité des sexes et à l'emploi et au travail (2).

#### **1- L'adoption par la procédure législative ordinaire**

445. Dans l'ancienne version de cette disposition, le Conseil avait déjà été habilité à adopter des mesures suivant la procédure de codécision de l'ancien article 251 du TCE. Aujourd'hui, c'est à la procédure législative ordinaire de l'article 294 du TFUE que renvoie l'article 157 §3 du TFUE. Le Traité de Lisbonne a fait du Parlement européen « un véritable co-législateur sur l'essentiel de la législation communautaire »<sup>1423</sup>. Les mesures adoptées sur le fondement de l'article 157 §3 résultent donc d'actes de droit dérivé impliquant pleinement l'institution directement élue par les citoyens européens.

446. Cette procédure est indéniablement un avantage du fait de l'« égalité législative »<sup>1424</sup> entre le Parlement et le Conseil. L'on peut certainement s'en réjouir parce que le champ

---

<sup>1423</sup> J.-P. JACQUÉ, « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, n° 3, 2008, p. 462 ; F. CHALTIEL, « Le traité de Lisbonne : le processus de décision », *Petites affiches*, n° 1, 18 janvier 2008, p. 5.

Pour une étude complète de la conquête de ce rôle par le Parlement, voir D. BLANC, « Le parlement européen législateur », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 96-126.

<sup>1424</sup> D. BLANC, « Le parlement européen législateur », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, op. cit., p. 116. Voir aussi : C. BLUMANN, « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le Traité de Maastricht », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2012, p. 238 : « Cette procédure

d'application de la procédure de codécision<sup>1425</sup> fut l'objet d'une lutte constante des partisans de l'accroissement des pouvoirs du Parlement<sup>1426</sup> et qu'elle ne leur donne pas, aujourd'hui encore, pleine satisfaction. Mais elle peut aussi constituer une difficulté vu la nécessité de dégager un consensus, non seulement au sein de chacune des institutions, mais également interinstitutionnel. Le texte doit être adopté « dans les mêmes termes » par les deux institutions, à défaut, son adoption est empêchée<sup>1427</sup>. De plus, la Commission européenne transmet ses propositions aux deux institutions simultanément même si c'est le Parlement qui adopte une première version du texte transmis au Conseil pour approbation ou modification.

## 2- L'ouverture de l'habilitation dans un champ restreint

447. L'article 157 §3 du TFUE est limité à deux égards : les mesures adoptées sur son fondement ne peuvent viser que la catégorie du sexe et le domaine de la vie professionnelle. Cela étant précisé, l'habilitation conférée paraît plutôt large dans l'action qu'elle peut permettre d'entreprendre. Isabelle Pingel et Pierre Pescatore évoquent une fracture assez nette entre, d'une part, les premier et deuxième paragraphes de l'article 157 du TFUE et les deux suivants d'autre part<sup>1428</sup>. Les deux premiers visent le principe d'égalité des rémunérations, riche de précisions, assorti de définitions précises, et reconnu d'effet direct même horizontal à ce titre par la Cour de justice<sup>1429</sup>. Ce premier principe s'adresse en premier lieu aux États membres puisqu'ils ont la charge d'imposer son respect en leur sein, et indirectement aux particuliers, au sens des employeurs, qui peuvent engager leur responsabilité en cas de non-respect. Dans une logique tout à fait différente, les deux paragraphes suivants, ajoutés par le Traité d'Amsterdam, portent sur les principes d'égalité de traitement et d'égalité des chances dans l'emploi et le travail. Ces deux paragraphes sont formulés de manière considérablement plus vague et surtout, le paragraphe 3 qui nous intéresse ne s'adresse qu'aux institutions. « À la différence de la

---

correspond bien sûr au souci de réduire le déficit démocratique de l'Union en renforçant les pouvoirs législatifs du Parlement européen ».

<sup>1425</sup> Voir C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. 64 : « le champ d'application initial de la nouvelle procédure [de codécision] se trouve restreint et cantonné à des domaines plutôt périphériques du droit communautaire »

<sup>1426</sup> D. BLANC, « Le parlement européen législateur », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, op. cit., p. 117 : il parle « à l'origine un domaine arbitraire et étroit de la codécision ».

<sup>1427</sup> Longtemps, « la démocratisation du processus de décision et son efficacité apparaissaient antinomiques », in D. BLANC, « Le parlement européen législateur », op. cit., p. 121. Il montre pourtant que dans les faits, le processus d'adoption s'est révélé plutôt rapide, du fait d'un souci des institutions d'adopter les actes en première lecture autant que possible (p. 122).

<sup>1428</sup> I. PINGEL, P. PESCATORE, « L'article 157 », in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Bâle Paris Bruxelles, Helbing Lichtenhahn Dalloz Bruylant, 2010, pp. 1057-1058.

<sup>1429</sup> CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne / Sabena*, C-43/75, pts 24 et 39.

précédente, cette règle n'est affirmée que de manière générale par l'article 141 §3 qui renvoie au droit dérivé le soin d'en préciser la portée »<sup>1430</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une règle dont l'effet pourrait être direct, mais d'une base juridique pour agir, exactement comme l'article 19 du TFUE, qui se trouve pourtant dans une autre partie du Traité.

**448.** Dans ces deux cas, les États membres ne sont pas concernés par les dispositions et aucune précision n'est donnée quant aux moyens à mettre précisément en œuvre pour atteindre l'objectif d'assurer le principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ou de combattre toute discrimination. L'article 157 §3 du TFUE ne fournit *a priori* pas un cadre restrictif aux institutions, il n'est limité ni dans la forme de l'action autorisée ni dans sa portée, du fait de sa référence au principe d'égalité des chances.

**449.** Pourtant, certains auteurs ont considéré au contraire que « sa portée est limitée » et qu'elle ne saurait « servir de base légale aux quotas féminins »<sup>1431</sup>. Julia Redenius-Hövermann se fonde sur une comparaison avec le paragraphe 4 de l'article 157 pour raisonner ainsi. Selon elle, si ce sont les États membres qui peuvent favoriser le sexe sous-représenté en vue de garantir concrètement la pleine égalité, « cela signifie que l'Union européenne n'a aucune compétence pour prendre des mesures de discrimination à rebours »<sup>1432</sup>. Au-delà du caractère profondément ambigu de la substitution du terme d'action positive par celui de discrimination à rebours<sup>1433</sup>, l'argument est curieux étant donné que le principe d'égalité des chances est précisément le principe qui a fondé, depuis l'origine, la validité de certains quotas

---

<sup>1430</sup> I. PINGEL, P. PESCATORE, *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Bâle Paris Bruxelles, Helbing Lichtenhahn Dalloz Bruylant, 2010, p. 1058.

<sup>1431</sup> J. REDENIUS-HÖEVERMANN, « Améliorer l'équilibre hommes/femmes parmi les administrateurs des sociétés cotées en bourse ? », *JDE*, vol. 197, n° 3, 2013, pp. 94-96.

<sup>1432</sup> *Ibid.*

<sup>1433</sup> Voir C. BLUMANN, L. DUBOUIS cités par R. HERNU, in *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 78 : la discrimination à rebours se produit « lorsque le ressortissant d'un Etat membre se plaint de ce que le traitement que lui impose son droit national est moins favorable que celui dont bénéficient dans cet Etat les ressortissants des autres Etats membres qui invoquent le bénéfice des règles communautaires ». Voir aussi K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 17.

L'utilisation de la notion s'explique toutefois par le fait que cette expression « est empruntée de manière un peu surprenante à la doctrine américaine relative à l'*affirmative action*. L'expression sert à qualifier la situation dans laquelle se trouve un individu exclu de la distribution d'un bien en raison de l'application d'une telle politique », *ibid.* Voir : K. GREENAWALT, « Discrimination and Reverse Discrimination », *Law and Philosophy*, vol. 5, n° 1, 1986, pp. 135-143 ; R. K. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, pp. 18-29.

Dans la discrimination à rebours, on retrouve l'idée qu'une catégorie de personnes, les ressortissants d'autres Etats membres, jouissent d'une situation plus favorable grâce au droit de l'Union qu'une autre catégorie de personnes, les ressortissants d'un Etat en particulier, et subissent de ce fait une discrimination directe, comme dans la discrimination positive.

« flexibles »<sup>1434</sup>, et donc précisément de mesures de discriminations positives. La référence à ce principe dans le paragraphe 3 est un indice clair de la volonté d'autoriser des mesures de ce type au niveau institutionnel, autant qu'au niveau étatique. Au contraire, dans cette référence, la disposition laisse entrevoir, en théorie du moins, une richesse d'actions possibles. La situation est en revanche beaucoup moins clair pour les autres motifs que le sexe, pour lesquels la seule base juridique dans le droit primaire est l'article 19 du TFUE.

### ***B) Le fondement potentiel pour les autres motifs***

**450.** La seule base juridique potentielle, puisqu'elle s'adresse aux institutions, pour les autres motifs, est l'article 19 du TFUE, qui diffère légèrement de l'article 157 §3 TFUE, d'une part quant à la procédure envisagée (1) et d'autre part, quant à l'objectif visé qui ne mentionne ni le principe de l'égalité de traitement ni l'égalité des chances (2).

#### **1- Le choix d'une procédure législative spéciale**

**451.** Le premier paragraphe énonce que « 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 ». Le second paragraphe y déroge en autorisant, selon la procédure législative ordinaire, l'adoption de « 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 ». Pour Isabelle Pingel et Pierre Pescatore, le système des deux paragraphes « n'a d'autre justification que le souci de limiter les pouvoirs de l'institution élue dans un domaine dans lequel son activité se déploie naturellement »<sup>1435</sup>.

**452.** La procédure législative spéciale se définit comme « l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou

---

<sup>1434</sup> Ceux qui respectent les conditions posées par la Cour dans l'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997, développées dans la partie suivante. Voir §§ 942-960.

<sup>1435</sup> I. PINGEL, P. PESCATORE, « L'article 157 », in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, op. cit., p. 313.

par celui-ci avec la participation du Parlement européen »<sup>1436</sup>. Cette pluralité de procédures législatives « déroutent souvent les observateurs non avertis »<sup>1437</sup>. Le cas où le Parlement européen est le décideur principal est en fait très rare<sup>1438</sup>, le cas le plus courant étant celui de l'article 19 du TFUE où l'unanimité ou la majorité qualifiée est requise au Conseil et où le Parlement ne fait que « participer » au processus d'adoption, à des degrés différents. Ici, l'on peut noter que le Parlement n'est pas seulement consulté pour avis, son approbation est requise. L'obstacle le plus grand dans cette disposition est représenté par l'exigence d'unanimité au Conseil. Elle a été atteinte trois fois jusqu'à présent, pour adopter les directives 2000/43, 2000/78 et 2004/113. Elle n'a cependant jamais été utilisée pour adopter un acte de droit dérivé instituant directement une mesure de discrimination positive au niveau européen.

## 2- L'absence de référence aux principes d'égalité

453. « Ni un principe, ni une compétence »<sup>1439</sup>, le premier paragraphe est bien une clause d'habilitation, « laissant toute latitude dans le choix des moyens »<sup>1440</sup> au Conseil pour combattre les discriminations. Pour plusieurs auteurs, il ne fait pas de doute que l'article 19 puisse être utilisé pour instituer des discriminations positives à l'échelle européenne. Edouard Dubout va jusqu'à écrire qu'il « permet non seulement au Conseil d'autoriser les États à adopter des mesures d'action positive mais elle peut également servir de fondement à l'adoption par le conseil lui-même de mesures imposant une égalité des résultats à l'échelle communautaire »<sup>1441</sup>. Jean-François Flauss estime que « la compétence décisive confiée au Conseil dans le domaine de la lutte contre les discriminations n'est aucunement circonscrite de prime abord aux mesures destinées à assurer une égalité formelle. Le recours à l'inégalité compensatrice ne serait donc nullement constitutif d'un "ultra vires" »<sup>1442</sup>. On peut s'interroger sur le bien-fondé de ces analyses.

---

<sup>1436</sup> Article 289 §2 du TFUE. Claude BLUMANN estime que cette disposition « tente au moins de sauver les apparences par une approche qui se veut synthétique », pour masquer le manque d'unité de la procédure législative spéciale. In « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le Traité de Maastricht », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2012, p. 240.

<sup>1437</sup> C. BLUMANN, « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le Traité de Maastricht », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2012, p. 237.

<sup>1438</sup> Article 228 §4 du TFUE.

<sup>1439</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 12.

<sup>1440</sup> I. PINGEL, P. PESCATORE, « L'article 157 », in *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, op. cit., p. 312.

<sup>1441</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 286.

<sup>1442</sup> J.-F. FLAUSS, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 429.

454. Est-il réellement équivalent d'assurer le principe d'égalité des chances et de traitement, au sens de l'article 157, et de combattre toute discrimination ? « Combattre toute discrimination » renvoie certainement à la première facette du principe de l'égalité de traitement, au mieux à la seconde facette qui interdit également la discrimination matérielle. Toutefois, si l'on se souvient que la discrimination positive s'est construite comme une action positive dérogatoire par rapport à ce principe, justifiée par la référence à un autre principe, celui d'égalité des chances, l'absence de référence à ce dernier pourrait signifier que l'article 19 ne permet pas des mesures aussi ambitieuses que l'article 157 §3. On peut être porté à penser que « le Conseil doit se contenter de "promouvoir" les conditions de l'égalité, en incitant les Etats membres à agir de façon positive »<sup>1443</sup>, comme il l'a fait dans les directives 2000/78 et 2000/43.

455. Notons toutefois que le Parlement européen a lancé depuis 2006 un programme de stages réservés aux personnes handicapées. Le Parlement précise qu'il s'agit d'une « mesure positive, au sens de l'article 4 du Code de bonne conduite pour l'emploi des personnes handicapées »<sup>1444</sup>, visant à faciliter leur intégration professionnelle. Ce « code de bonne conduite », adopté et régulièrement mis à jour par le Bureau du Parlement, renvoie à l'article 13 du TCE (19 du TFUE)<sup>1445</sup>, mais il ne s'agit pas d'un acte législatif contraignant pour les États membres. Nous ne pouvons établir avec certitude si cette disposition du Traité pourrait permettre une discrimination positive contraignante pour tous les États membres dans les mêmes conditions. Étant donné l'attachement particulièrement prégnant des institutions à « l'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne »<sup>1446</sup>, concrétisé notamment par l'adhésion à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, et le rôle moteur de l'Union pour faire progresser les États sur ce point<sup>1447</sup>, l'adoption d'une action positive fondée sur le handicap pourrait voir le jour. L'article 157 §3 permet en revanche de telles actions avec plus de certitude pour l'égalité entre hommes et femmes, même si son activation n'a pas encore abouti.

---

<sup>1443</sup> A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*

<sup>1444</sup> Sur le site du Parlement européen :

[http://www.europarl.europa.eu/traineeships/traineeship\\_programme\\_disability\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/traineeships/traineeship_programme_disability_fr.htm)

<sup>1445</sup> Code de bonne conduite pour l'emploi des personnes handicapées, Décision du bureau du 22 juin 2005.

<sup>1446</sup> « L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne. Quel bilan ? », *Rev. UE*, n° 594, 2016, p. 37.

<sup>1447</sup> L'article 26 de la charte des droits fondamentaux est consacré à l'intégration des personnes handicapées. Il avait pour ambition de « rompre avec la "longue tradition de *soft law*" caractérisant les mesures à l'égard des personnes handicapées, en reconnaissant un véritable droit à l'intégration de ces dernières. La volonté d'inscrire le handicap au cœur des politiques européennes était, d'ailleurs, explicitée par l'emplacement dudit article dans le chapitre "Égalité", et non "Solidarité", comme on aurait pu l'envisager ». *In* « L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne. Quel bilan ? », *Rev. UE*, n° 594, 2016, p. 37.

## §2) L'activation inaboutie de l'autorisation d'adopter

456. La possibilité d'utiliser l'article 157 §3 pour fonder une mesure d'action positive à l'échelle européenne a été confirmée par une proposition de directive de la Commission du 14 novembre 2012. Une telle confirmation n'a en revanche pas eu lieu pour l'article 19 du TFUE dont nous doutons qu'il puisse permettre une telle proposition. Une action positive harmonisée en faveur du sexe sous-représenté est ainsi projetée (A), mais elle n'est pas parvenue à se concrétiser (B). La possibilité de déroger à l'égalité de traitement n'est donc pas activée directement par l'Union européenne pour le moment et reste entièrement déléguée aux États membres.

### A) *Le projet d'action positive harmonisée en faveur du sexe sous-représenté*

457. Le 14 novembre 2012, la Commission a élaboré une proposition de directive relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse<sup>1448</sup> instaurant un quota de 40% du sexe le moins représenté dans les conseils d'administration des sociétés cotées. Sur cette question de la représentativité dans les organes dirigeants d'entreprises, on peut observer une grande disparité de situations d'un État membre à l'autre. La France fait figure de modèle<sup>1449</sup>, depuis l'adoption de la loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, dite loi « Copé-Zimmermann »<sup>1450</sup>, dont nous avons déjà parlé. Dans un rapport du 10 février 2016<sup>1451</sup>, on apprend qu'en France, les femmes occupent 34,1 % des sièges des conseils des plus grandes sociétés cotées et 27,8 % sur la totalité des sociétés cotées. Ces statistiques font de la France le seul Etat membre de l'Union qui atteindra en principe d'ici à 2020 une représentation féminine de 40%, conformément à sa législation<sup>1452</sup>. Elle représente d'ailleurs à elle seule plus de 40 %

---

<sup>1448</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, COM/2012/0614 final.

<sup>1449</sup> A. MAYMONT, « La représentation équilibrée hommes-femmes dans les conseils de sociétés. La législation française : "Le" modèle de l'Europe ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 49, 2013, p. 1667 : « En France, l'évolution législative a été si importante en 2011 qu'elle semble avoir devancé tous les États membres et même l'Union européenne ».

<sup>1450</sup> Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, JORF n° 0023 du 28 janvier 2011, p. 1680.

<sup>1451</sup> Rapport n° 2016-01-15-PAR-019 « Vers un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles : la part des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance. Rapport intermédiaire d'évaluation de la mise en œuvre des lois du 27 janvier 2011 et du 12 mars 2012 », publié le 10 février 2016.

<sup>1452</sup> C'est ce que précise la Commission dans la proposition de directive COM (2012) 614 final : dans l'exposé des motifs, § 3 sous « subsidiarité ».

de la progression observée dans la totalité des conseils d'administration des entreprises de l'Union<sup>1453</sup>.

**458.** Sept autres États – la Finlande, la Lettonie, les Pays-Bas, la Slovaquie, l'Espagne, le Danemark et la Suède – devraient parvenir à cette proportion d'ici 2035. La plupart de ces États ont adopté, à l'instar de la France, des mesures imposant des quotas de représentativité. Selon les données de la Commission européenne en 2012, sur la totalité des États membres, seulement 15 % des sièges d'administrateurs non-exécutifs dans les sociétés sont occupés par des femmes<sup>1454</sup>. La Commission cherche donc à pallier cet écart important et répond ainsi à une demande réitérée du Parlement européen qui avait, par deux résolutions d'initiative en 2011 et 2012, invité la Commission à présenter une proposition législative en ce sens<sup>1455</sup>. Ses objectifs sont détaillés dans sa proposition (1). Malgré des objectifs ambitieux, le contenu de la proposition paraît, lui, limité à plusieurs égards (2).

### **1- Les objectifs de la proposition de la Commission**

**459.** Le Traité ne dit pas grand-chose sur la proposition émise par la Commission, mais l'article 296 du TFUE contient une obligation de motivation des actes juridiques. Ainsi dans sa proposition, la Commission doit présenter ses motivations, dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Dans la présente initiative, et alors que nous cherchons à fonder une dérogation au principe d'égalité de traitement, il est riche d'étudier les justifications apportées par la Commission, qui sont de deux ordres : économique (a) et social (b).

#### *a- Les justifications d'ordre économique*

**460.** L'économie tient une place centrale dans l'exposé des motifs de la Commission. Elle sert autant à rationaliser le projet qu'à le valoriser en démontrant son impact positif sur celle-ci. Après avoir rappelé la « persistance d'un déséquilibre entre hommes et femmes »<sup>1456</sup>, elle se place du point de vue de la « croissance économique »<sup>1457</sup> pour constater que « le recours

---

<sup>1453</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1205\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_fr.htm)

<sup>1454</sup> *Ibid.*

<sup>1455</sup> *Ibid.*

<sup>1456</sup> Voir dans l'exposé des motifs « 1. Contexte de la proposition », *in* Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes /\* COM/2012/0614 final - 2012/299 (COD).

<sup>1457</sup> A l'appui de son argument, la Commission rappelle plusieurs textes précédents, notamment le pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (2011-2020) adopté le 7 mars 2011, dans lequel le Conseil considérait que les politiques d'égalité entre les sexes étaient essentielles à la croissance économique, à la prospérité et à la compétitivité.



insuffisant aux compétences de femmes hautement qualifiées représente une perte », notamment au regard de la sous-utilisation de « l'ensemble des ressources humaines » qu'il induit. Elle parle des « défis démographiques » de l'Union, de la « concurrence dans une économie mondialisée » et « d'avantage comparatif ».

461. « Il aura fallu du temps pour que "la diversité de genre" ne soit plus seulement perçue comme une question de justice sociale, d'équité et de politique, mais aussi comme une question de gouvernance d'entreprise »<sup>1458</sup>. La Commission place clairement les bénéfices pour le marché intérieur et l'économie au centre de son raisonnement<sup>1459</sup>, comme nombre d'études qui avaient tenté de démontrer l'impact positif de la mixité sur la croissance économique<sup>1460</sup>. Elle estime que la présence accrue des femmes dans les conseils d'administration améliore la prise de décision dans l'entreprise et la performance financière. Les justifications présentées de manière un peu désordonnée et assez peu développée ne sont pas toutes également convaincantes. L'idée par exemple que « les conseils à prédominance masculine risquent nettement plus d'être marqués par un "conformisme de groupe" étriqué »<sup>1461</sup> semble contestable, la diversité ne saurait être assurée au sein des conseils d'administration par la seule présence accrue de femmes<sup>1462</sup>. En dehors du fait que des auteurs ont montré que la diversité peut au contraire aboutir à rendre la prise de décision plus difficile ou ne pas avoir l'impact positif escompté<sup>1463</sup>, on peut aussi s'interroger sur la pertinence du genre comme vecteur de diversité<sup>1464</sup>. La diversité socio-professionnelle<sup>1465</sup> pourrait en effet sembler bien plus appropriée

---

<sup>1458</sup> J. du PLESSIS, « The case for and against mandatory gender quota legislation for company boards », *Deakin Law Review*, vol. 20, n° 1, 2015, p. 1-24 : « It took a long time for 'gender diversity' to be seen not only as a social justice, equity or political issue, but also as a core corporate governance issue ». Librement traduit.

<sup>1459</sup> M. SZYDLO, « Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance », *European Law Journal*, vol. 21, n° 1, janvier 2015, p. 101.

<sup>1460</sup> Voir par exemple S. VINNICOMBE, V. SINGH, R. J. BURKE, D. BILIMORIA (dir.), *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice*, Edward Elgar Publishing, 2008, 272 p. ; D. ROSENBLUM, « Feminizing Capital: A Corporate Imperative », *Berkeley Business Law Journal*, vol. 6, 2009, pp. 55-95.

<sup>1461</sup> Voir Benoît LECOURT qui note que « Le rôle passif des conseils d'administration a souvent été, à juste titre, dénoncé depuis la crise ». In « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 126.

<sup>1462</sup> Voir M. ADAMS, « Board Diversity: More Than a Gender Issue? », *Deakin Law Review*, vol. 20, n° 1, 2015, p. 123.

<sup>1463</sup> R. B. ADAMS, D. FERREIRA, « Women in the boardroom and their impact on governance and performance », *Journal of Financial Economics*, vol. 94, n° 2, 2009, pp. 291-309 ; N. SMITH, V. SMITH, M. VERNER, « Do women in top management affect firm performance? A panel study of 2 500 Danish firms », *International Journal of Productivity and Performance Management*, vol. 7, n° 55, 2006, pp. 569-593.

<sup>1464</sup> Pour aller plus loin sur ce sujet : D. MATSA, A. MILLER, « A female style in corporate leadership ? Evidence from quotas », *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 5, 2013, pp. 136-169.

<sup>1465</sup> Eric FASSIN adresse ce même reproche à l'imposition de quotas de genre en matière électorale en France : « la parité, si elle renouvelle la composition du monde politique en termes de sexe, ne changera rien à sa distribution de classe ». In « Penser la discrimination positive », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 63.

pour atteindre l'objectif de lutte contre « l'absence de remise en cause effective des décisions de la direction, de même que le manque de diversité des avis exprimés, des valeurs défendues et des compétences peut se solder par une moindre richesse des débats et des idées et une moindre contestation au sein des conseils des entreprises »<sup>1466</sup>. On peut déplorer que la Commission ne fasse pas état des critiques virulentes contre la discrimination positive. Un certain nombre de parlements nationaux ont pourtant exprimé un vif désaccord avec le projet de directive, estimant que l'instauration d'un quota constituerait une ingérence trop grande dans la liberté des entreprises et risquerait de créer une distorsion sur le marché<sup>1467</sup>. Le modèle de la mixité ne fait pas suffisamment consensus dans la doctrine et dans les pratiques des États pour que la Commission s'abstient d'évoquer les critiques<sup>1468</sup>.

**462.** L'ambition de la Commission est tout de même compréhensible : si l'on part du principe que les entreprises ne vont pas spontanément prendre des mesures destinées à lutter contre les inégalités alors il faut miser sur leur rationalité en tant qu'agent économique cherchant à réaliser des bénéfices et réduire les coûts. Un raisonnement similaire fut par exemple développé pour les quotas d'émissions de gaz à effet de serre. Si les entreprises ne prennent pas de leur propre initiative des mesures pour protéger l'environnement, il faut faire valoir les bénéfices qu'elles peuvent en retirer d'un point de vue économique<sup>1469</sup>.

**463.** « La proposition doit répondre à certaines exigences de fond et de forme, comme celle d'être dûment motivée [...] mais également documentée au moyen de diverses annexes, financières, techniques, économiques, et d'études d'impact »<sup>1470</sup>. On trouve dans la proposition le résultat d'une vaste consultation dans le secteur public et privé. « Une vaste majorité s'accordait à dire que la mixité de la main-d'œuvre et de la composition de ces conseils

---

<sup>1466</sup> « 1. Contexte de la proposition », in Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, *op. cit.*

<sup>1467</sup> François-Xavier LUCAS avait par exemple adressé des reproches très virulents à la loi française de 2011 ayant instauré ce type de quota. Il affirmait que « Les actionnaires qui investissent dans une société sont libres de se choisir les représentants qui leur conviennent et ils n'ont pas à justifier leur choix qui doit rester discrétionnaire. [...] La loi doit offrir un cadre propice aux sociétés et faire en sorte que l'exercice de leur activité soit aussi harmonieux que possible. Elle n'est pas là pour persécuter les associés et leur imposer des contraintes qui ne seraient pas fondées sur des considérations d'ordre public évidentes » in « La modernité s'invite dans les conseils d'administration. Editorial », *Bulletin Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> novembre 2009, n° 11, p. 945.

Voir aussi P. REIGNÉ, « Les femmes et les conseils d'administration. Réponse à un éditorial de M. François-Xavier Lucas », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 3, janvier 2010, p. 1048.

<sup>1468</sup> C'est ce que déplore également M. SZYDLO, « Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance », *op. cit.*, p. 102 : « What, however, deserves critique is the fact that the Commission ignores counter-arguments completely and does not address them at all ».

<sup>1469</sup> Voir l'exposé des motifs de la proposition de directive de la Commission établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, 17 juillet 2015, 2015/0148 (COD).

<sup>1470</sup> C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2016, p. 316.

est un moteur de l'innovation, de la créativité, de la bonne gouvernance et de l'expansion des marchés pour les entreprises et que ce serait faire preuve d'un manque de vision que de ne pas utiliser le potentiel économique que représentent les femmes qualifiées ». Les arguments sociaux ou fondés sur les droits fondamentaux ne viennent que dans un second temps dans la partie intitulée « Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union et avec la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » de l'exposé des motifs.

*b- Les justifications d'ordre social*

**464.** L'objectif de « briser le plafond de verre qui continue d'entraver l'accès des femmes de talent aux postes de décision dans les plus grandes entreprises d'Europe » se situe dans une perspective différente. Il y a dans le choix du quota imposé une « volonté de se rapprocher de l'idéal, prôné par certains, d'une "représentation-miroir" de la société dans différentes institutions »<sup>1471</sup>. La Commission se fonde à la fois sur la jurisprudence de la Cour de justice sur les limites du principe d'égalité de traitement que sur la Charte des droits fondamentaux pour justifier sa proposition<sup>1472</sup>.

**465.** L'égalité des chances est expressément visée par l'article 5 de la directive proposée. Étant donné les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux<sup>1473</sup> et les nombreuses références au principe d'égalité entre hommes et femmes dans le droit positif de l'Union<sup>1474</sup>, la Commission aurait presque pu se contenter de cette justification pour fonder la directive. Pourtant elle n'utilise réellement l'égalité et les droits fondamentaux que lorsqu'elle évoque « la subsistance de multiples obstacles auxquels se heurtent, dans leur ascension vers les postes les plus élevés, les femmes hautement qualifiées ». Notamment, parmi ces obstacles, elle relève que « la réticence à nommer des candidates à des postes d'administrateurs trouve souvent ses racines dans des conceptions stéréotypées des rôles de l'homme et de la femme qui prévalent en matière de recrutement et de promotion, dans une culture d'entreprise dominée par les

---

<sup>1471</sup> B. VILLENAVE, « La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale*, vol. 3, n° 3, 2006, p. 43.

<sup>1472</sup> Lorsqu'elle avait adopté sa nouvelle Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2010-2015), la Commission avait déjà annoncé qu'elle envisageait de prendre « des initiatives ciblées afin d'améliorer la représentation des femmes dans les postes à responsabilité ». Voir le Rapport sur les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'Union européenne. Une initiative Europe 2020, 2011.

<sup>1473</sup> Respectivement, l'article 21 interdit toutes les discriminations notamment fondées sur le sexe et l'article 23 est spécifiquement consacré à l'égalité entre hommes et femmes « dans tous les domaines ».

<sup>1474</sup> La Commission rappelle que « l'égalité entre les femmes et les hommes figure au nombre des valeurs fondatrices et des objectifs fondamentaux de l'Union en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne (TUE). Conformément à l'article 8 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'Union cherche, pour toutes ses actions, à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes ».

hommes et dans le manque de transparence des procédures de nomination des membres des conseils ». La Commission évoque des difficultés à la fois structurelles et psychologiques, sans beaucoup plus de précision.

466. De plus, elle conclut que « ces éléments, dont la combinaison est souvent appelée "plafond de verre", portent atteinte, dans toute l'Union, au fonctionnement optimal du marché de l'emploi des cadres dirigeants ». Cette conclusion peut paraître surprenante puisqu'au moment où elle semble changer de registre argumentatif, elle en revient au « fonctionnement optimal du marché ». Les stéréotypes sexistes ne portent pas seulement atteinte au bon fonctionnement du marché, mais d'une certaine manière à la société toute entière, au bien-être des individus, à leur dignité, à leur droit à l'égalité. Ici, la rhétorique des droits fondamentaux n'apparaît quasiment pas et cela peut sembler regrettable. La Commission aurait pu privilégier par exemple l'article 3 du Traité sur l'Union européenne qui fait référence à la promotion du « bien-être » des peuples, « au progrès social », à « l'exclusion sociale », à « la justice » et « la solidarité ». Tout ce vocabulaire présent dans les Traités aurait pu servir à enraciner la mesure davantage dans sa dimension sociale, et non seulement économique.

467. En outre, une partie de la doctrine considère que la Charte des droits fondamentaux a permis l'avènement d'un « principe vraiment général d'égalité » en droit de l'Union, doté en tant que « droit fondamental d'une valeur autonome et non dirigé vers un objectif déterminé comme la réalisation du marché intérieur »<sup>1475</sup>. Ici, il semble que l'objectif d'égalité homme-femme que la directive poursuit soit pourtant totalement tourné vers l'efficacité du marché intérieur<sup>1476</sup>. On peut éventuellement considérer, comme Marek Szydło le suggère, que la Commission préfère la rhétorique économique étant donné que la mesure s'adresse à des opérateurs privés en priorité et que l'effet horizontal de la Charte demeure une question complexe<sup>1477</sup>.

---

<sup>1475</sup> S. PLATON, « l'invocabilité de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux : portée et limites », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2014, p. 128.

<sup>1476</sup> Voir la thèse de S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 54 et s.

<sup>1477</sup> Nous en parlerons dans le chapitre suivant. Dans l'arrêt CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, la Cour a été appelée à se prononcer pour la première fois sur l'invocabilité des principes de la Charte dans un litige horizontal. Les principes consacrés par la Charte ne peuvent être invoqués devant les juges nationaux ou de l'Union que pour l'interprétation et le contrôle des actes les mettant en œuvre. Ensuite, les principes doivent être d'applicabilité directe pour être invocables, et donc se suffire à eux-mêmes. La plupart des principes en matière sociale étant accompagnés d'un renvoi au droit de l'Union ou à celui des Etats membres, l'invocabilité sera *a priori* très limitée. Voir P. RODIÈRE, « Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1618 du 17 février 2014 ; H. SURREL, « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », *JPC G*, 10 mars 2014, 319 ; R. TINIÈRE « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, Chron. n° 14.

## 2- Le contenu limité de la proposition

468. L'article 1<sup>er</sup> présente l'objet de la directive et pose deux limites à son champ d'application matérielle. La première limite concerne le quota choisi (a) et la seconde son champ d'application (b), ce qui permet de considérer que la législation envisagée reste modérée afin de limiter l'atteinte portée au principe d'égalité de traitement.

### *a- Une limitation du quota choisi*

469. L'article 4 intitulé « objectifs » constitue véritablement le cœur de la directive proposée. Largement modifié par le Parlement<sup>1478</sup>, son premier paragraphe vise les sociétés cotées dans lesquels les administrateurs non-exécutifs siégeant au conseil d'administration de l'un des deux sexes sont moins de 40%. Les États membres auraient l'obligation de mettre en place une législation les obligeant à modifier leurs procédures de recrutement « y compris les procédures d'avis de vacance faisant appel aux candidatures, de présélection, de sélection et de nomination, de manière à ce que ces procédures contribuent efficacement à atteindre [le] pourcentage [de 40%] au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou, s'il s'agit d'entreprises publiques, au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018 »<sup>1479</sup>. Pour résumer, cette proposition cherche à instaurer une mesure de discrimination positive à l'échelle de l'Union européenne, sous la forme d'un quota rigide en faveur du sexe sous-représenté, dans la répartition des sièges d'administrateurs non-exécutifs dans les sociétés cotées et entreprises publiques.

470. La première interrogation est évidemment celle du pourcentage choisi, qui peut paraître « arbitraire »<sup>1480</sup>, « ne reposant sur aucune justification précise »<sup>1481</sup>, à l'inverse de la parité à proprement parler peut-être. On trouve tout de même un certain nombre d'explications. Le préambule rappelle que « dans sa résolution sur les femmes et la direction des entreprises

---

<sup>1478</sup> 7 amendements ont été adoptés par le Parlement européen sur cet article.

<sup>1479</sup> Il s'agit du texte tel qu'amendé par le Parlement européen qui a ajouté beaucoup de précisions par rapport au texte initial de la Commission plutôt lapidaire. On peut percevoir dans la démarche des députés un souci de guider au maximum les États membres, même dans le cadre d'une directive leur laissant a priori le choix des moyens pour atteindre les objectifs fixés. Un tel souci de clarté et de précision semble logique étant donné que l'objectif de cette législation est précisément d'harmoniser des législations nationales très disparates.

<sup>1480</sup> J. REDENIUS-HOEVERMANN, « Améliorer l'équilibre hommes/femmes parmi les administrateurs des sociétés cotées en bourse ? », *JDE*, vol. 197, n° 3, 2013, pp. 94-96. Elle estime que « dans les différentes études économiques, il n'existe pas de tendance claire démontrant quel pourcentage aurait pour effet une amélioration effective des performances, du chiffre d'affaires ou du gouvernement d'entreprise ».

<sup>1481</sup> A. MAYMONT, « La représentation équilibrée hommes-femmes dans les conseils de sociétés. La législation française : "Le" modèle de l'Europe ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 49, 2013, p. 1667.

du 6 juillet 2011, le Parlement européen a invité instamment les entreprises à atteindre le seuil critique de 30 % de femmes dans les instances dirigeantes d'ici 2015 et de 40 % d'ici 2020 »<sup>1482</sup>.

**471.** Ce quota de 40%, qui se « situe entre la "masse critique" minimale de 30 %, laquelle est estimée nécessaire pour obtenir des effets durables sur la performance des conseils des entreprises, et une parfaite parité hommes-femmes »<sup>1483</sup>, pourrait n'être qu'une étape dans une progression inscrite sur le long terme. Dans une certaine mesure, l'article 1<sup>er</sup> de la proposition le confirme. Les États doivent prendre « des mesures *efficaces* tendant à accélérer les avancées sur la voie de la *parité* entre hommes et femmes »<sup>1484</sup>. La proposition ne serait donc qu'un « petit pas »<sup>1485</sup> pouvant en amener d'autres jusqu'à la parité, un « texte de compromis »<sup>1486</sup> évolutif selon les progrès observés dans les États. Le quota rigide de 40% du sexe sous-représenté est en outre doublement limité dans son champ d'application.

*b- Une double limitation du champ d'application*

**472.** La première limite posée par l'article premier est que le quota rigide envisagé ne vise que les administrateurs *non-exécutifs* et exclut par conséquent les administrateurs *exécutifs*. Pour comprendre cette distinction, l'article 2 fournit les définitions utiles. L'« administrateur exécutif est le « membre d'une structure moniste chargé de la gestion quotidienne de la société ainsi que tout membre d'un conseil de direction au sein d'un système dualiste »<sup>1487</sup> et l'administrateur non-exécutif est « tout membre d'une structure moniste autre qu'un administrateur exécutif et tout membre d'un conseil de surveillance au sein d'un système dualiste »<sup>1488</sup>. La distinction présente avant tout un intérêt pour les sociétés ayant une structure dualiste, c'est-à-dire celles qui suivent davantage le modèle allemand où l'on trouve à la tête de l'entreprise un directoire et un conseil de surveillance.

**473.** Dans de telles structures, même si les administrateurs non-exécutifs ont un certain poids dans la gestion de l'entreprise, en influant notamment sur le choix des administrateurs

---

<sup>1482</sup> Préambule de la proposition de directive, § 6.

<sup>1483</sup> M. Van BEEK, « Vers un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse. Initiative visionnaire ou téméraire ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1, 2013, p. 63.

<sup>1484</sup> Souligné par nous, l'adjectif « efficaces » est le seul ajout du Parlement sur cet article.

<sup>1485</sup> La stratégie des « petits pas » est une expression courant pour décrire la construction européenne, qui illustre une idée développée par Schuman dans son discours du 9 mai 1950 : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait ».

<sup>1486</sup> B. LECOURT, « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? », *Revue sociétés*, 2016, p. 126.

<sup>1487</sup> Article 2 §4 de la proposition de directive.

<sup>1488</sup> Article 2 §5 de la proposition de directive.

exécutifs, la limitation consacrée par le projet de directive est importante. « La Commission a cherché à concilier, d'une part, la nécessité d'accroître la mixité au sein des conseils des entreprises et, d'autre part, "le besoin de limiter autant que possible l'intrusion dans la gestion quotidienne de celles-ci" »<sup>1489</sup>, en posant une règle qui ne concernera que les administrateurs n'ayant pas le pouvoir décisionnel le plus important. On peut penser aussi que les limites strictes posées par la Cour de justice sur la portée dérogatoire du principe d'égalité des chances par rapport à l'égalité de traitement<sup>1490</sup> empêchaient d'imaginer un quota rigide portant sur les sièges d'administrateurs exécutifs ou de viser la parité. Les quotas ne seraient acceptables que s'ils conservent une certaine souplesse<sup>1491</sup>. Cette justification est néanmoins floue étant donné que les conditions posées par la Cour de justice portent davantage sur le processus de sélection<sup>1492</sup> que sur la nature des postes finalement réservés<sup>1493</sup>.

**474.** Pour parachever l'édifice, l'article 5 de la proposition prévoit un mécanisme plus souple pour ce qui concerne les administrateurs exécutifs. Les États membres « veillent à ce que les sociétés cotées contractent des engagements individuels en matière de représentation équilibrée des deux sexes parmi leurs administrateurs exécutifs et s'en acquittent au plus tard pour le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou, s'il s'agit de sociétés cotées constituées en entreprises publiques, pour le 1<sup>er</sup> janvier 2018 ». À la différence de l'article 4, on peut considérer qu'il y a une souplesse car même si les États membres doivent exiger que les sociétés « contractent des engagements individuels », ce qui signifie que le mécanisme est contraignant, l'objectif n'est en revanche pas imposé de manière uniforme par le texte.

**475.** La seconde limite est que seules les entreprises publiques et les sociétés cotées, c'est-à-dire celles qui peuvent émettre des actions sur un marché réglementé<sup>1494</sup>, sont visées, à l'exclusion de toutes les autres entreprises privées. L'explication évidente est une volonté de ne

---

<sup>1489</sup> M. Van BEEK, « Vers un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse. Initiative visionnaire ou téméraire ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1, 2013, p. 62. Il cite la Commission.

<sup>1490</sup> La Commission précise explicitement que la « Cour de justice de l'Union européenne a établi les critères à remplir pour concilier les deux principes de l'égalité formelle de traitement et de l'action positive visant à atteindre une égalité de fait, tous deux étant reconnus dans la charte et à l'article 157 du TFUE, ainsi qu'à l'article 3 de la directive 2006/54/CE ».

<sup>1491</sup> A. JUNTER, M.-T. LANQUETIN, « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? », *RDT*, 2006, p. 72 s. ; A. MAYMONT, « La représentation équilibrée hommes-femmes dans les conseils de sociétés. La législation française : "Le" modèle de l'Europe ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 49, 2013, p. 1667.

<sup>1492</sup> Voir les conditions posées depuis l'arrêt CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, étudiées dans la partie 2, §§ 942-960.

<sup>1493</sup> La Cour accepte que ce soit des places en formation qui soient réservés, autant que des postes hiérarchiquement supérieurs.

<sup>1494</sup> L'article 2§1 de la directive la définit comme « une société ayant son siège statutaire dans un État membre, dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé au sens de l'article 4, paragraphe 1, alinéa 14, de la directive 2004/39/CE, dans un ou plusieurs États membres ».

toucher que les sociétés de grande envergure<sup>1495</sup>, la cotation en bourse des sociétés impliquant « leur importance économique, leur forte visibilité et leur rôle de catalyseur pour le secteur privé en général »<sup>1496</sup>. En excluant les PME<sup>1497</sup>, il y a sans doute l'idée que les grandes entreprises doivent assumer un rôle d'exemplarité et assumer une part de responsabilité plus grande pour faire progresser l'égalité que les plus petites structures qui n'ont ni les mêmes moyens ni la même visibilité à l'échelle internationale. Néanmoins, il peut aussi être « considéré de façon critique »<sup>1498</sup>, l'importance de l'entreprise pourrait également être visée à travers le nombre de salariés par exemple, le chiffre d'affaires, ou « le rapport entre le nombre de femmes salariées et l'effectif total des salariés »<sup>1499</sup>.

**476.** Nonobstant les critiques ou questionnements pouvant être suscités par la directive proposée, il demeure que son adoption n'a pas eu lieu. La seule utilisation de la dérogation offerte par l'action positive en matière d'égalité hommes-femmes au niveau de l'Union n'est donc pas parvenue à concrétisation.

### ***B) Les raisons du blocage***

**477.** En droit de l'Union, « l'absence de projet commun condamne le projet d'acte »<sup>1500</sup>. La procédure législative ordinaire de l'article 157 §3 implique qu'après avoir recueilli les avis du Comité économique et social européen et du Comité des régions, le Parlement a rendu sa

---

<sup>1495</sup> Cela est largement confirmé par l'article 3 qui exclut expressément les petites et moyennes entreprises (PME) du champ d'application de la directive. Il s'agit des entreprises qui occupent « moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ». La définition suit la Recommandation de la Commission n° 2003/361/CE du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

<sup>1496</sup> M. Van BEEK, « Vers un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse. Initiative visionnaire ou téméraire ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 1, 2013, p. 63.

<sup>1497</sup> En France, c'est l'article 51 de la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a introduit cette catégorisation des entreprises et on retrouve la même définition chiffrée que celle de la Commission dans le décret 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique

<sup>1498</sup> Selon Julia REDENIUS- HOEVERMANN, il n'en demeure pas moins que « le critère de la cotation en bourse doit également être considéré de façon critique. En effet, le fait qu'une société lève son capital propre en bourse et que ses parts puissent être négociées sur un marché organisé ne justifie en rien un besoin particulier de réglementation concernant la participation des femmes dans les conseils d'administration ou de surveillance ». In « Améliorer l'équilibre hommes/femmes parmi les administrateurs des sociétés cotées en bourse ? », *JDE*, vol. 197, n° 3, 2013, pp. 94-96.

<sup>1499</sup> *Ibid.*

<sup>1500</sup> D. BLANC, « Le parlement européen législateur », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, op. cit., p. 116.



position le 20 novembre 2013 en première lecture du texte<sup>1501</sup>, consistant en l'occurrence en une approbation avec amendements, prise à la majorité<sup>1502</sup>. L'adoption définitive est déterminée par la réaction du Conseil, qui peut adopter la position du Parlement en l'état ou décider de la modifier à son tour, ce qui lance la deuxième lecture. Depuis 2013, la directive sur la représentation équilibrée des hommes et femmes dans les conseils d'administration fait l'objet de discussions au sein du Conseil de l'Union européenne où aucun accord n'a été trouvé.

### 1- Les conditions procédurales d'adoption

478. Après le 1<sup>er</sup> novembre 2014, ce sont les règles de l'article 16 du Traité sur l'Union européenne concernant l'adoption des actes au Conseil qui s'appliquent. La majorité qualifiée est requise et celle-ci se définit « comme étant égale à au moins 55% des membres du Conseil comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65% de la population de l'Union »<sup>1503</sup>. Une minorité de blocage est constituée d'« au moins quatre membres du Conseil »<sup>1504</sup>, et dans les cas où tous les États ne prennent pas part au vote, la minorité de blocage doit inclure les États « représentant plus de 35% de la population des États membres participants plus un membre »<sup>1505</sup>. En décembre 2015, le Ministre Nicolas Schmidt, en charge des relations du Conseil de l'Union avec le Parlement européen, est intervenu devant l'assemblée plénière des députés européens pour faire un état des lieux de la discussion au Conseil sur la directive. « Le Conseil n'a pas été en mesure de dégager un accord sur la directive relative à la représentation des femmes dans les conseils d'administration »<sup>1506</sup>. Si la proposition a été soutenue par plusieurs États<sup>1507</sup>, une minorité de blocage de neuf États membres s'est constituée<sup>1508</sup> qui explique l'impossibilité procédurale dans laquelle se trouve le Conseil d'adopter le texte.

---

<sup>1501</sup> Procédure 2012/0299 (COD), résolution législative du 20 novembre 2013.

<sup>1502</sup> Le Parlement a adopté 66 amendements en première lecture.

<sup>1503</sup> Article 16 §4 du Traité sur l'Union européenne.

<sup>1504</sup> *Ibid.*

<sup>1505</sup> Article 238 §3 a) du TFUE.

<sup>1506</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14968-2015-INIT/fr/pdf> p. 4

<sup>1507</sup> Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Roumanie, Slovaquie. Voir le *Rapport du Conseil de l'Union européenne*, Proposition de directive, Orientation générale, Dossier interinstitutionnel 2012/0299 (COD), 14343/15, 30 novembre 2015, p. 6.

<sup>1508</sup> B. LECOURT, « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? », *Revue Sociétés*, 2016, p. 126 : « Les Parlements nationaux du Danemark, des Pays-Bas, de la Pologne, de la République tchèque, du Royaume-Uni et de la Suède ont rendu des avis motivés dans un délai de huit semaines à compter de la présentation de la proposition en invoquant que cette dernière n'était pas conforme au principe de subsidiarité. Depuis, d'autres États membres, comme l'Allemagne se sont opposés au texte ».

## 2- Les réticences sur le fond

479. Sur le fond, « les sanctions prévues dans le projet de directive représentent un point majeur de discordance du triangle institutionnel »<sup>1509</sup>. L'article 6 sur les « sanctions » a fait l'objet de quatre amendements de la part du Parlement européen dans sa position<sup>1510</sup>. Cette disposition imposerait aux États de définir des sanctions en cas d'infraction à l'exigence de représentativité et précise que celles-ci devraient être « effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>1511</sup>. L'amendement décisif proposé par le Parlement porte sur le sens des sanctions suggérées par la directive. Dans la proposition initiale, la Commission donnait de simples exemples de sanctions (« peuvent comporter »)<sup>1512</sup>, tandis que le Parlement en fait des obligations *a minima* pour les États (« comportent au moins les mesures suivantes »), il s'agit des amendes administratives<sup>1513</sup> et de la nullité des nominations ou élections des administrateurs violant la directive. Avec l'amendement du Parlement, les États ne peuvent que prévoir des sanctions supplémentaires ou plus intensives par rapport à ce seuil minimal.

480. Les Ministres du Conseil de l'Union, comme la doctrine, ont réagi à ces sanctions, dans deux sens essentiellement. D'abord, on peut effectivement « s'interroger sur l'opportunité d'une sanction visant la société elle-même par des amendes pécuniaires »<sup>1514</sup>. En France par exemple, l'article premier de la loi de 2011 prévoit que « toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé »<sup>1515</sup>. Il n'y a pas de sanction pécuniaire et de surcroît, la nullité est limitée à la nomination et ne touche pas les délibérations. Tel est aussi le cas dans le dispositif allemand<sup>1516</sup>. Certains États qui ont franchi le cap d'instaurer un quota

---

<sup>1509</sup> L. CHARLET, A. METRAL, *Femmes et quota. La directive européenne à l'arrêt ?*, note d'analyse, mai 2016, *RSE & Diversité*, p. 6.

<sup>1510</sup> Procédure 2012/0299 (COD), résolution législative du 20 novembre 2013.

<sup>1511</sup> Article 4 §2.

<sup>1512</sup> Article 6 §2 de la proposition précitée, COM/2012/0614 final.

<sup>1513</sup> Le Parlement européen explique la notion : elles prennent la forme d'une « exclusion des appels d'offres publics » et d'une « exclusion partielle des financements des Fonds structurels de l'Union.

<sup>1514</sup> J. REDENIUS-HOEVERMANN, « Améliorer l'équilibre hommes/femmes parmi les administrateurs des sociétés cotées en bourse ? », *JDE*, vol. 197, n° 3, 2013, p. 95.

<sup>1515</sup> Codifié à l'article L. 225-18-1 du Code de Commerce.

<sup>1516</sup> En Allemagne, le *Deutscher Corporate Governance Kodex* fixait jusqu'en 2015 des objectifs non-contraignants en termes de composition des conseils d'administration, comprenant une « proportion appropriée de femmes » notamment.

L'adoption de la loi pour la participation égale des hommes et des femmes aux postes de direction dans le secteur privé et public par le Parlement allemand le 6 mars 2015 a changé la situation. (*Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*, acte du 24 avril 2015 BGBl. I 642). Un quota obligatoire de 30% du sexe sous-représenté est introduit, pour les sociétés

ne prévoient pas encore de sanction, c'est par exemple le cas des Pays-Bas. Le code civil néerlandais a été modifié en 2011 pour intégrer un objectif de 30% de représentation de chaque sexe mais qui n'entraîne pas de sanction véritable, l'entreprise devant obéir au principe de « se conformer ou expliquer ». C'est aussi le cas de la Slovénie qui a opté en 2004 pour un quota de 40% de représentation dans les entreprises publiques pour les administrateurs exécutifs et non-exécutifs, mais aucune sanction n'est prévue. À l'inverse, le gouvernement suédois avait annoncé en septembre 2016 son intention de déposer un projet de loi pour imposer un quota de 40% dans les conseils d'administration des sociétés cotées qui prévoyait des sanctions sous forme d'amendes<sup>1517</sup>.

**481.** Certains auteurs pensent que « le choix de la nullité des délibérations comme des nominations est mauvais ; il menace inutilement la sécurité juridique et relève d'une conception archaïque des sociétés »<sup>1518</sup>, que « la Commission aurait dû s'inspirer du texte de loi français »<sup>1519</sup>. D'autres critiquent au contraire le dispositif français comme étant insuffisant sur les sanctions<sup>1520</sup>, l'audace du Parlement étant jugée bienvenue. Il y a en tout cas un contraste étonnant entre la retenue de la Commission dans sa proposition et l'amendement proposé par le Parlement qui donne une toute autre coloration au texte, avec des sanctions plus avancées que dans les États « modèles ».

**482.** Le blocage au Conseil de l'Union qui ne parvient pas à dégager la majorité nécessaire à l'adoption du texte illustre une fois de plus la difficulté de construire des modèles européens uniques en matière sociale, surtout lorsque les législations et pratiques des États sont hétéroclites. Cette difficulté est sans doute démultipliée pour la discrimination positive qui a tendance à susciter des réactions de rejet violentes<sup>1521</sup>.

---

cotées, à la fois pour les administrateurs représentants les actionnaires et ceux des employés. La sanction prévue est la même que dans le dispositif français, l'élection du conseil est nulle et les sièges réservés aux femmes sont réputés vacants.

Voir R. KOCH, « Board Gender Quotas in Germany and the EU: an Appropriate Way of Equalising the Participation of Women and Men? », *Deakin Law Review*, vol. 20, n° 1, 2015, p. 60.

<sup>1517</sup> L'opposition au Parlement a toutefois empêché l'adoption de ce projet.

<sup>1518</sup> P. REIGNÉ, « Les femmes et les conseils d'administration. Réponse à un éditorial de M. François-Xavier Lucas », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 3, janvier 2010, p. 1048.

<sup>1519</sup> J. REDENIUS-HOEVERMANN, « Améliorer l'équilibre hommes/femmes parmi les administrateurs des sociétés cotées en bourse ? », *JDE*, vol. 197, n° 3, 2013, p. 95.

<sup>1520</sup> A. MAYMONT, « La représentation équilibrée hommes-femmes dans les conseils de sociétés. La législation française : "Le" modèle de l'Europe ? », *op. cit.*, § 11.

<sup>1521</sup> Renaud MORTIER écrit que « La cause de la discrimination positive se veut si juste et gorgée de bonnes intentions, et la surenchère si facile, que tous ceux qui s'y opposeraient pourraient rapidement être désignés à la vindicte publique comme d'ignobles réactionnaires », *in* « La féminisation forcée des conseils d'administration », *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2011, comm., p. 75.

**483. Conclusion du Chapitre.** L'entrée dans le droit primaire de l'action positive en faveur du sexe sous-représenté à partir de 1999, puis dans la Charte des droits fondamentaux, revêt une forte portée symbolique mais elle n'a pas changé sa nature. Elle demeure une simple faculté en droit de l'Union européenne pour déroger éventuellement au principe de l'égalité de traitement. Les États membres qui sont les premiers destinataires de cette autorisation à agir demeurent maître de l'opportunité de l'activer autant que de la manière de l'activer. Le résultat est une hétérogénéité certaine de la pratique de l'action positive au sein de l'Union même si l'on doit noter le caractère généralisé de cette pratique sur le continent européen.

**484.** Les articles 19 et 157 §3 du TFUE s'inscrivent dans une vision renouvelée de l'égalité dans le droit de l'Union, qui n'exige plus seulement une abstention de discriminer, mais aussi un engagement des institutions pour « lutter » contre les discriminations et atteindre une « égalité des chances ». Une démarche proactive des institutions, comme des États par le biais des directives, est attendue. L'article 157 §3 se distingue en outre de l'article 19 par son utilisation du présent simple. Il constitue, plus qu'une faculté, une obligation d'agir pour les institutions, déjà partiellement réalisée par la directive 2006/54. Toutefois, l'action a aussi pris une forme plus ambitieuse, avec le projet de directive instaurant un quota de sexe dans les conseils d'administration des sociétés cotées. Il montre que la discrimination positive est perçue comme un outil privilégié de la lutte contre les discriminations dans les faits et peut influencer la pratique des États. En parallèle, l'incapacité des institutions à mener ce projet à terme montre le manque de consensus sur cette question, quant aux modalités précises que doit revêtir l'action. Si un consensus émerge donc de la pratique des États comme de leur décision au niveau institutionnel sur la nécessité des actions positives, leur mise en œuvre reste largement chaotique et inégale dans l'esprit de chacun.

**Conclusion du Titre.** *L'éclatement de la notion d'action positive, entre discriminations positives et mesures non-dérogatoires.*

**485.** Au-delà de la pratique qui en est faite dans chaque État, une certaine systématisation de cet outil est possible au niveau du cadre posé par le droit de l'Union. Les définitions données, selon les différents motifs, varient assez peu et toutes paraissent autoriser des mesures dérogatoires, c'est-à-dire des « discriminations positives », au sens fort. L'égalité des chances représente la règle conciliatrice du conflit entre les mesures dérogatoires et la règle de l'égalité de traitement entre situations comparables. Déterminer sa portée, son contenu et ses limites est un travail essentiel.

**486.** L'action positive ne saurait toutefois se résumer à ces traitements préférentiels admissibles, toute initiative visant à faire progresser l'égalité des chances de chacun et la disparition des discriminations fait partie de cette notion. Désignant toutes sortes d'outils de promotion de l'égalité des chances en droit de l'Union européenne, l'action positive doit être considérée comme une notion extrêmement large, contrairement à la lecture trop restrictive que la lecture des premiers arrêts de la Cour de justice invita à en faire<sup>1522</sup>. Il est quoi qu'il en soit malaisé de percevoir ses contours, elle apparaît comme une limitation potentiellement infinie de la règle de l'égalité de traitement, posée comme principe général dans l'ordre juridique de l'Union. Elle offre aux États une pluralité de façon de procéder, en fixant un objectif flou, allant des tarifs différenciés, aux quotas, en passant par les subventions publiques accrues, priorités à l'embauche et à la promotion et places réservées en formation.

---

<sup>1522</sup> La restriction posée par l'arrêt CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 18 : des « mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la vie sociale ».

**Conclusion de la première Partie.** *L'autorisation de la « discrimination positive »  
par la voie de la dérogation.*

487. « Le principe d'égalité de traitement n'empêche pas » l'action positive, autrement formulés, les textes auraient pu affirmer qu'il l'autorise. Nous nous sommes attachés à démontrer qu'ils ne l'autorisent qu'à titre dérogatoire, lorsqu'il agit de mesures prenant la forme de différences de traitement fondées directement ou indirectement sur un motif protégé. Ce rapport dérogatoire, partiel car l'action positive ne se limite pas aux traitements préférentiels, illustre l'« ambivalence »<sup>1523</sup> des rapports entre droit et discrimination. La discrimination « positive » existe bien dans l'ordre de l'Union. Elle est « discrimination » parce qu'elle instaure un traitement préférentiel, entre des situations comparables, sur le fondement d'un motif interdit. Elle est « positive » parce qu'elle œuvre à égaliser les conditions de départ des individus sur des marchés concurrentiels entravés par les discriminations. Elle est aussi « positive » parce qu'elle sert et perfectionne le fonctionnement méritocratique si cher aux démocraties européennes.

488. Qu'elle soit autorisée à titre dérogatoire a toutefois pour conséquence de limiter fortement la place qu'elle peut réellement occuper dans le droit de la non-discrimination, malgré l'apparente extensivité de cette notion. Les formes les plus ambitieuses d'action positive, c'est-à-dire les traitements préférentiels, sont aussi celles qui dont le régime est le plus strictement interprété. « Les discriminations positives ne peuvent se penser qu'au sein du principe d'égalité dont elles sont une application, même exceptionnelle »<sup>1524</sup>. Elles n'existent pas sans le principe d'égalité de traitement et leur autonomie, c'est-à-dire la marge dont elles disposent pour s'écarter du principe, est nécessairement limitée, comme l'implique le statut dérogatoire.

---

<sup>1523</sup> B. TRANCHANT « Les nouveaux champs de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 113.

<sup>1524</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 465.

## SECONDE PARTIE. L'ACTION POSITIVE LIMITÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

---

« Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste »<sup>1525</sup>.

**489.** Le régime de l'action positive découle de la règle générale que représente le principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne, défini comme l'absence de discrimination directe, indirecte et matérielle. Il est porteur d'un paradoxe. Il constitue un fondement pour déroger à la règle de l'égalité de traitement, tout en se justifiant par un objectif égalitaire, qui est l'égalisation des conditions de départ entre les individus. L'égalité des chances est tout à la fois complémentaire d'une égalité de traitement effective, et dérogatoire par rapport à celle-ci dans son régime juridique. Nous avons déjà insisté sur l'importance du principe général d'égalité de traitement, découvert par la Cour de justice comme une règle transversale<sup>1526</sup>, dont la seule limite est le respect de la répartition des compétences entre les États et l'Union<sup>1527</sup>. Par conséquent, le champ d'application de l'égalité de traitement est aussi vaste que le droit de l'Union.

**490.** En revanche, la dérogation « peut être définie comme un droit régissant un sous-genre c'est-à-dire un droit ayant une portée (champ d'application) moins grande que celle du droit commun »<sup>1528</sup>. L'action positive vérifie cet élément de définition puisqu'elle est limitée dans son champ d'application aux directives mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement qui la mentionnent explicitement. Or, le champ d'application de ces directives est

---

<sup>1525</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 8.

<sup>1526</sup> CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 et 16/77, pt 7.

<sup>1527</sup> Puisque l'Union n'a « pas la compétence de sa compétence », selon l'expression du juriste allemand Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2005, p. 155.

<sup>1528</sup> T. H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de B. MATHIEU, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 13.

soigneusement délimité. Toute mesure adoptée par un État en dehors de ce champ d'application échappera au contrôle du juge de l'Union et prévaudront les règles nationales de chacun. L'article 157 §3 du TFUE qui autorise l'adoption de mesures d'action positive dans le domaine de l'égalité des sexes est également limité *ratione materiae*. Enfin, l'article 19 du TFUE n'est pas limité, mais des doutes subsistent quant à la possibilité pour les institutions d'adopter des mesures d'action positive dérogatoires sur ce fondement. Le plus vraisemblable et fidèle par rapport à l'état du droit de l'Union est donc de considérer que l'étendue de l'action positive est circonscrite aux champs matériel et personnel de l'article 157 §4 du TFUE et du droit dérivé mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement (Titre 1).

**491.** Dans ce champ d'application, la portée ou l'intensité des mesures autorisées fait en outre l'objet d'une stricte délimitation, « à cause » de la règle générale d'égalité de traitement. Le second élément de définition de la dérogation est l'interprétation stricte que le juge doit nécessairement lui réserver, précisément parce qu'elle écarte une règle jugée importante voire essentiel. *Exceptio est strictissimae interpretationis*, nous enseigne l'adage. Ainsi, pour éviter une dénaturation du principe d'égalité, « en faisant de l'exception la règle »<sup>1529</sup>, c'est le principe lui-même qui « fixe les limites de toute mesure d'action positive »<sup>1530</sup>. « Le texte exceptionnel est [...] contraire aux principes généraux d'une bonne législation et doit à ce titre se soumettre à la règle d'interprétation stricte »<sup>1531</sup>. En décidant d'accepter des mesures dérogatoires sur le fondement de l'action positive, le juge doit procéder à l'aménagement d'un équilibre délicat, en contrôlant strictement toute mesure d'action positive dérogatoire (Titre 2).

---

<sup>1529</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 223.

<sup>1530</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 113.

<sup>1531</sup> T. H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de B. MATHIEU, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 13.



# TITRE 1. L'ÉTENDUE CIRCONSCRITE DE L'ACTION POSITIVE

**492.** Luc Heuschling propose de fonder la « différence entre "exception" et "juxtaposition de deux normes indépendantes" » notamment sur « l'emboîtement [des] champs d'application (personnel, matériel, géographique) » de l'exception et de la règle générale<sup>1532</sup>. Il faut, pour parler d'exception ou de dérogation, que le champ d'application de la règle dérogatoire soit intégralement inclus dans le champ d'application de la règle générale, qui peut être plus vaste par ailleurs. Cette relation d'inclusion se vérifie dans le cas de l'action positive par rapport à la règle générale de l'égalité de traitement. Le champ d'application de l'action positive est proche de celui du droit de la non-discrimination, « délimité à un double point de vue : celui du *critère* de discrimination qui fait l'objet d'une prohibition, et celui du *domaine* au sein duquel une telle prohibition s'impose »<sup>1533</sup>. Ce sont ces deux aspects que nous allons étudier, en prenant pour horizon le champ d'application de la règle dérogatoire, et non celui de la règle générale. Nous signalerons les cas où les champs d'application entre les deux sont différents, le second pouvant être plus large que le premier.

**493.** Une première disparité flagrante apparaît tout de suite à la lecture des textes pertinents du droit primaire et dérivé. Le champ d'application matériel n'est pas identique selon le motif de discrimination combattu, l'autorisation d'adopter des mesures dérogatoires d'action positive connaît donc des disparités (Chapitre 1). Ce champ d'application matériel doit être complété par l'étude du champ d'application personnel. La question des bénéficiaires de ces mesures d'action positive, préférentielles ou non, est centrale mais également délicate. Il n'apparaît pas que les catégories visées se trouvent dans une position équivalente face à la potentialité d'adopter des mesures d'action positive (Chapitre 2).

---

<sup>1532</sup> L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 73.

<sup>1533</sup> B. TRANCHANT, « Les nouveaux champs de la non-discrimination », in F. FINES, C. GAUTHIER, M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 114.



# CHAPITRE 1. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE L'ACTION POSITIVE

**494.** L'Union européenne est soumise aux principes d'attribution des compétences et de subsidiarité pour toute action qu'elle entreprend. D'une part, « toute compétence non attribuée à l'Union dans les Traités appartient aux Etats membres » et d'autre part, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les Etats membres »<sup>1534</sup>. Sans revenir ici sur la construction progressive et difficile d'une compétence partagée de l'Union en matière sociale<sup>1535</sup>, la lutte contre les discriminations occupe désormais une place de choix parmi les domaines où l'Union peut agir, au-delà du seul champ de l'égalité entre travailleuses et travailleurs. Les directives 2000/78 et 2000/43 sont « d'importance tout à fait capitale » car elles ne « concernent pas exclusivement les cas où sont en jeu l'accès à l'emploi des travailleurs migrants communautaires »<sup>1536</sup>. En ce sens, le droit de l'Union a pénétré des « champs régis auparavant exclusivement par la loi nationale des États membres »<sup>1537</sup>. Cela ne signifie pas que le champ d'application matériel de cette lutte soit illimité<sup>1538</sup>.

**495.** D'abord, l'article 157 §3 du TFUE invite le Parlement européen et le Conseil à adopter « 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* »<sup>1539</sup>.

---

<sup>1534</sup> Article 4 §1 et article 5 du Traité sur l'Union européenne

<sup>1535</sup> « L'existence d'une compétence législative de la Communauté en matière de politique sociale était originellement si incertaine qu'on pouvait la nier », P. RODIÈRE, « Compétences et incompétences législatives de l'Union », in S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT, P. RODIÈRE (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, 2018, p. 17. Voir aussi E. PATAUT « Tours et détours de l'Europe sociale », *RTDE*, 2018, p. 9 ; E. GRASS, *L'Europe sociale*, Paris, La Documentation française, 2012, 196 p. ; C. AUBIN « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Droit social*, 2007, p. 618.

<sup>1536</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001, p. 17.

<sup>1537</sup> *Ibid.*

<sup>1538</sup> À l'inverse, l'article 4 de la Convention CEDAW ne contient aucune limite quant au champ d'application matériel des mesures temporaires spéciales qui peuvent être adoptées par les États parties. En l'absence de précision, l'on peut considérer que ces mesures peuvent exister dans tous les domaines. Le Comité CEDAW évoque d'ailleurs de très nombreux exemples de domaines : « l'éducation, l'économie et l'emploi, dans la vie politique [...] et dans la vie publique », « dans le domaine du crédit et des prêts, dans ceux des sports, de la culture et des loisirs et dans le cadre des programmes d'initiation aux réalités juridiques » in Recommandation générale n° 25 du Comité CEDAW, *op. cit.*, §§ 37-38.

<sup>1539</sup> Nous soulignons.

Ensuite, l'article 19 du TFUE qui autorise le Conseil à « 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 », ne précise aucune limite *ratione materiae*<sup>1540</sup>. Il faut donc se tourner vers les actes de droit dérivé adoptés sur son fondement. Le champ d'application matériel des directives 2000/78, 2000/43 et 2004/113 est soigneusement délimité, au regard de la base juridique primaire dont elles découlent. Mais les trois instruments ne couvrent pas le même champ. Trois cas de figure se distinguent, qui constituent une gradation et donc une forme de hiérarchisation entre les motifs<sup>1541</sup>. Ces différences expliquent que les différents motifs de discrimination n'aient pas été tous traités dans le même instrument, alors même que les directives furent adoptées sur le même fondement.

**496.** L'action positive fondée sur le sexe, apparue originellement dans la directive 76/207, complétée puis remplacée par des directives postérieures, a vu son champ d'application matériel évoluer. Limité au départ, il s'est progressivement étendu mais ne constitue aujourd'hui ni le plus restreint ni le plus large, nous le qualifions donc d'intermédiaire. L'action positive fondée sur la race ou l'origine ethnique est celle qui se vit attribuer le champ d'application le plus étendu avec la directive 2000/43, tandis que pour l'ensemble des motifs restants, le champ d'application envisagé est le plus restreint, tel qu'il ressort de la directive 2000/78. Entre ces trois situations, nous devons faire émerger ce qui constitue le champ d'application commun de l'action positive, pour lequel il est certain que la jurisprudence développée en matière d'égalité des sexes pourra servir de référence. « L'existence d'un cordon ombilical entre les différents instruments de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité »<sup>1542</sup> a d'ailleurs été souligné dans l'arrêt *Maruko*<sup>1543</sup>. Ce champ d'application commun (Section 1) côtoie toutefois des champs d'application particuliers, variables selon le motif de discrimination considéré (Section 2).

---

<sup>1540</sup> On peut aussi noter que l'article 157 figure dans le Titre X « Politique sociale » du TFUE, alors que l'article 19 ouvre une partie générale dédiée à la « Non-discrimination et citoyenneté ».

<sup>1541</sup> Sébastien PLATON, à propos du principe de non-discrimination, parle d'un « principe asymétrique quant à l'importance des motifs de discrimination prohibés » et montre que « toutes les composantes du principe de non-discrimination ne se situent pas sur le même plan », in « Les spécificités du principe de non-discrimination », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 128.

<sup>1542</sup> S. PRECHAL, « Le droit européen en matière d'égalité des genres : source d'inspiration pour d'autres domaines du droit de l'Union européenne ? », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n° 1, 2008, pp. 8-15, p. 9.

<sup>1543</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06.

## Section 1. Le champ d'application commun de l'action positive

497. La jurisprudence autant qu'une grande partie de la doctrine dont nous disposons<sup>1544</sup> s'est concentrée sur la non-discrimination entre hommes et femmes, étant la plus anciennement développée par l'Union. La directive 76/207, en dehors de fondement réellement pertinent dans les Traités de l'époque<sup>1545</sup>, prit appui sur l'existence d'un principe d'égalité de rémunération entre travailleurs et travailleuses pour étendre l'égalité à toutes les conditions d'emploi et de travail. L'action positive était en conséquence limitée elle aussi à l'emploi et au travail. La lutte contre les discriminations mises en place par les directives 2006/54, 2010/41, 2000/78 et 2000/43 partagent toutes ce domaine d'application originel et fondamental de l'emploi et du travail (§1), de même que toutes les situations qui y sont directement liées (§2). Les éléments fournis par le droit dérivé ont bien souvent été développés et précisés, parfois même devancés par la jurisprudence, l'analyse du champ d'application étant la condition pour que le juge de l'Union puisse se déclarer compétent et contrôler une mesure nationale d'action positive.

### §1) Le domaine de l'emploi et du travail

498. Le sens des notions de « rémunérations », de « conditions de travail » ou d'« emploi », est fondamental puisqu'elles irriguent tout le droit de la non-discrimination. Il l'est d'autant plus que, pour l'égalité des sexes, la directive 2002/73 modifiant la directive 76/207<sup>1546</sup> autant que la directive 2006/54 abrogeant les deux précédentes, sont restées limitées à ce domaine<sup>1547</sup>, de même que la directive 2000/78 pour tous les autres motifs à l'exception de

---

<sup>1544</sup> Par exemple, C. COSTELLO, G. DAVIES, « The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000 », *Common Market Law Review*, n° 43, 2006, pp. 1567-1616 ; K. KOLDINSKA, « Case Law of the European Court of Justice on Sex Discrimination 2006-2011 », *Common Market Law Review*, n° 48, 2011, p. 1599 ; M. DARMON, 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 », *RTDE*, n° 1, 1992, pp. 1-12.

<sup>1545</sup> La directive 76/207 avait été fondée sur l'article 235 du TCEE qui permettait au Conseil de prendre les dispositions appropriées « si une action de la Communauté appara[issait] nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet ».

<sup>1546</sup> Voir M.-T. LANQUETIN, « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 » *Droit social*, 2003, p. 312. Elle estime que « La révision de la directive 76/207 s'imposait afin de clarifier un certain nombre de ses dispositions. [...] La directive de 1976 présentait beaucoup de zones d'ombre que la jurisprudence de la CJCE a permis pour certaines de clarifier. Une première révision avait été envisagée après l'arrêt *Kalanke* concernant le principe d'égalité de chances dans ses rapports avec l'égalité de traitement ».

<sup>1547</sup> À propos des limites de cette directive « refonte », voir M.-T. LANQUETIN « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Droit social*, 2007, p. 861 : « Si la directive "refond" un certain nombre de directives qui ont été adoptées en matière d'égalité entre les femmes et les hommes, elle ne

la race ou l'origine ethnique. Les troisième et quatrième paragraphes de l'article 157 du TFUE, introduit par le Traité d'Amsterdam, sont également limités à ce domaine de la « vie professionnelle ».

**499.** La directive 76/207 donnait déjà d'importantes précisions toujours pertinentes. D'abord, sont interdites les discriminations concernant « les conditions d'accès aux emplois aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion »<sup>1548</sup>. Ensuite, « tous les types et tous les niveaux d'orientation, de formation, de perfectionnement et de reconversion professionnels sont visés, ainsi que l'acquisition d'une expérience pratique »<sup>1549</sup>, de même que « les conditions de licenciement ainsi que la rémunération » et « l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs »<sup>1550</sup>. La directive 79/7/CEE, toujours en vigueur, vise l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale entre les hommes et les femmes mais ne contient pas de disposition sur l'action positive. La directive 2010/41 inclut au travail et à l'emploi l'« activité indépendante ou contribuant à l'exercice d'une telle activité, pour les aspects qui ne sont pas régis par les directives 2006/54/CE et 79/7/CEE »<sup>1551</sup>. Toutes les conditions posées par la Cour de justice dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes sont transposables pour les autres motifs de discrimination. Ce sont à la fois les conditions dans l'emploi et le travail qui sont visées (A) et les opportunités d'emploi et de travail (B).

#### ***A) Les conditions dans l'emploi et le travail***

**500.** « Le champ de la relation de travail reste [...] le domaine premier de la lutte contre les discriminations »<sup>1552</sup>. Dans cette relation se trouvent d'abord les conditions de travail à proprement parler, notion large et floue qui regroupe un ensemble hétérogène d'éléments dont il ne serait guère pertinent d'essayer de dresser une liste. On peut distinguer au sein de ces

---

les "refond" pas toutes, car toutes ne pouvaient trouver leur fondement juridique dans l'article 141-3 du traité CE qui porte sur l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Il convenait dès lors que les directives concernées, ou certaines dispositions d'autres directives couvrant des domaines appartenant à la catégorie juridique « emploi et travail » soient regroupées sur la même base juridique ».

<sup>1548</sup> Article 3 §1 de la directive 76/207 et 14 §1 a) de la directive 2006/54.

<sup>1549</sup> Article 14 b) de la directive 2006/54

<sup>1550</sup> *Ibid.* Article 14 c) et d).

<sup>1551</sup> Article 1 §1 de la directive 2010/41.

<sup>1552</sup> M.-A. MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, n° 12, 2002, pp. 1112-1124.

conditions de travail en général (2) un élément particulier qui est la rémunération (1). Nous la distinguons et la traitons en premier parce qu'elle est apparue seule dans le droit de l'Union dès 1957 et parce que son rapport à l'action positive est particulier.

## 1- L'égalité de rémunérations

**501.** Les inégalités de revenus entre hommes et femmes persistent et le combat est ancien<sup>1553</sup> en Europe. Elles constituent un exemple flagrant de l'insuffisance de l'égalité *de jure* pour assurer l'égalité en pratique<sup>1554</sup> et trouvent une pluralité d'explications. D'abord, les statistiques révèlent que les femmes connaissent des difficultés pour occuper les postes hiérarchiquement élevés, à haute rémunération. Elles occupent ensuite largement les emplois à temps partiel et peu qualifiés, peu rémunérateurs. Au-delà de ces disparités, pour un même emploi et avec les mêmes qualifications, une femme percevra souvent une rémunération plus faible qu'un homme<sup>1555</sup>. Ce dernier type d'inégalité a certainement comme source des discriminations, au sens où dans une situation comparable la travailleuse sera moins bien traitée que le travailleur sans autre justification que son sexe. Pourtant, l'égalité de traitement réclamée par les Traités européens est univoque selon la Cour : dès lors qu'un homme et une femme font le « même travail ou un travail de même valeur »<sup>1556</sup>, ils doivent être rémunérés de manière identique. Une différence de traitement éventuelle sous forme de discrimination positive ne saurait donc porter directement sur la rémunération<sup>1557</sup>.

---

<sup>1553</sup> Voir M.-T. LANQUETIN, « L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », *Droit social*, 2006, p. 624. Elle explique que « Cette revendication portée par le mouvement ouvrier, avait conduit à inscrire le « principe du salaire égal, sans distinction de sexe, pour un travail de valeur égale » dans le préambule de la première Constitution de l'OIT en 1919, lors du traité de Versailles. Antérieurement cette revendication n'était pas dénuée de toute ambiguïté dans la mesure où la main-d'œuvre féminine était perçue comme une main-d'œuvre concurrente. L'égalité de salaire aurait enlevé tout intérêt à embaucher les femmes dont la place était considérée comme devant être au foyer (source : Madeleine GUILBERT, « Les femmes et le syndicalisme avant 1914 », Éd. du CNRS 1966) ».

<sup>1554</sup> S. LAULOM, « Les écarts de salaires entre les femmes et les hommes en France », *Revue du droit européen de l'égalité de genres*, n° 1, 2009, pp. 4-16.

<sup>1555</sup> L'Observatoire des inégalités en France relève en 2017 que « Les hommes perçoivent, en moyenne, un salaire supérieur de 22,8 % à celui des femmes » (en ligne). En outre, il relève en 2018 que dans l'Union européenne, cet écart s'élève à 16,3 %. (En Allemagne : 22% ; en Espagne 14,9% ; en Belgique 6,5% ; Royaume-Uni : 20,8% ; Hongrie : 14%). URL : <https://www.inegalites.fr/Les-inegalites-entre-les-femmes-et-les-hommes-en-Europe>. Voir aussi les constats de P.-Y. VERKINDT, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051.

<sup>1556</sup> Article 157 §1 du TFUE.

<sup>1557</sup> Dans l'arrêt CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, C-170/84, la Cour devait déterminer si l'ancien article 119 du traité CE (article 157 TFUE) obligeait l'employeur à tenir compte de l'impact d'une charge supérieure des responsabilités familiales pour les travailleuses. La Cour a répondu rapidement qu'une « obligation du type de celle évoquée [...] dépasse le champ d'application de l'article 119 et ne trouve, dans l'état actuel du droit communautaire, aucun autre fondement dans ce droit » (pt 42).

**502.** Toutefois, comme le Conseil l'indique dans un rapport de 2010<sup>1558</sup>, certains facteurs qualitatifs sont directement corrélés au niveau d'inégalité des revenus entre les hommes et les femmes. Il en identifie trois : les mesures adoptées pour promouvoir l'égalité de rémunérations, la négociation collective et les effets du travail à temps partiel, du congé parental ou autres interruptions de carrière sur le niveau de revenus. Ces trois axes-là peuvent parfaitement être le terrain de mesures d'action positive et se répercuter directement sur l'objectif d'égalité des rémunérations poursuivi. La rémunération comme élément du champ d'application des Traités et directives européennes nous intéressent non pas en tant que domaine où des mesures d'action positive sont envisageables – on ne pourra pas pratiquer une différence de rémunération entre hommes et femmes pour un même travail au motif de compenser un désavantage quelconque – mais parce que restaurer l'égalité de rémunérations peut être l'objectif visé par ces mesures<sup>1559</sup>.

**503.** « La conception de la rémunération que retient le droit de l'Union est résolument extensive »<sup>1560</sup>, elle « dépasse largement la notion de salaire »<sup>1561</sup>. Dans l'arrêt *Barber* du 17 mai 1990, la juridiction interrogeait précisément la Cour sur cette notion de l'article 119 du TCEE. Ce fut pour cette dernière l'occasion de confirmer une définition déjà formulée antérieurement<sup>1562</sup> : « la notion de rémunération [...] comprend tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, serait-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ». Et de conclure que « la circonstance que certaines prestations soient versées après la cessation de la relation d'emploi n'exclut pas qu'elles puissent avoir un caractère de rémunération »<sup>1563</sup>. Ainsi la notion de rémunération<sup>1564</sup> s'étend jusqu'aux confins de la relation de travail, incluant déjà le régime du licenciement<sup>1565</sup> et les prestations versées même après la cessation de la relation<sup>1566</sup>. Pendant la

---

<sup>1558</sup> Rapport du Conseil de l'Union européenne, *The gender pay gap in the Member States of the European Union: quantitative and qualitative indicators*, 26 novembre 2010, 16881/10 ADD 1, SOC 792.

<sup>1559</sup> Par exemple, la loi française n° 2006-340 du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JORF 24 mars a notamment pour objectif « l'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle en neutralisant notamment les effets de la maternité », articulation qui peut nécessiter l'adoption d'adopter des mesures d'action positive.

<sup>1560</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 285 ; E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 449.

<sup>1561</sup> M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Egalité entre les hommes et les femmes : les indemnités de licenciement sont des rémunérations susceptibles d'engendrer des discriminations indirectes, note sous CJCE 9 févr. 1999, Regina », *D.*, n° 8, 2000, p. 182.

<sup>1562</sup> CJCE, 9 février 1982, *Garland*, 12/81, pt 5.

<sup>1563</sup> CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, pt 12 ; CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, pt 11.

<sup>1564</sup> Voir l'analyse de cette notion de F. MICHÉA, « Les catégories juridiques du droit social de l'Union européenne », in B. BRUNESSEN (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 256-257.

<sup>1565</sup> CJCE, 7 mai 1991, *Commission / Belgique*, C-229/89.

<sup>1566</sup> Voir l'arrêt CJUE, 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17, pts 37 à 42, où une « allocation complémentaire temporaire [visant] à permettre aux travailleurs âgés, employés pendant une longue durée, qui ont été licenciés



relation, elle vise des prestations aussi variées que les allocations de congés<sup>1567</sup>, les primes exceptionnelles<sup>1568</sup> ou encore certains avantages en nature<sup>1569</sup>. La nature juridique des prestations et leur statut en droit national sont indifférents, « dès lors que ces avantages sont octroyés en relation avec l'emploi »<sup>1570</sup>. Ainsi le fait que la prestation soit payée du fait d'une disposition législative, du contrat de travail ou même d'une décision de justice n'a aucune incidence sur la qualification retenue. Une telle interprétation « a le mérite d'éviter que les discriminations se maintiennent dans les éléments de rémunération autres que le salaire de base, alors même que ce salaire ne serait pas, en lui-même, différent pour les hommes et les femmes »<sup>1571</sup>. Comme la notion de « travailleur »<sup>1572</sup>, celle de « rémunération » est autonome et ne dépend pas des qualifications retenues dans le droit national.

**504.** La seule question pour laquelle la Cour a dû poser quelques limites est celle des régimes légaux de sécurité sociale, à savoir les pensions de retraite. En soi, une telle prestation présente un lien tout à fait direct avec l'emploi. Cependant, la Cour a estimé que ce seul lien n'était pas, dans ce cas, suffisant, vu les différences de régimes de distributions des pensions de retraite d'un État membre à l'autre. Tous les régimes ne pouvaient être traités indistinctement et la Cour a procédé à une évaluation nuancée des situations. Dans le premier arrêt *Defrenne* de 1971, la question posée portait sur les pensions octroyées dans le cadre de la sécurité sociale, c'est-à-dire « financée par les cotisations des travailleurs et des employeurs, ainsi que par des subventions de l'État »<sup>1573</sup>. La Cour estime que ce type de pensions ne peut être considéré comme une rémunération étant « directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée »<sup>1574</sup>. De cela a été déduit par la suite une exclusion de tous les avantages issus des régimes légaux de sécurité sociale, couvert par la directive 79/7 qui n'autorise pas les mesures d'action positive.

**505.** L'enjeu de la rémunération n'existe pas que pour l'égalité entre les sexes, même si les inégalités de revenus entre hommes et femmes sont un phénomène de grande ampleur. Les

---

pour une cause économique et de manière valable, de bénéficier d'une prestation de soutien après la fin de la relation de travail » est qualifiée de rémunération au sens de l'article 157 §2 TFUE.

<sup>1567</sup> CJCE, 16 septembre 1999, *Abdoulaye*, C-218/98.

<sup>1568</sup> CJCE, 21 octobre 1999, *Lewen*, C-333/97, pts 20 et 21 : « le motif qui a conduit l'employeur à verser la prestation importe peu, à condition que cette prestation soit octroyée en relation avec l'emploi ».

<sup>1569</sup> Par exemple, la gratuité des transports dans CJCE, 9 février 1982, *Garland*, 12/81. La définition aujourd'hui donnée par l'article 2 §1 e) de la directive 2006/54 synthétise tous les éléments issus de la jurisprudence.

<sup>1570</sup> CJCE, 16 septembre 1999, *Abdoulaye*, C-218/98, pt 12.

<sup>1571</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 285.

<sup>1572</sup> Voir A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 43.

<sup>1573</sup> CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne / État belge*, 80/70, extrait des motifs, pt 2.

<sup>1574</sup> *Ibid.*, pt 7.

écarts de revenus existent pour d'autres populations<sup>1575</sup> et peuvent s'expliquer par des discriminations, même si les études sont plus rares. À partir de l'adoption de la directive 76/207, l'égalité de traitement sort du domaine strict de la rémunération pour toucher l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, ainsi que les conditions de travail. Dans le même temps apparaît une base juridique à l'action positive avec l'article 2 §4.

## 2- Les « conditions de travail »

**506.** À partir de 1976, la Cour de justice possède une base juridique pour s'intéresser à toutes les conditions de travail<sup>1576</sup> et l'interprétation de l'article 2 §4 devient à partir des années 1990 un point récurrent soulevé par les juridictions nationales. Il y a sans doute autant de conditions de travail que d'emplois et le caractère indéfini d'une telle notion est un avantage pour la Cour. Elle a d'ailleurs contribué à brouiller encore davantage la frontière entre sécurité sociale et emploi. Dans l'interprétation de la rémunération par rapport aux pensions de retraite se trouvait déjà « le premier exemple de l'immixtion dans la sphère de la protection sociale d'un droit *a priori* sans rapport avec celle-ci »<sup>1577</sup>. Avec la directive 76/207, la confusion s'amplifie. La Cour a rapidement estimé que l'exclusion de la sécurité sociale du champ de la directive 76/207 devait être interprétée strictement<sup>1578</sup> et que le fait qu'un régime de prestations appartienne à un régime légal de sécurité sociale sur le plan national ne suffisait pas à l'exclure<sup>1579</sup>. « De manière générale, la Cour de justice consacre une conception extensive de la notion de conditions de travail »<sup>1580</sup>.

**507.** Certains arrêts sur l'action positive fournissent des exemples de ce que la Cour considère comme des « conditions de travail ». En fait partie une mesure interne d'une entreprise mettant à disposition des places de garderie pour leurs enfants<sup>1581</sup> pour les travailleuses en priorité. Dans ce cas précis, d'ailleurs, la piste de la qualification de rémunération avait été évoquée, mais rapidement écartée par la Cour de justice. Selon elle, « le

---

<sup>1575</sup> En France, le revenu médian des personnes handicapées est inférieur de 2 000 euros par rapport à celui des personnes sans handicap.

<sup>1576</sup> C. COSTELLO, G. DAVIES, « The case law of the court of justice in the field of sex equality since 2000 », *Common Market Law Review*, 2006, p. 1577 : « The line between pay and employment, although contested, is intelligible ».

<sup>1577</sup> D. NAZET-ALLOUCHE, « La contribution décisive et polyvalente de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE, *Union européenne et protection sociale*, Paris, La documentation française, 2002, p. 92

<sup>1578</sup> CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, C-152/84, pt 24.

<sup>1579</sup> CJCE, 16 juillet 1992, *Jackson et Cresswell*, C-63/91 et C-64/91.

<sup>1580</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 226.

<sup>1581</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

simple fait que [...] le coût desdites places de garderie est partiellement supporté par l'employeur » ne suffit pas à entraîner la qualification de rémunération<sup>1582</sup>. Elle ajoute que « le fait que la détermination de certaines conditions de travail peut avoir des conséquences pécuniaires n'est pas une raison suffisante pour faire rentrer de telles conditions dans le champ d'application de l'article 119 du Traité CE, disposition fondée sur le lien étroit qui existe entre la nature de la prestation du travail et le montant du salaire »<sup>1583</sup>. La Cour peut ainsi confirmer que la mise à disposition de places de garderie en faveur des travailleurs, « sur leur lieu de travail ou en dehors de ce dernier, doit bien être considérée comme une "condition de travail" au sens de la directive » 76/207<sup>1584</sup>. L'ouverture du champ des compétences générée par la directive 76/207 achève dans le même temps l'ère de surinterprétation de la notion de rémunération opérée par la Cour<sup>1585</sup>.

**508.** Tout ce qui concerne les horaires de travail entre évidemment dans le champ d'application de la directive. Ainsi en est-il d'un congé accordé aux travailleuses, consistant en des autorisations d'absence pendant la journée ou une réduction du temps de travail pour les femmes allaitant leur enfant, vu qu'il « affecte les "conditions de travail" au sens de la directive »<sup>1586</sup>. Un cours dispensé dans le cadre d'une formation professionnelle, aux fins d'obtenir un avancement de carrière est également une condition de travail<sup>1587</sup>. En fait, la méthodologie de la Cour est la même que pour établir la qualification de rémunérations : dès lors qu'un lien suffisant existe avec la relation de travail, toutes les conditions sont potentiellement concernées.

**509.** Alors que la directive 76/207 ne le prévoyait nullement, toutes les directives couvrent désormais « l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou à toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations »<sup>1588</sup>. On peut estimer que cette situation, explicitée par les directives, aurait tout aussi bien pu être rattachée au droit dérivé par la notion de condition de travail, étant donné que la « représentation et la défense collective des

---

<sup>1582</sup> *Ibid.*, pt 27.

<sup>1583</sup> *Ibid.*, pt 28.

<sup>1584</sup> *Ibid.*, pt 26.

<sup>1585</sup> D'ailleurs, comme le note Arnaud HAQUET, « la Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de sa conformité au traité sur la Communauté alors qu'elle dépassait pourtant le cadre restreint de l'article 119 TCE », *in* « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, p. 305.

<sup>1586</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 21.

<sup>1587</sup> CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, C-595/12, pt 28.

<sup>1588</sup> Article 3 §1 d) des directives 2000/43 et 2000/78 et article 14 d) de la directive 2006/54.

intérêts des travailleurs » est une compétence d'appui de l'Union<sup>1589</sup>. Aucun arrêt n'a été rendu par la Cour sur ce point.

**510.** Toutes les directives visent enfin l'« accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion » et « l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique »<sup>1590</sup>. Ici, ce ne sont plus les conditions dans l'emploi qui sont visées, mais bien les opportunités d'emploi et de travail.

### ***B) Les opportunités d'emploi et de travail***

**511.** La reconnaissance d'une inégalité d'opportunités entre les hommes et les femmes dans la sphère professionnelle était déjà présente dans la directive 76/207, dans son intitulé même<sup>1591</sup>. Plus encore que les conditions de travail où ont effectivement cours des comportements discriminatoires, la question de l'égal accès intéresse pleinement l'action positive, puisqu'elle est justifiée par l'égalité des chances<sup>1592</sup>. Le droit de l'Union présente une certaine exhaustivité sur les ressorts de l'égalité d'opportunités recherchée. Il s'agit d'une part de l'égalité d'accès à l'emploi lui-même (1) et d'autre part, aux aspects qui permettent de progresser dans l'emploi, à savoir la formation et la promotion professionnelles (2).

---

<sup>1589</sup> Article 153 §1 f) du TFUE.

<sup>1590</sup> Articles 3§1 a) et b) des directives 2000/43 et 2000/78, Article 14 a) et b) de la directive 2006/54.

<sup>1591</sup> Elle vise « l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles ».

<sup>1592</sup> Voir §§ 345 et s.

## 1- L'égal accès à l'emploi par les critères de sélection et les conditions de recrutement

512. Que ce soient les femmes<sup>1593</sup>, les personnes souffrant d'un handicap<sup>1594</sup>, les personnes appartenant à certaines ethnies ou pratiquant certaines religions, les jeunes<sup>1595</sup> et les seniors ou les personnes homosexuelles, tous sont touchés par un phénomène d'exclusion plus important par rapport au marché de l'emploi. Beaucoup de mesures d'action positive adoptées par les États membres ont vocation à y remédier. Une large partie du contentieux généré par l'interprétation de l'article 2 §4 de la directive 76/807 concernait d'ailleurs des mesures nationales recherchant à faciliter l'accès à l'emploi du sexe sous-représenté, généralement les femmes<sup>1596</sup>, exceptionnellement les hommes<sup>1597</sup>.

513. Le droit dérivé précise que l'égal accès à l'emploi vise notamment « les critères de sélection et les conditions de recrutement »<sup>1598</sup>. Dans l'arrêt *Badeck* par exemple<sup>1599</sup>, une vaste législation sur l'égalité entre hommes et femmes dans la fonction publique prévoyait différents mécanismes afin de favoriser l'embauche des femmes, étant sous-représentées. Elle donne un aperçu de la diversité des mesures pouvant viser l'accès à l'emploi : la convocation systématique en entretiens d'embauche de toutes les femmes qualifiées candidates, l'encadrement des décisions de sélection pour tenir compte de la situation des femmes et la parité imposée dans les comités prenant part au processus de recrutement. Toutes ces mesures interviennent sur les « conditions de recrutement » qui sont modifiées pour augmenter la probabilité qu'une femme obtienne finalement le poste à pourvoir.

---

<sup>1593</sup> Le taux de chômage entre les hommes et les femmes est quasiment équivalent dans l'Union européenne en 2016 (Source : Eurostat - Données 2016 - Observatoire des inégalités), en revanche, les femmes sont largement plus employées à temps partiel. « Un peu moins d'un tiers (31,4 %) des femmes de 20-64 ans occupées de l'UE-28 travaillaient à temps partiel en 2016, soit une proportion bien plus importante que pour les hommes (8,2 %) », source : données de la Commission européenne. URL : [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment\\_statistics/fr#Travail\\_C3.A0\\_temps\\_partiel](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr#Travail_C3.A0_temps_partiel)

<sup>1594</sup> A. BOUSIGES, « L'emploi des travailleurs handicapés en Europe », *RDSS*, 2004, p. 467.

En France, selon les données de l'AGEFIPH (l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes handicapées, instituée par loi n° 87-517 du 10 juillet 1987), le taux de chômage des personnes handicapées atteint 19 % contre 9,2 % de moyenne nationale en décembre 2017.

<sup>1595</sup> Voir par exemple « Chômage en Europe, des évolutions très contrastées depuis la crise », *La Tribune*, 10 janvier 2018, qui montre que, alors que le taux de chômage dans la zone euro (au sens du BIT), s'élevait en novembre 2010 à 8,7 %, il s'élevait à 18,2 % chez les jeunes (catégorie 15-24 ans retenue par la Commission européenne).

<sup>1596</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 ; CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamson et Anderson*, C-407/98.

<sup>1597</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99.

<sup>1598</sup> Article 3 §1 a) des directives 2000/78 et 2000/43 ; article 14 §1 a) de la directive 2006/54.

<sup>1599</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97.

514. De l'emploi et du travail, la Cour a donné une interprétation large, comme de la rémunération. L'emploi privé<sup>1600</sup> comme public<sup>1601</sup> sont pareillement visés. Il n'y a pas de limites *a priori* quant au domaine de l'emploi, puisque la Cour a estimé que même « les décisions prises par les États membres en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de conditions de travail dans les forces armées dans le but d'assurer l'efficacité au combat ne sont pas, de manière générale, en dehors du champ d'application du droit communautaire »<sup>1602</sup>. Toujours animée du souci d'étendre le champ de la non-discrimination, la Cour considère aussi que « la notion d'accès à un emploi ne concerne pas seulement les conditions existant avant la naissance d'une relation de travail »<sup>1603</sup>. Par exemple, le fait que la prise d'un emploi puisse conditionner l'obtention de certaines prestations sociales liées aux revenus est perçu comme faisant partie de la notion d'accès à l'emploi, étant donné que l'espoir de toucher la prestation peut jouer un rôle déterminant dans le fait d'accepter l'emploi<sup>1604</sup>. Toutes les règles encadrant les conditions dans lesquelles se fait la prise d'emploi, de même que celles qui y sont directement liées, sont ainsi captées par les directives<sup>1605</sup>.

## 2- L'égal accès à la progression dans l'emploi par la formation et la promotion professionnelles

515. L'égalité sur le marché du travail ne se résume pas aux conditions d'accès à n'importe quel emploi ; des inégalités marquent aussi profondément la répartition des emplois. En France, les descendants d'immigrés (donc potentiellement des groupes ethno-raciaux ou religieux minoritaires dans la population) occupent plus souvent les emplois peu qualifiés ou précaires<sup>1606</sup>. L'élévation dans l'emploi ou l'accès aux emplois les plus qualifiés et les mieux rémunérés est une variable de la lutte contre les discriminations. Le droit de l'Union s'applique en conséquence à l'accès à la formation et à la promotion professionnelles. En témoigne le

---

<sup>1600</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13 ; CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11 ; CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

<sup>1601</sup> L'affaire CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamson et Anderson*, C-407/98 visait le processus d'attribution de chaire à l'Université publique.

<sup>1602</sup> CJCE, 26 octobre 1999, C-273/97, *Sirdar*, pt 20.

<sup>1603</sup> CJCE, 13 juillet 1995, *Meyers*, C-116/94, pt 22.

<sup>1604</sup> Dans l'affaire précitée, il s'agissait d'obtenir un « family credit » en cas d'acceptation d'un emploi à bas salaire. Selon l'avocat général M. Carl OTTO LENZ, « Le travailleur en chômage est incité à prendre un travail mal rémunéré, sachant que, en sa qualité de salarié à faible revenu, il percevra une prestation supplémentaire ». La prestation est donc liée à l'accès à l'emploi. *In* Conclusions présentées le 11 mai 1995, aff. C-116/94, pt 47.

<sup>1605</sup> Dans CJCE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16, pt 25 : une réglementation qui impose une limite de taille pour accéder à des emplois publics fait bien entendu partie de la notion « d'accès à l'emploi ».

<sup>1606</sup> Voir D. MEURS, A. PAILHÉ, P. SIMON, « Persistance des inégalités entre générations liées à l'immigration : l'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », *Population*, vol. 61, n° 5, 2006, pp. 763-801.

contentieux important sur des mesures destinées à assurer la promotion prioritaire des femmes<sup>1607</sup>, et sur l'accès à la formation dans des formes très diverses<sup>1608</sup>.

**516.** De manière générale, et cela est suffisamment rare pour être souligné, les notions de promotion et de formation ont posé peu de problème en elles-mêmes. Ni dans l'arrêt *Kalanke* ni dans l'arrêt *Marschall* ne se posa la question de la définition de la promotion, sur laquelle le droit dérivé ne donnait pourtant pas d'information. À l'inverse, la notion de formation était explicitée longuement. Le droit dérivé nous apprend que sont concernées « tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique du travail »<sup>1609</sup>.

**517.** Dans l'arrêt *Schnorbus* a tout de même surgi, dans la première question préjudicielle posée à la Cour de justice, celle du champ d'application de la directive<sup>1610</sup>. Étaient en cause les modalités d'admission à un stage juridique préparatoire obligatoire pour accéder à un emploi dans la magistrature ou la haute fonction publique, mises en place par une réglementation allemande. Une priorité était accordée aux personnes ayant effectué leur service national obligatoire. Le Land Hesse avait tenté de faire valoir l'inapplicabilité de la directive étant donné que la réglementation consistait à moduler la période d'attente à l'admission en stage, en fonction du nombre de places, et non véritablement l'admission à celui-ci. La Cour, sans surprise, réitère son approche faisant prévaloir le lien avec l'emploi et le travail sur toute autre considération formaliste. Elle conclut que « ledit stage constituant une période de formation et un préalable nécessaire pour accéder à un emploi dans la magistrature ou la haute fonction publique, un [...] retard peut avoir des incidences sur le déroulement de la carrière des intéressés »<sup>1611</sup>. Il s'agit donc d'une formation professionnelle ; les dates d'admission à celles-ci font partie des réalités que couvre la notion. La Cour ne s'en tient pas à l'emploi et au travail au sens strict, elle s'intéresse également à toutes les situations qui découlent de ceux-ci.

---

<sup>1607</sup> Une partie du dispositif national dans CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 était un plan de promotion prioritaire des femmes dans la fonction publique. Voir aussi les deux affaires CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 et CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95.

<sup>1608</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03 : concours organisés par l'administration publique française ; CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99 : admission à un stage juridique préparatoire obligatoire pour accéder à un emploi ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 : une partie du dispositif allemand consistait à réserver des places aux femmes en formation.

<sup>1609</sup> Article 14 §1 b) de la directive 2006/54 ; article 3 §1 b) des directives 2000/78 et 2000/43.

<sup>1610</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99.

<sup>1611</sup> *Ibid.*, pts 26 et 28.

## §2) Les situations découlant de l'emploi et du travail

518. La jurisprudence de la Cour de justice « concernant la portée de ce domaine témoigne d'une interprétation extensive qui a conduit à considérer comme s'inscrivant dans cette catégorie toute condition qui découle d'une relation de travail »<sup>1612</sup>. Certaines situations, qui peuvent sembler en marge voire en dehors de la relation de travail, ont été expressément visées par les directives pour éviter les interrogations ; tel est le cas du licenciement. Plus généralement, la Cour s'estime compétente pour tout ce qui concerne la fin de la relation de travail (A). Nous pouvons, pour conclure l'étude de ce champ d'application commun, déterminer quelques éléments de la méthodologie suivie par le juge pour déterminer ce que sont les limites de celui-ci (B).

### A) *La fin de la relation de travail*

519. Le licenciement du travailleur, expressément visé dans les directives, peut constituer la rupture prématurée de la relation de travail (1). Les modalités liées à son départ à la retraite, qui en est sa fin inévitable, sont également touchées par l'application du droit dérivé (2).

#### 1- Le licenciement

520. Le licenciement constituant l'une des issues possibles de la relation de travail, il figure expressément dans les textes comme exemple du vaste ensemble des « conditions de travail »<sup>1613</sup>. Contrairement à la démission toutefois, le licenciement représente un terrain potentiel pour l'expression de discriminations de la part de celui qui licencie. La directive 2006/54 est particulièrement riche sur ce point, contrairement aux deux directives de 2000. D'abord, le lien entre grossesse et congé maternité d'une part et risque de licenciement discriminatoire d'autre part fait l'objet d'une disposition à part entière<sup>1614</sup>, en vue de protéger les travailleuses. La Cour a développé une jurisprudence abondante sur le licenciement des

---

<sup>1612</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 77.

<sup>1613</sup> Article 3, §1 c) des directives 2000/78 et 2000/43 et article 14 c) de la directive 2006/54.

<sup>1614</sup> Article 16 de la directive 2006/54.



femmes enceintes qui bénéficient d'une protection particulière<sup>1615</sup>. Ensuite, une disposition particulière que l'on ne retrouve pas dans le reste du droit dérivé impose aux États membres d'introduire « dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires prévues par la législation et/ou les pratiques nationales, pour protéger les travailleurs, y compris leurs représentants, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement »<sup>1616</sup>.

**521.** Une fois n'est pas coutume, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la notion de licenciement était d'interprétation large et devait inclure toute forme de cessation de la relation de travail « entre le travailleur et son employeur, même dans le cadre d'un régime de départ volontaire »<sup>1617</sup>. L'arrêt *Milkova*<sup>1618</sup> a montré que, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, le licenciement pouvait être le terrain de mesures nationales d'action positive. Le code du travail bulgare empêchait l'employeur de procéder à un licenciement sans « avoir obtenu l'autorisation préalable de l'inspection du travail au cas par cas » pour les salariés souffrant de certains handicaps<sup>1619</sup>. La Cour estime que cet « protection spéciale *ex ante* en cas de licenciement » était couverte par l'article 7 §2 de la directive 2000/78<sup>1620</sup>. Les dispositifs de discrimination positive liés au licenciement ne paraissent pourtant pas faciles à imaginer en dehors du handicap, étant donné les difficultés particulièrement importantes qui existent pour les travailleurs handicapés sur le marché du travail. Le départ à la retraite, issue « naturelle » de la relation de travail, nous intéresse sans doute davantage car elle a fait l'objet de nombreuses tentatives de différenciations juridiques entre hommes et femmes dans les législations nationales.

---

<sup>1615</sup> Voir CJCE, *Carole Webb*, du 14 juillet 1994, C-32/93 ; CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00 ; CJCE, 4 octobre 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, C-460/06 ; CJCE, 26 février 2008, *Mayr*, C-506/06 : pour le cas d'une femme licenciée à un stade avancé d'une procédure de fécondation *in vitro*.

<sup>1616</sup> Article 24 de la directive 2006/54. Cet article n'a été soulevé qu'à l'occasion d'un arrêt du TFPUE, 11 juillet 2012, *AI*, F-85/10, pt 184.

<sup>1617</sup> CJCE, 21 juillet 2005, *Vergani*, C-207/04, pt 27. Voir CJCE 16 février 1986, *Burton*, 19/81, pt 9, pour le cas d'un régime de départ volontaire.

<sup>1618</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15.

<sup>1619</sup> *Ibid.*, pt 14.

<sup>1620</sup> *Ibid.*, pt 52.

## 2- Le départ à la retraite

522. La quantité d'études doctrinales sur les liens entre les régimes de retraites nationaux et le droit de l'Union européenne permet de constater l'importance du sujet<sup>1621</sup>. Pourtant, la directive 2000/78 précise qu'elle « ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite »<sup>1622</sup> et, contrairement au licenciement, cette fin de la relation de travail est *a priori* absente du champ d'application des directives 2000/78 et 2000/43<sup>1623</sup>, en dehors de la pure sphère de l'emploi et du travail que nous étudions ici.

523. Contrairement au licenciement, le départ à la retraite d'un travailleur peut être l'occasion de mettre en place des mesures d'action positive ayant pour ambition de corriger *a posteriori* les inégalités dans la vie professionnelle, notamment entre les hommes et les femmes. Étant établi par nombre d'études sociologiques que les femmes, en raison de leur investissement supérieur dans la vie familiale, sont amenées à interrompre davantage leur carrière<sup>1624</sup>, il peut être perçu comme injuste d'exiger qu'hommes et femmes réalisent le même nombre d'années de travail pour obtenir le droit de partir en retraite<sup>1625</sup>. Longtemps, pour cette raison, les États européens ont pratiqué un âge différencié de départ à la retraite entre hommes et femmes<sup>1626</sup>. Dans le silence de la directive 76/207, la question de cette différence de traitement largement

---

<sup>1621</sup> B. DACOSTA, « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2015, p. 550 ; S. HENNION-MOREAU, « Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne », *RDSS*, 2008, p. 5 ; M. DEL SOL, « Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, 2014, p. 627 ; M. HOUSER, « Mise à la retraite d'office et principe de non-discrimination », *AJDA*, 2011, p. 2301 ; P. COURSIER, « La réforme française des retraites et l'Union européenne », *Droit social* 2003. 983. De manière plus générale : T. TAURAN, « Les institutions de retraite et le droit de l'Union européenne », *La Semaine Juridique Social* n° 9, 28 Février 2006, p. 1153.

<sup>1622</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 14.

<sup>1623</sup> Elle se trouve mentionné dans le chapitre consacré aux « régimes professionnels de sécurité sociale » de la directive 2006/54. L'article 7 précise que « Le présent chapitre s'applique :

a) aux régimes professionnels de sécurité sociale qui assurent une protection contre les risques suivants :

[...] iii) vieillesse, y compris dans le cas de retraites anticipées [...]

2. Le présent chapitre s'applique également aux régimes de pension destinés à une catégorie particulière de travailleurs, comme celle des fonctionnaires, si les prestations payables en vertu du régime sont versées en raison de la relation de travail avec l'employeur public. Le fait qu'un tel régime fasse partie d'un régime légal général est sans préjudice de la disposition précédente ».

<sup>1624</sup> D. MEURS, A. PAILHE, S. PONTHEUX, « Enfants, interruptions d'activité des femmes et écart de salaire entre les sexes », *Revue de l'OFCE*, vol. 114, n° 3, 2010, pp. 113-133.

<sup>1625</sup> Dans un sondage de l'institut du CSA, on apprend « que 82% des agents de la fonction publique, et 74% des salariés du privé, estiment qu'elle ne prend pas suffisamment en compte les discontinuités de carrière professionnelle des femmes », in *La Halde, OIT, Perception des discriminations au travail : regard croisé salariés du privé et agents de la fonction publique*, n° 1001622, décembre 2010, p. 21.

<sup>1626</sup> Bertrand DACOSTA écrit que « ces différences de traitement, qui remontaient à la première moitié du XXe siècle, ont volé en éclats », in « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2015, p. 55.

observable dans les droits nationaux est pourtant arrivée rapidement devant la Cour de justice, étant donné l'évidence du lien entre l'emploi et la retraite.

**524.** La question du rattachement au droit de l'Union européenne naît de l'exclusion de la sécurité sociale du champ d'application des directives, alors que nombre de systèmes nationaux de retraites font partie de celle-ci. En dehors de ce cas toutefois, nous avons vu que toutes les pensions versées par les régimes professionnels de retraite ont été qualifiées de rémunérations<sup>1627</sup>, de même que les régimes complémentaires d'application générale et obligatoire bien que d'application générale et obligatoire<sup>1628</sup>. La Cour est même allée jusqu'à qualifier les pensions de retraite versées aux fonctionnaires, dès lors qu'elles étaient directement liées à leur travail et au montant du traitement perçu<sup>1629</sup>, de rémunérations au sens de la directive 76/207<sup>1630</sup>. Cette qualification a pour conséquence que toute mesure d'action positive envisagée par les États dans le domaine du régime des pensions de retraite pourrait être contrôlée par le juge de l'Union et pourrait se heurter à la lecture très stricte que fait la Cour de l'égalité de rémunérations. C'est d'ailleurs ce qui se produisit dans l'arrêt *Griesmar* où, cherchant à établir si la « bonification vise à compenser des désavantages professionnels qui résultent pour les fonctionnaires féminins de leur éloignement du travail pendant la période qui suit l'accouchement, auquel cas la situation d'un travailleur masculin n'est pas comparable à celle d'un travailleur féminin, ou si elle vise essentiellement à compenser des désavantages professionnels qui résultent pour les fonctionnaires féminins du fait d'avoir élevé des enfants », la Cour conclut que la différence de traitement constituait une discrimination<sup>1631</sup>.

**525.** Toutes les différences de traitement fondées sur l'un des motifs de la directive 2000/78 dans le champ des régimes de retraites seront aussi soumises au respect du droit de l'Union, à la condition que le régime de retraite soit bien directement corrélé à l'emploi. L'arrêt *Römer* l'a montré puisque la Cour de justice a refusé qu'une « pension de retraite complémentaire versée par un régime public et constituant une rémunération au sens de l'article 157 TFUE échappe au champ d'application » de la directive 2000/78<sup>1632</sup>. En l'espèce était suspectée l'existence d'une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle.

---

<sup>1627</sup> CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, *op. cit.*

<sup>1628</sup> CJCE, 25 mai 2000, *Podesta*, C-50/99.

<sup>1629</sup> Conditions posées par l'arrêt CJCE, 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93.

<sup>1630</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Commission/Italie*, C-46/07.

<sup>1631</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 43.

<sup>1632</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, pt 33. Voir les développements de C. WEISSE-MARCHAL, « Le droit à une pension de veuf du partenaire de vie du même sexe », *D.*, 2008, p. 1873, sur le champ d'application de la directive 2000/78.

L'incroyable extensivité de la notion de rémunération permet à la Cour de faire une lecture la plus restrictive possible des limites du champ de l'emploi et du travail. En dehors des « régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération »<sup>1633</sup> et des « versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi »<sup>1634</sup>, la rémunération permet de capter jusqu'au régime de retraite des fonctionnaires<sup>1635</sup>, pourtant financé par des contributions sociales<sup>1636</sup>.

### ***B) La méthode de détermination des limites du champ d'application***

**526.** Le fil d'Ariane de la Cour dans toute son analyse est assurément l'existence d'un lien convaincant avec l'emploi, au détriment d'une interprétation littérale des textes de droit dérivé (1). Une des conséquences est l'exclusion des situations qualifiées de « purement privées », dans lesquelles il est impossible de démontrer un tel lien (2). Enfin, nous devons signaler que la directive prévoit une exclusion spécifique, dans le domaine de l'emploi et du travail, pour deux motifs (3).

#### **1- La nécessité d'un lien avec l'emploi**

**527.** La Cour montre, dans maints exemples que nous avons sollicités, sa remarquable capacité à élargir le champ d'application du principe de l'égalité de traitement et avec lui, le régime des directives qui le mettent en œuvre, même lorsque des dispositions paraissent le délimiter strictement. Les notions d'emploi et de travail agissent comme un filet efficace qui attrape le plus grand nombre de situations possibles et brouille certaines frontières matérielles<sup>1637</sup>. La Cour capte tout ce qui présente un lien avec l'emploi et le travail, sans prendre

---

<sup>1633</sup> Sont exclues « les pensions de retraite, réglées directement par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée et obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne*, 80/70, pts 7 et 8 ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, 170/84, pts 17 et 18 ; CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, pts 22 et 23, CJCE, 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93, pt 24 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 27.

Pour aller plus loin, voir S. HENNION-MOREAU, O. KAUFMANN (dir.) *Les retraites professionnelles en Europe, Droit européen et comparé, Betriebliche Altersversorgung in Europa, Europäisches recht und rechtsvergleichung, occupational pension schemes in Europe, European law and comparative law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 395 p. ; S. HENNION-MOREAU, « Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne », *RDSS*, 2008, p. 5.

<sup>1634</sup> CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, *op. cit.*, pt 32 ; CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, pt 41.

<sup>1635</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 29.

<sup>1636</sup> La Cour a bien précisé que la source de l'avantage pouvant être qualifié de rémunération n'importait pas dans CJCE, 9 février 1982, *Garland*, 12/81, pt 10.

<sup>1637</sup> Comme celle entre l'emploi et la sécurité sociale, par le biais des pensions de retraites. Voir §§ 522 et s.

en considération le fait qu'une situation puisse relever par ailleurs de domaines particulièrement décisifs pour les souverainetés étatiques. Comme l'arrêt *Sirdar* cité précédemment, l'arrêt *Kreil* est un excellent exemple de la réticence de la Cour à exclure des domaines du champ de son contrôle.

**528.** En l'espèce, elle établit que même les décisions des États destinées à assurer leur sécurité intérieure et extérieure n'échappent pas à ce contrôle<sup>1638</sup>. Pour la Cour, il n'existe aucune « réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique »<sup>1639</sup>. Si la Cour peut faire ce constat, c'est qu'en l'espèce dans l'arrêt *Kreil*, le lien avec l'emploi était bien présent puisqu'il s'agissait des règles encadrant l'accès à l'emploi militaire en Allemagne, qui prévoyaient dans certaines circonstances « l'exclusion des femmes du service dans des unités combattantes »<sup>1640</sup>. Dans le cadre des régimes de retraite, c'est l'effectivité du lien entre ce régime et l'emploi du travailleur qui permet de déterminer s'il s'agit ou non d'une rémunération. Si le lien avec la protection sociale l'emporte sur le lien avec l'emploi, la Cour de justice déclarera hors du champ d'application des directives le régime en cause<sup>1641</sup>. « Le critère de la distinction n'a toutefois rien d'évident »<sup>1642</sup>. Dans le cas des régimes de retraite, le lien avec l'emploi est apprécié par la Cour au regard d'une multitude de facteurs : le fait que la prestation n'intéresse qu'une catégorie de travailleurs, qu'elle soit fonction du temps de service accompli et calculée sur la base du traitement reçu<sup>1643</sup>. Cette jurisprudence complexe se trouve synthétisée notamment par l'article 7 §2 de la directive 2006/54.

---

<sup>1638</sup> CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, pt 15.

<sup>1639</sup> *Ibid.*, pt 16.

<sup>1640</sup> À l'inverse dans l'arrêt CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, pts 35-36, la Cour a rappelé que, même si « les décisions des États membres relatives à l'organisation de leurs forces armées ne sauraient échapper totalement à l'application du droit communautaire », « il n'en résulte pas que le droit communautaire régisse les choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels ». « Il appartient en effet aux États membres, qui ont à arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées ».

<sup>1641</sup> De tels « régimes assurent en effet aux travailleurs le bénéfice d'un système légal au financement duquel les travailleurs, les employeurs et éventuellement les pouvoirs publics contribuent dans une mesure qui est moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politique sociale » CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne*, 80/70, pts 7-8; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, 170/84, pts 17-18; CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, pts 22-23, CJCE, 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93, pt 24 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*, pt 27.

<sup>1642</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1643</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*

529. Le champ de la vie familiale ou des relations purement privées, s'il ne présente aucun lien avec les conditions de travail, ne pourra pas, selon la Cour de justice, être concerné par l'application des textes de droit dérivé limité au domaine de l'emploi et du travail.

## 2- L'exclusion des relations purement privées

530. La Cour a posé très fermement une limite à l'application des directives relatives à l'emploi et au travail. Ni le paragraphe 3 ni le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive 76/207 ne saurait avoir pour objet « de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple »<sup>1644</sup>. Parallèlement, elle précisait dès 1983 que le principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>1645</sup>. La Cour ne dispose d'aucun fondement pour apprécier des mesures prétendant intervenir dans ce sens, il est logique qu'elle s'y refuse. Il y a néanmoins dans cette limite un manque important, dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes surtout. Beaucoup de discriminations et d'inégalités sont produites du fait de l'organisation de la famille et de la répartition des tâches au sein du couple<sup>1646</sup>. Pour cette raison, la Cour est parvenue à s'emparer indirectement de cette question en affirmant que « l'articulation vie familiale/vie professionnelle est le corollaire naturel de l'égalité de traitement »<sup>1647</sup>. La directive 2006/54 parle aussi de conciliation entre la vie familiale et professionnelle à plusieurs reprises<sup>1648</sup>.

---

<sup>1644</sup> CJCE, 12 juillet 1984, *Hoffmann*, 184/83, pt 24 et CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C- 345/89, pt 17.

<sup>1645</sup> CJCE, 8 novembre 1983, *Commission/Royaume-Uni*, C-165/82, dans ce recours en manquement, elle reconnaît que la législation britannique en cause « vise à concilier le principe de l'égalité de traitement avec celui, également fondamental, du respect de la vie privée. Cette conciliation fait partie des éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer le champ d'application de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 2, de la directive » 76/207.

<sup>1646</sup> Dans le sondage réalisé en 2009 par l'institut CSA en vue de la publication du 4<sup>e</sup> baromètre sur les discriminations au travail en France en 2010 par La Halde et l'OIT, on apprend que, à la question « quelles sont aujourd'hui les principales barrières à l'évolution des carrières des femmes dans les entreprises ? », une majorité des travailleurs interrogés répond : « le fait que les femmes aient à gérer des responsabilités familiales ».

<sup>1647</sup> CJCE, 17 juin 1998, *Hill*, C-243/95 ; CJCE, 2 octobre 1997, *Gerster*, C-1/95.

<sup>1648</sup> Préambule de la directive 2006/54, pt 11 et son article 21 §2. Dans cette perspective d'articulation ou de conciliation s'inscrit par exemple la volonté ancienne des institutions de voir instaurer dans les États un congé parental ouvert aux hommes comme aux femmes (Voir Com (84) 631 final). Le droit au congé parental est aujourd'hui prévu par l'accord-cadre révisé sur le congé parental du 18 juin 2009 et mis en œuvre par la directive 2010/18 portant application de cet accord.

Pour des explications approfondies voir S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., pp. 305-310 et H. TOURARD « La femme dans le droit de l'Union européenne : la conciliation vie familiale et vie professionnelle », in P. ICARD, J. OLIVIER, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 33-49.

Nous pouvons noter d'ailleurs que la première décision CJCE, 26 octobre 1983, *Commission / Italie*, 163/82, en matière d'action positive, fut occasionnée par un recours en constatation de manquement du fait d'une législation

**531.** Toutefois, la Cour reste limitée par son besoin de faire un lien avec la sphère professionnelle. Dans l'arrêt *Stoeckel* par exemple, la Cour devait se prononcer sur l'interdiction prévue par le code du travail français d'employer des femmes dans le cadre du travail de nuit, avec un certain nombre de dérogations. Au nom de l'égalité des conditions de travail, cette interdiction, présentée comme protectrice pour les femmes et consistant donc en une discrimination positive selon l'État<sup>1649</sup>, est invalidée par la Cour. Ce qui est intéressant ici, c'est que l'État faisait valoir comme argument que les femmes supportaient une charge supérieure aux hommes concernant le « travail familial », qu'ainsi le travail de nuit pouvait sembler plus difficilement conciliable avec la vie privée et familiale pour une femme que pour un homme. Cet argument est rejeté par la Cour car de telles préoccupations ne relèvent pas du champ d'application de la directive 76/207.

**532.** L'exclusion des relations « purement privées » est une question qui ne se pose pas qu'en droit de l'Union européenne. Il est intéressant par exemple de consulter le rapport explicatif du protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme, adopté en 2000 et prévoyant une interdiction générale de la discrimination. L'interdiction étant générale, le rapport donne des éléments sur son application aux « relations entre particuliers ». « Toute obligation positive dans [ce] domaine [...] concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité (par exemple : le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc.) »<sup>1650</sup>. En revanche, les relations purement privées ne sauraient être affectées par l'application du protocole, au risque « d'interférer avec le droit au respect de sa vie privée et familiale »<sup>1651</sup>.

**533.** La Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes est sans doute celle dont le champ d'application est le plus étendu. L'article 5 vise directement les relations purement privées et l'article 16 la famille, que Mathias

---

italienne réservant le congé parental aux femmes, dans le cadre de l'adoption d'un enfant de moins de six ans. La Cour n'y avait alors pas vu de manquement.

<sup>1649</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, *op. cit.*, pt 14 : « l'interdiction du travail de nuit des femmes, assortie d'ailleurs de nombreuses dérogations, répond à des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine et à des considérations particulières d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes ».

<sup>1650</sup> Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 177, pt 28.

<sup>1651</sup> *Ibid.* Droit garanti par l'article 8 de la Conv. EDH.

Möschel qualifie d'« unité fondamentale de discriminations »<sup>1652</sup>. Cette disposition requiert des États parties qu'ils agissent pour « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés [...] fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes » et faire en sorte que « l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants »<sup>1653</sup>. La mise en œuvre d'une telle obligation reste une question très délicate, étant donné la nécessité pour les États européens de respecter le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

**534.** Enfin, à ces limitations, l'article 3 de la directive 2000/78 ajoute une exclusion particulière qui n'est pas négligeable puisque « les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge ». Ni les discriminations ni les mesures d'action positive entrant dans un tel champ ne relèveront de la compétence du juge de l'Union.

### **3- Une exclusion particulière pour le handicap et l'âge**

**535.** Cette exclusion de l'application de la directive est doublement limitée, quant aux motifs (a) et quant aux emplois concernés (b).

#### *a- Une exclusion limitée à deux motifs*

**536.** On peut noter d'emblée que ni la directive 2006/54 ni la directive 2000/43 ne comportent une telle exclusion. En conséquence, l'âge et le handicap sont bien les seuls motifs visés par une telle limitation du champ d'application. Les États ne pourront se prévaloir de cette disposition pour justifier des différences de traitement fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, ou encore la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle, à moins que

---

<sup>1652</sup> M. MÖSCHEL, « La famille : "unité fondamentale" de discriminations ? », in D. ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, p. 219.

<sup>1653</sup> Article 5 a) et b) de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. Commentaire D. ROMAN, « Égalité professionnelle et sécurité économique, les droits sociaux dans la convention », in D. ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, pp. 270-272.



l'employeur ne soit en mesure de prouver qu'il s'agit d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante en vertu des articles correspondants.

**537.** On peut s'interroger sur une particularité dans la formulation de cette disposition. La directive ne s'applique pas « pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge ». Il est surprenant que le terme de « discriminations »<sup>1654</sup> supplante celui de « différences de traitement » utilisé dans l'article 4<sup>1655</sup>. Il est très gênant qu'une directive visant à instaurer le principe de l'égalité de traitement sans discrimination dans l'emploi prévoie une exclusion permettant d'ignorer des discriminations fondées sur deux motifs, surtout par rapport à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui prohibe les discriminations dans tous les domaines. Les États sont seuls maîtres à bord pour ces deux motifs, ce qui signifie bien qu'ils pourraient maintenir des discriminations, une interdiction totale de l'emploi des personnes handicapées ou des personnes de plus de 50 ans par exemple dans ce domaine. Si seul un régime dérogatoire avait été prévu, au lieu d'une exclusion, le respect de la proportionnalité aurait pu agir comme garde-fou, mais tel n'est pas le cas.

**538.** Il est heureux que l'exclusion ne concerne que ces deux motifs, même si l'on peut déjà y voir une brèche importante dans le champ d'application de la directive 2000/78 et dans l'efficacité de la lutte contre les discriminations menée par l'Union. On peut trouver de quoi justifier, vu les activités particulières dans les forces armées, le fait que l'âge et le handicap – le fait de ne pas en avoir – représentent une forme d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Les directives ne se désintéressent pas des discriminations ou mesures d'action positive fondées sur les autres motifs dans l'emploi dans les forces armées.

*b- Une exclusion limitée aux emplois militaires*

**539.** La directive explique que c'est « pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées [qu'] ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées. Les États membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation »<sup>1656</sup>. L'emploi du terme de dérogation n'aide pas à la clarté, vu qu'il s'agit bien d'une *exclusion* matérielle. C'est le souhait de respecter la marge d'appréciation des États

---

<sup>1654</sup> C'est également « discrimination » qui est employé dans la version en anglais du texte.

<sup>1655</sup> C'est aussi le cas dans la version anglaise de la directive.

<sup>1656</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 19.

dans un domaine d'activité régalien qui l'explique. L'organisation et la gestion des forces armées fait certainement partie du noyau dur des compétences exclusives des États.

**540.** En dehors de cette justification, on peut se demander pourquoi ne pas avoir simplement laissé à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante la tâche de couvrir la spécificité éventuelle de certains emplois dans les forces armées<sup>1657</sup>, plutôt que d'opter pour une exclusion totale et sans nuance. Les États peuvent choisir de ne pas appliquer la directive à « tout ou partie » de leurs forces armées. Il y a en effet multitude d'emplois dans les forces armées qui ne justifient probablement pas du tout que soient validées des discriminations fondées sur l'âge et le handicap. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante aurait permis d'évaluer, au cas par cas, la pertinence d'exclure des catégories d'individus de certains emplois, et d'éviter que soient précisément justifiées des *discriminations*. La Cour ne s'est pas prononcée sur cette disposition.

**541.** Le « champ d'application commun » de l'action positive subit en tout cas une première fracture avec cette exclusion limitativement prévue pour l'âge et l'handicap de certains emplois. Cette fragmentation s'accroît davantage avec l'introduction de champs d'application particuliers pour certains motifs de discrimination, qui voient donc leur portée élargie par rapport aux autres.

## **Section 2. Les champs d'application particuliers de l'action positive**

**542.** La question du champ d'application de l'action positive devient problématique à partir du moment où les textes qui se sont multipliés ne visent pas tous les mêmes domaines. Les directives 2000/78 et 2006/54 sont limitées à l'emploi et au travail, en revanche, la directive 2000/43 a représenté une extension significative du champ d'application du droit à la non-discrimination pour le motif ethno-racial à plusieurs égards. Elle s'applique également à « la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; l'éducation ; et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement »<sup>1658</sup>. Dans un rapport du 6 juillet 2007, la

---

<sup>1657</sup> L'arrêt CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, *op. cit.*, a bien montré par exemple qu'une différence de traitement directement fondée sur l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante dans le cadre des forces de police, pour protéger la spécificité de ces emplois.

<sup>1658</sup> Directive 2000/43, article 3 sur le champ d'application.

Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures note que « la directive relative à l'égalité raciale était révolutionnaire au moment de son adoption, parce qu'elle ne limitait pas la protection contre la discrimination à la sphère du travail »<sup>1659</sup>. En 2000, la protection contre les discriminations liées au sexe ne couvrait même pas encore l'accès et la fourniture des biens et services, l'avancée était effectivement considérable.

**543.** La directive sur l'égalité raciale se distingue des autres aussi par son ancrage nettement plus affirmé dans la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Alors que la plupart des autres textes protège le travailleur, cette directive peut être invoquée par toute personne, ressortissante ou non d'un Etat de l'Union<sup>1660</sup>, conférant un champ d'application personnelle extrêmement vaste à la directive<sup>1661</sup>. Le préambule abonde de références aux grands Traités sur les droits fondamentaux<sup>1662</sup>. Le contexte était favorable : l'Autriche venait d'être « sanctionnée » par les quatorze autres États membres de l'époque après la formation d'un gouvernement de coalition entre les chrétiens-démocrates et le parti populiste d'extrême droite de Jörg Haider, et il paraissait particulièrement important à la plupart des gouvernements d'émettre un signal clair contre les tendances xénophobes et d'accentuer le profil « droits de l'homme » de l'Union européenne<sup>1663</sup>.

**544.** S'ajoute ensuite l'adoption de la directive 2004/113 qui fait sortir l'égalité des sexes de la sphère professionnelle pour la première fois dans l'Histoire européenne. Restent donc en marge les quatre motifs protégés par la directive 2000/78 et en résulte une application variable du droit de l'Union de la non-discrimination à des situations extérieures à l'emploi (§1). Des

---

<sup>1659</sup> Rapport du 6 juillet 2007, A6-0278/2007 sur l'application de la directive 2000/43/CE 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 (2007/2094(INI)), Rapporteur : Kathalijne Maria Buitenweg.

<sup>1660</sup> Préambule de la directive 2000/43, pt 16 : « il importe de protéger toutes les personnes physiques contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique ». Cette protection est la même pour la directive 2000/78, préambule, pt 12 : « Cette interdiction de discrimination doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers ».

<sup>1661</sup> Voir sur ce point l'abondant développement d'E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., pp. 468-478.

<sup>1662</sup> Préambule de la directive 2000/43, pt 3 : « Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la déclaration universelle des droits de l'homme, par la convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signés par tous les États membres ».

<sup>1663</sup> Pour une analyse complète, voir J. RINGELHEIM, « L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique », in F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 99-199. Plus précisément, voir p. 113 sur l'entrée au gouvernement du parti d'extrême droite.

volontés d'alignement des champs d'application ont existé ou existent mais ne parviennent pas à aboutir (§2).

### **§1) L'application variable à des situations extérieures à l'emploi**

**545.** Outre la sphère commune de l'emploi et du travail, terrain privilégié de l'expression de toutes sortes de discriminations, les directives européennes se sont inégalement emparées d'autres domaines. Depuis 2004, il en est un qui est devenu commun aux motifs du sexe et de la race ou de l'origine ethnique (A). Deux autres restent en revanche réservés au motif de la race ou l'origine ethnique, non pas parce qu'on ne les trouve nulle part ailleurs dans le droit dérivé, mais bien parce qu'il n'y a que pour ce motif que l'action positive est autorisée dans ce domaine (B).

#### ***A) Un domaine commun aux motifs du sexe et de la race ou l'origine ethnique***

**546.** Aujourd'hui, égalité entre hommes et femmes et lutte contre les discriminations raciales recouvrent quasiment le même champ d'application, depuis l'adoption de la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services et leur fourniture<sup>1664</sup>. Il est malgré tout intéressant de confronter les deux directives par rapport à la signification de ce domaine commun pour vérifier si, au-delà des apparences, l'interprétation à en faire est effectivement identique, ou s'il y a lieu de penser que des divergences existent.

**547.** La logique la plus évidente voudrait que l'on aborde la question de manière chronologique puisque c'est d'abord la directive 2000/43 qui a introduit le nouveau domaine de l'accès aux biens et services et leur fourniture dans le champ de la non-discrimination dès 2000<sup>1665</sup>. Néanmoins et même si la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cet aspect de la directive 2004/113, elle est la plus précise dans sa rédaction sur le sens à donner à un tel

---

<sup>1664</sup> L'article 6 de la directive 2004/113 autorise l'action positive dans ce domaine.

<sup>1665</sup> Article 5 de la directive 2000/43.

champ d'application, il est donc plus aisé de commencer par celle-ci (1). La directive 2000/43, beaucoup plus floue et surprenante, sera étudiée ensuite (2).

### **1- L'accès aux biens et services et leur fourniture dans le cadre de la directive 2004/113**

**548.** Le préambule de la directive 2004/113 confirme que ce nouvel instrument est « la concrétisation de l'intention [de la Commission] de proposer une directive sur la discrimination fondée sur le sexe en dehors du marché du travail [...] pour améliorer la situation des hommes et des femmes dans la société »<sup>1666</sup>. Elle suit la « décision 2001/51/CE du Conseil du 20 décembre 2000 établissant un programme d'action communautaire concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005) »<sup>1667</sup>. Des auteurs y voient effectivement un signe de plus que la logique de marché qui imprégnait le principe de l'égalité de traitement à son origine s'estompe<sup>1668</sup>. Elle témoigne également de l'importance de l'article 19 du TFUE pour le motif du sexe, car c'est par l'activation de cette clause d'habilitation que la lutte contre les discriminations entre hommes et femmes a pu quitter la sphère professionnelle pour la première fois.

**549.** La persistance des discriminations sexuées dans le domaine de l'accès aux biens et services est un enjeu indéniable<sup>1669</sup>. La polémique autour de ce que les associations et médias français ont appelé la « taxe rose »<sup>1670</sup> a révélé, sur le continent européen et ailleurs, une pratique courante consistant à proposer un prix plus élevé pour certains produits ciblant les consommatrices par rapport aux produits équivalents pour les hommes<sup>1671</sup>. Un rapport du réseau

---

<sup>1666</sup> Préambule de la directive 2004/113, pt 6.

<sup>1667</sup> *Ibid.*

<sup>1668</sup> E. CARACCILO DI TORELLA, « The Principle of Gender Equality, The Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 341 : the Treaty was market-making rather than market-correcting, and the equality principle was formulated as a prohibition of discrimination rather than a commitment towards achieving equality.

<sup>1669</sup> Voir sur ce point l'article de A. MCCOLGAN, « La directive relative aux biens et aux services : œuf de vicaire ou quasi-bénédictin ? », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n° 1, 2009, pp. 17-26.

<sup>1670</sup> « *Woman's tax* » en anglais.

*Le Figaro*, « "Taxe rose" : les femmes allemandes paient plus cher coiffeur et pressing », 20 décembre 2017 ; *Le Monde*, « Taxe rose : le luxe aussi fait payer les femmes plus cher », 13 avril 2016 ; *Forbes*, « The 'Woman Tax': How Gendered Pricing Costs Women Almost \$1,400 A Year », 15 mai 2012. Voir aussi le site de Géraldine Franck, féministe du collectif Georgette Sand, qui répertorie des exemples de cette pratique en France : <https://womantax.tumblr.com/>

<sup>1671</sup> Mais comme le remarquent les experts du Réseau européen sur l'égalité de genre : « *Public discussion and debate about sex-segregated services and sex discrimination (for example as regards pricing) in access to services appears to be very limited indeed, with occasional exceptions relating to (for example) the provision of cheap or free access to nightclubs and/ or cheap drinks to women* ». In European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Sex-Segregated Services*, décembre 2008, p. 1.

d'experts européens sur l'égalité de genre donne comme exemples les discriminations dans l'accès aux activités et équipements sportifs, aux boîtes de nuit ou autres clubs (pour les hommes) et associations<sup>1672</sup>.

**550.** Le préambule de la directive 2004/113 précise que les biens doivent s'entendre au sens des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des biens, et les services au sens de l'article 50 du TCE, soit l'actuel article 57 du TFUE<sup>1673</sup>. La Cour de justice n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation du champ d'application de cette directive, deux arrêts qui la concernent sont des recours en manquement contre deux États membres n'ayant pas transposé de façon satisfaisante ses dispositions dans les délais<sup>1674</sup>. Elle a été également l'occasion d'un arrêt abondamment commenté, dans lequel la Cour a invalidé une disposition de cette directive en se fondant sur la Charte des droits fondamentaux<sup>1675</sup>. Pour comprendre le champ d'application précis de cette directive, il faut donc se référer à la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation des biens et services sur le marché intérieur.

**551.** L'article 28 du TFUE précise que la libre circulation concerne « l'ensemble des échanges de marchandises », le renvoi opéré par la directive 2004/113 suggérant qu'il faut considérer que le principe d'égalité de traitement s'applique à l'accès aux marchandises et leur fourniture. Mais la notion n'est pas définie par les Traités, seuls deux cas particuliers font l'objet d'un régime spécifique : les armes<sup>1676</sup> et les produits agricoles. La Cour de justice a précisé dans un arrêt de 1968 « que par marchandises, au sens de cette disposition, il faut entendre les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »<sup>1677</sup>. La notion de services, selon l'article 57 du TFUE, vise limitativement les « prestations fournies normalement contre rémunération »<sup>1678</sup>. Le critère de la rémunération limite considérablement la portée du concept, la Cour de justice n'ayant eu d'autre choix que d'estimer que l'éducation gratuite, dispensée par l'État, n'entrait pas dans son champ

---

<sup>1672</sup> European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Sex-Segregated Services*, décembre 2008, pp. 8-9.

<sup>1673</sup> Préambule de la directive, pt 11. L'article 57 du TFUE (article 50 TCE) énonce que « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment : a) des activités de caractère industriel ; b) des activités de caractère commercial ; c) des activités artisanales ; d) les activités des professions libérales.

<sup>1674</sup> CJUE, 4 février 2010, *Commission/Royaume-Uni*, C-186/09 ; CJCE, 17 mars 2011, *Commission/Pologne*, C-326/09.

<sup>1675</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et autres*, C-236/09.

<sup>1676</sup> Article 346-348 TFUE et article 38 §1 et 2.

<sup>1677</sup> CJCE, 10 décembre 1968, *Commission/Italie*, 7/68.

<sup>1678</sup> Confirmé par l'article 4 §1 directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur définit le service comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération ».

d'application<sup>1679</sup>. L'éducation est de toute façon exclue expressément de l'application de la directive 2004/113<sup>1680</sup>, ce qui est certainement regrettable<sup>1681</sup>. Notons toutefois que la Cour de justice, par son interprétation extensive de la condition de rémunération (comme de la rémunération elle-même)<sup>1682</sup> considère que les services ne perdent pas leur caractère rémunéré ni lorsque l'opérateur privé ne poursuit aucun but lucratif<sup>1683</sup>, ni du fait de la nature récréative ou sportive du service<sup>1684</sup>. En outre, il suffit que la rémunération existe, même si elle ne vient pas des bénéficiaires du service<sup>1685</sup>. Tel est ainsi le cas des soins de santé qui sont rémunérés indirectement par l'intermédiaire d'un régime de sécurité sociale<sup>1686</sup>.

**552.** Une fois la notion de service mieux cernée, l'on apprend que la directive 2004/113 est également limitée « aux personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public et offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale ainsi que des transactions qui se déroulent dans ce cadre »<sup>1687</sup>. En plus de l'exclusion de l'éducation que nous avons mentionnée, des contenus médiatiques et publicitaires<sup>1688</sup>, tout ce qui relève de la sphère privée et familiale est également hors de portée de la directive. De telles limites ne sont pas anodines car bon nombre de politiques nationales ou stratégies privées<sup>1689</sup> cherchent à lutter contre les discriminations dans ces domaines sensibles. Aucun contrôle européen de ces mesures n'est envisageable en l'état du droit.

---

<sup>1679</sup> Voir CJCE, 27 septembre 1988, *État belge / Humbel et Edel*, C-263/86. En revanche, si les cours sont assurés par des établissements financés pour l'essentiel par des fonds privés et cherchent à réaliser un bénéfice commercial, ils deviennent des services. Voir CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth/Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92.

<sup>1680</sup> Article 3 § 3 de la directive 2004/113 : « La présente directive ne s'applique ni au contenu des médias et de la publicité ni à l'éducation ».

<sup>1681</sup> E. CARACCILO DI TORELLA, « The Principle of Gender Equality, The Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 341.

<sup>1682</sup> J. RINGELHEIM, « Le droit européen et l'interdiction des discriminations raciales et ethniques dans le cadre de l'accès aux services », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 10, 2010, p. 12.

<sup>1683</sup> CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare/regione Lombardia*, C-70/95

<sup>1684</sup> CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL / Bosman*, C-415/93. D'ailleurs, la Proposition modifiée de décision du Conseil établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), COM/2000/0649 final, JOCE n° 062 E du 27/02/2001 pp. 119-130, précise que l'objectif est notamment « l'élimination des obstacles discriminatoires entravant l'accès aux biens et aux services, et notamment au logement, aux transports, à la culture, aux loisirs et au sport ».

<sup>1685</sup> CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et 191/97.

<sup>1686</sup> CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96.

<sup>1687</sup> Point 13 du préambule de la directive 2004/113.

<sup>1688</sup> Article 3 §3 de la directive.

<sup>1689</sup> En France, depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a confié au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel une compétence pour lutter contre le sexisme dans la publicité. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication voit son article 14 modifié. Il énonce désormais que le CSA « veille au respect de la dignité de toutes les personnes et à l'image des femmes qui apparaissent dans ces émissions publicitaires ».

En application de cette nouvelle mission, le CSA a publié un rapport intitulé *Représentation des femmes dans les publicités télévisées*, Les collections du CSA, 2017, 30 p.

**553.** Le renvoi aux parties consacrées à la libre circulation dans les Traités pose un problème délicat de délimitation. Pour fonder une compétence de l'Union dans ce cadre, il est en principe nécessaire de faire la démonstration d'un élément d'extranéité. « La condition de déplacement dans la communauté ne saurait être exigée en matière d'accès à l'emploi ou de formation professionnelle, ni protection sociale, puisque aucune restriction des compétences communautaires de cette sorte n'est inscrite au sein du traité s'agissant de ces domaines », en revanche pour les biens et services, cette condition existe bien<sup>1690</sup>. Les situations « purement internes »<sup>1691</sup> ne relèvent en principe pas de la compétence européenne<sup>1692</sup>. La notion de « situation purement interne » a été progressivement limitée autant que possible par Cour de justice afin de ne pas réduire l'applicabilité du droit de l'Union de manière excessive<sup>1693</sup>, mais cette limite persiste<sup>1694</sup>. Si le champ d'application de la directive 2004/113 est calqué sur celui de la libre circulation des biens et services, faut-il en déduire que la limite du critère d'extranéité s'applique ? Faut-il que l'individu bénéficiaire de la mesure d'action positive, ou le fournisseur, se soit déplacé ou que les biens et services aient circulé dans le marché intérieur ?

**554.** Aucune précision n'est donnée par la directive elle-même. Les exclusions *ratione materiae* étant prévues explicitement, il paraît difficile d'imaginer qu'une telle limite doive être déduite du silence du texte. La lutte contre les discriminations fondées sur le sexe hors du travail, rendue possible par l'article 19 du TFUE, n'exige vraisemblablement pas un élément d'extranéité, comme pour toutes les autres situations de discrimination combattues en droit de

---

<sup>1690</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 du TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 471 et s.

<sup>1691</sup> CJCE, 28 mars 1979, *Saunders*, C-175/78, pt 11.

<sup>1692</sup> La doctrine remarque toutefois que la puissance de ce critère tant à décroître. « L'effet dérégulateur des libertés de circulation est d'autant plus marqué que la Cour néglige le critère d'extranéité qui délimite les situations visées par le droit communautaire. [...] la Cour se contentant d'un effet potentiel sur les échanges intracommunautaires » note Joël CAVALLINI in « Les libertés de circulation : marchandises, capitaux, prestation de services et établissement », *RMCUE*, 2006, p. 613.

<sup>1693</sup> J. PORTA, S. ROBIN-OLIVIER, « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », *RDT*, 2011, p. 589 : « À l'origine, [situation purement interne] désignait *a contrario* une situation univoque pour l'application de la libre circulation des travailleurs : celle du travailleur se déplaçant pour occuper un emploi sur le territoire d'un autre État membre. Mais prenant appui sur sa définition comme une situation, "dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre et qui, de ce fait, ne présente aucun élément de rattachement à l'une des situations envisagées par le droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services", la Cour a progressivement limité le champ couvert par la notion de "situation purement interne", en accueillant largement les éléments pouvant être considérés comme des éléments de rattachement à une situation intra-communautaire ». Cités : CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN.*, C-108/98, pt 23 ; CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08.

Voir aussi L. POTVIN-SOLIS, « Principe général de non-discrimination et "situations purement internes" », *Cahiers de droit européen*, n° 1, 2016, p. 339 : Le principe de non-discrimination « connaît un processus d'extension de son champ avec une certaine autonomisation de ses effets en droit de l'Union, qui a pour conséquence d'attirer dans le champ de ce droit des situations et des compétences internes des États toujours plus nombreuses ».

<sup>1694</sup> A.-L. SIBONY, « Les situations purement internes restent exclues du champ d'application des libertés de circulation », *RTDE*, 2017, p. 819.



l'Union. Si l'on cherche à faire une lecture contextualisée de la directive 2004/113, il est impératif de prendre en considération la directive 2000/43 qui porte aussi sur l'accès aux biens et services. Or, certaines réponses ont été apportées par la Cour de justice, dont nous pouvons légitimement anticiper qu'elles seraient reprises dans le cadre de l'interprétation de la directive 2004/113, dans un souci de préserver la cohérence des législations entre elles.

## **2- L'accès aux biens et services et leur fourniture dans le cadre de la directive 2000/43**

**555.** L'article 3 §1 h) de la directive 2000/43 inclut dans le champ d'application de la lutte contre les discriminations ethno-raciales « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services »<sup>1695</sup>. Il « est certainement une des dispositions les plus surprenantes de la législation fondée sur l'article 13 TCE. Sa portée est imprécise car d'une part plusieurs interprétations en sont possibles, et d'autre part parce que l'établissement du *nexus* nécessaire entre ce domaine de l'interdiction et les limites des compétences communautaires est particulièrement problématique »<sup>1696</sup>.

**556.** En l'absence de renvoi aux dispositions relatives à la libre-circulation des biens et services, la directive 2000/43 paraît effectivement très insaisissable<sup>1697</sup>, plus encore que la directive 2004/113. Elle précise seulement qu'il s'agit là encore des biens et services « à la disposition du public, y compris le logement ». Vu l'esprit de la directive sur l'égalité raciale et ethnique, il est envisageable de détacher les notions de biens et services des limites prévues par les Traités<sup>1698</sup>. Comme on l'a dit, la directive se place résolument sur le terrain de la protection des droits fondamentaux de la personne, et non sur celle du marché intérieur. « La mention du logement incite à adopter une interprétation large de la notion de biens et services à disposition du public »<sup>1699</sup>. De telles interrogations se sont posées dans l'affaire *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (ci-après « *CHEZ* »)<sup>1700</sup>. Le renvoi préjudiciel trouvait son origine dans la pratique de la compagnie d'électricité bulgare consistant à placer très en hauteur (hors de portée humaine) les compteurs électriques dans les quartiers majoritairement peuplés de Roms.

---

<sup>1695</sup> Article 3§1 h) de la directive 2000/43

<sup>1696</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit. p. 463.

<sup>1697</sup> Voir M. BELL, « The New Article 13 EC Treaty: A Sound basis for European Anti-Discrimination Law ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, 1999, n° 1 pp. 17-18.

<sup>1698</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 463 « La notion de biens peut ne concerner, dans un sens étroit, que les seules marchandises », analyse qui serait selon lui « corroborée par la compétence de la communauté en matière de libre circulation des marchandises ».

<sup>1699</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 465.

<sup>1700</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, pt 42.

La compagnie d'électricité estimait précisément qu'une telle pratique ne saurait entrer dans le champ d'application de la directive, puisque celle-ci doit s'appliquer « dans les limites des compétences conférées à [l'Union] »<sup>1701</sup>. Dès lors, la « directive n'a vocation à s'appliquer qu'en relation avec des situations relevant du champ d'application du droit de l'Union, ce qui requerrait qu'une règle matérielle de ce droit soit applicable aux faits en cause »<sup>1702</sup>. En d'autres termes, la compagnie estimait que l'emplacement des compteurs électriques serait une situation purement interne, dépourvue de lien avec le droit de l'Union.

**557.** Julie Ringelheim soutient que « l'absence de protection uniforme contre ce type de discrimination au sein des États membres est susceptible d'affecter la capacité des fournisseurs de services à exercer des activités transfrontalières et d'empêcher des individus de faire usage de leur droit à la libre circulation. De plus, une protection limitée aux situations transfrontalières serait difficile à mettre en œuvre pour les États membres [...]. En outre, pareille limitation serait difficilement conciliable avec les obligations internationales des États membres sur le plan des droits humains »<sup>1703</sup>. Ses intuitions se trouvent confortées par l'analyse de la Cour dans l'arrêt *CHEZ*<sup>1704</sup>. Étant donné la nécessité de garantir l'effet utile de la directive, il faut, « pour l'interprétation des dispositions du droit communautaire, tenir compte non seulement des termes de celles-ci, mais également de leur contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elles font partie »<sup>1705</sup>. Ici l'objectif de l'acte dans son ensemble est de protéger les individus contre la discrimination raciale, son champ d'application ne saurait donc être interprété de manière restrictive<sup>1706</sup>.

**558.** La nécessité d'un élément d'extranéité évacuée, il restait la question de savoir si le placement des compteurs d'électricité relève du champ d'application de la directive. Elle reprend les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott qui estimait que la fourniture d'électricité relevait incontestablement « des biens et services à la disposition du public ». Partant, tous les éléments indissociables de la fourniture relèvent nécessairement du champ d'application, « la fourniture d'électricité ne saurait être non discriminatoire si les conditions

---

<sup>1701</sup> C'est ce qui est précisé par l'article 3 §1 de la directive avant la liste des domaines compris dans son champ d'application

<sup>1702</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 39.

<sup>1703</sup> J. RINGELHEIM, « Le droit européen et l'interdiction des discriminations raciales et ethniques dans le cadre de l'accès aux services », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 10, 2010, p. 13.

<sup>1704</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*

<sup>1705</sup> CJCE, 2 juin 1994, *AC-ATEL Electronics Vertriebs*, C-30/93, pt 21 pour un règlement ; CJCE, 14 octobre 1999, *Adidas*, C-223/98, pt 23 et CJCE, 13 novembre 2003, *Granarolo*, C-294/01, pt 34 pour une directive.

<sup>1706</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 42. Elle confirme l'arrêt CJUE, 11 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, pt 45.

générales auxquelles l'électricité est distribuée aux utilisateurs ne sont pas libellées, elles aussi, de façon non discriminatoire »<sup>1707</sup>.

**559.** La logique des situations liées à l'emploi se retrouve ici, toutes les situations liées à l'accès des biens et services font partie du champ d'application. Au nom de l'effet utile de la directive et de son objectif d'éradication de toutes discriminations raciales dans le domaine de l'accès et de la fourniture des biens et services, l'exigence de situation purement interne recule fortement. La Cour parachève la démonstration du lien de rattachement avec le droit de l'Union en rappelant que plusieurs dispositions « ont trait à la mise à disposition des utilisateurs finals de compteurs électriques individuels » dans des directives et leur base juridique dans les Traités<sup>1708</sup>.

**560.** Si la Cour de justice ne semble pas exiger de critère d'extranéité, pourvu qu'un lien de rattachement avec le droit de l'Union permette d'établir sa compétence, le sens des notions de biens et services eux-mêmes n'a pas encore été éclairé. Rappelons que l'article 57 du TFUE exige une condition de rémunération dans la définition de service tandis que la Cour de justice limite les marchandises aux « produits appréciables en argent »<sup>1709</sup>. L'intérêt de savoir si la condition de rémunération du service existe ou non est moindre du fait que l'éducation est de toute façon expressément visée par la directive 2000/43. Toutefois, la question reste tout de même ouverte pour le domaine notamment culturel, ou des services gratuits sont fréquemment proposés (festivals ouverts, musées gratuits par exemple).

**561.** La loi belge du 10 mai 2007 de transposition de la directive vise « l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public »<sup>1710</sup>. Rien n'empêche en effet les États d'aller plus loin que la protection offerte *a minima* par les directives. Par ailleurs, les États membres de l'Union qui ont ratifié la

---

<sup>1707</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14, pts 38-39.

<sup>1708</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, *op. cit.*, pt 44 : « l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2006/32 ou l'article 3, paragraphes 3 et 7, de la directive 2009/72, lu en combinaison avec l'annexe I, point 1, sous h) et i), de celle-ci »

<sup>1709</sup> Voir § 551.

Sur ce point, on peut noter une plus grande précision dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'article 1 du Protocole additionnel n° 1 vise le respect aux biens. « La notion de "bien" évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits patrimoniaux" et donc des "biens" aux fins de cette disposition » ; « Par ailleurs, la notion de "biens" ne se limite pas aux "biens actuels" et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances », *in* CEDH (GC), 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02, §§ 62-63.

<sup>1710</sup> Article 5 § 1er, 8° de la loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales doivent garantir l'égalité dans la jouissance des « droits économiques, sociaux et culturels, notamment : [...] iii) droit au logement [...] ; v) Droit à l'éducation et à la formation professionnelle; vi) Droit de prendre part, dans des conditions d'égalité, aux activités culturelles; f) Droit d'accès à tous lieux et services destinés à l'usage du public, tels que moyens de transport, hôtels, restaurants, cafés, spectacles et parcs »<sup>1711</sup>.

**562.** On retrouve dans le droit international la limite que la directive européenne pose aussi, ce sont bien les services « destinés à l'usage du public » ou « mise à la disposition du public » qui sont visés<sup>1712</sup>. La proposition de directive de 2008 relative à l'égalité de traitement en dehors du marché du travail précise qu'« en termes d'accès aux biens et services, seules les activités professionnelles ou commerciales sont couvertes. En d'autres termes, les transactions entre les personnes privées agissant à titre privé ne sont pas couvertes : il n'y a pas lieu de traiter la location d'une chambre dans une habitation privée de la même manière que la location de chambres dans un hôtel »<sup>1713</sup>. Même si le problème est partiellement réglé du fait que certaines législations nationales ne font pas la distinction « services offerts au public » et services purement privés<sup>1714</sup>, le droit de l'Union manque sur ce point encore de clarté quant aux situations concernées.

**563.** Nous entrons dans des terrains encore plus incertains en passant à l'analyse des deux domaines réservés pour l'heure au motif de la race ou l'origine ethnique. Déstabilisants autant qu'imprécis, ces domaines n'ont pas été étudiés par le juge. Nous naviguerons parfois dans le domaine des hypothèses, faute de réponses certaines à apporter.

---

<sup>1711</sup> Article 5 e) de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales.

<sup>1712</sup> Ce qui constituait déjà une avancée par rapport à certains droits nationaux. Par exemple en droit allemand Il n'existait presque aucune protection dans le droit des contrats, c'est-à-dire dans l'accès aux biens et aux services : on trouvait seulement quelques textes limités à des champs précis, comme l'accès aux restaurants et cafés, les transports, les assurances et les télécommunications.

<sup>1713</sup> Exposé des motifs de la Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM/2008/0426 final.

<sup>1714</sup> Voir les rapports sur les législations nationales anti-discrimination rédigés par le réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres

## ***B) Deux domaines réservés au motif de la race ou l'origine ethnique***

**564.** Le préambule de la directive 2000/78 précise qu'elle ne « s'applique pas aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 141 du traité CE »<sup>1715</sup>. Bien que la directive 79/7 garantisse l'égalité entre les sexes dans le domaine plus restreint des « régimes légaux de sécurité sociale »<sup>1716</sup>, elle ne permet pas, comme nous l'avons déjà précisé, l'adoption de mesures d'action positive<sup>1717</sup>. Nous l'avons donc écartée de notre analyse.

**565.** La directive 2000/43 fut adoptée en un temps record<sup>1718</sup>, dans un contexte d'urgence particulière<sup>1719</sup>. La conséquence de cette précipitation, selon Denis Martin, est un texte mal maîtrisé, qui n'aurait pas laissé « au législateur le temps de réflexion nécessaire »<sup>1720</sup>. Pour cette raison sans doute, son champ d'application est à la fois le plus vaste et le plus insaisissable. Elle prévoit que « pour assurer le développement de sociétés démocratiques et tolérantes permettant la participation de tous les individus quelle que soit leur race ou leur origine ethnique, une action spécifique dans le domaine de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique doit aller au-delà de l'accès aux activités salariées et non salariées et s'étendre à des domaines tels que l'éducation, la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux »<sup>1721</sup>. Deux domaines où l'action positive est autorisée se trouvent donc exclusivement visés par la directive sur l'égalité raciale : d'une part, la protection sociale (1), d'autre part l'éducation (2).

---

<sup>1715</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 13. La Cour l'a confirmé clairement à l'occasion des arrêts CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, pt 41 et CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, pts 31 à 33.

<sup>1716</sup> Marie-Thérèse LANQUETIN estime que « La directive 79/7 relative aux régimes légaux de Sécurité sociale ne fait [...] pas partie du noyau dur du droit de la non-discrimination. Pour la CJCE, ces régimes auxquels employeurs et travailleurs contribuent "est moins fonction du rapport d'emploi entre employeurs et travailleurs que de considérations de politique sociale" ». In « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Droit social*, 2007, p. 861

<sup>1717</sup> Comme nous l'avons rappelé, la directive 2006/54 limite son champ d'application aux pensions de retraite versées aux fonctionnaires « si les prestations payables en vertu du régime sont versées au travailleur en raison de sa relation de travail avec l'employeur public, nonobstant le fait que ce régime fasse partie d'un régime légal général ». Préambule, pt 14.

<sup>1718</sup> La directive fut adoptée en moins de sept mois.

<sup>1719</sup> L'arrivée au pouvoir en Autriche du parti d'extrême droite, voir dans la thèse § 543.

Pour Marc BELL, il est probable que sans un tel contexte politique, la directive aurait plutôt été adoptée en deux ans. In *Anti-Discrimination Law and the European Union*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 73.

<sup>1720</sup> D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 197.

<sup>1721</sup> Préambule de la directive 2000/43, pt 12.

## 1- La protection sociale

**566.** « Les prestations sociales et la redistribution, parce qu'elles sont liées dans tous les pays européens, par-delà des traditions historiques différentes, à des luttes semblables, constituent un "sujet commun évident" pour aider le tout-venant des Européens à comprendre l'unité profonde de l'Europe, limiter les incompréhensions, apurer les craintes, trouver des solutions »<sup>1722</sup>. Il n'en demeure pas moins que juridiquement, « l'étendue exacte du domaine de la protection sociale demeure floue, dans la mesure où la Directive sur l'égalité raciale ne fournit aucune explication à ce sujet »<sup>1723</sup>. La protection sociale est, à n'en pas douter, une notion plus large que la sécurité sociale<sup>1724</sup> puisque la directive 2000/43 ne cite la seconde qu'à titre d'exemple contenu dans la première<sup>1725</sup>.

**567.** Grâce à la directive 79/7, l'on sait que la sécurité sociale *stricto sensu* vise les régimes légaux assurant une protection contre la maladie, l'invalidité, la vieillesse, les accidents du travail et maladies professionnelles et le chômage, ainsi que « les dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où celles-ci sont destinées à compléter les anciens régimes ou à y suppléer »<sup>1726</sup>. La Cour de justice a précisé qu'il fallait donc vérifier que la prestation en cause était bien « prévue par une loi » et « directement et effectivement liée à la protection contre l'un quelconque des risques énumérés »<sup>1727</sup>. Par exemple, si sont exclus de la directive 2000/78 « les versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi »<sup>1728</sup>, ils sont en revanche couverts par la directive 2000/43 étant donné leur lien avec la protection contre le risque du chômage<sup>1729</sup>. Comme à son habitude, la Cour a

---

<sup>1722</sup> J.-M. BELORGEY, « La protection sociale dans une union de citoyens », *Droit social*, 1998, p. 159.

<sup>1723</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 82.

<sup>1724</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 453 : « la notion de protection sociale semble ainsi englober, tout en la débordant, la définition communautaire de la sécurité sociale ».

<sup>1725</sup> Voir E. SABATAKAKIS, « Le droit à la sécurité sociale dans l'Union européenne », *Rev. UE*, 2011, p. 368, sur le champ d'application des instruments européens relatif à la coordination de la Sécurité sociale.

<sup>1726</sup> Article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la directive 79/7.

<sup>1727</sup> CJUE, 20 octobre 2011, *Brachner*, C-123/10, pt 41.

<sup>1728</sup> Préambule de la directive 2000/78, pt 13.

CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, pt 41 et Voir CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, pts 32-33. Toute prestation qui est qualifiée de rémunération au sens de l'article 157 TFUE fait bien partie du champ d'application de la directive 2000/78.

<sup>1729</sup> On trouve une définition fondée sur la notion de risque dans un rapport du Conseil de l'Europe aussi. K. DUFFY, *Rapport final Programme HDSE du Conseil de l'Europe. Opportunité et risque : les tendances de l'exclusions sociale en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998 : « la protection sociale est définie comme une couverture, basée sur des droits, contre un *risque social* prédéterminé. Elle comprend tous les régimes de transfert collectifs [...] conçus pour protéger les individus et les ménages contre les risques sociaux » (souligné par nous).

également affirmé que la qualification donnée à la prestation par le droit national ne comptait pas, que celle-ci reposait « essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi »<sup>1730</sup>. Il s'agit donc de notions autonomes par rapport aux droits internes<sup>1731</sup>.

**568.** « Il convient sans doute de considérer que tout avantage octroyé par l'État – qu'il s'agisse d'un avantage économique ou en nature – rentre dans la catégorie de la "protection sociale" dans la mesure où il ne figure pas parmi les mesures relevant de la "sécurité sociale". En ce sens, il est hautement probable que les différents domaines d'application de la Directive sur l'égalité raciale se recoupent »<sup>1732</sup>. La protection sociale inclut également les soins de santé et les avantages sociaux, deux notions dont il est, là encore, difficile de tracer des frontières claires et distinctes par rapport à la sécurité sociale. La notion d'avantages sociaux se trouve dans un autre domaine du droit de l'Union. En matière de libre-circulation des personnes, le règlement n° 492/2011 du 5 avril 2011<sup>1733</sup> prévoit que tous les travailleurs ressortissants d'un État membre bénéficient « des mêmes *avantages sociaux* et fiscaux que les travailleurs nationaux »<sup>1734</sup>.

**569.** Dans le cadre de la libre-circulation, la Cour a donné une définition extrêmement large de la notion<sup>1735</sup>. S'il a pu être soutenu que ces avantages étaient « exclusivement ceux inhérents à la qualité de travailleur du fait qu'ils sont en relation avec le contrat de travail même »<sup>1736</sup>, la Cour a considéré qu'il résultait de « la perspective de l'égalité de traitement recherchée par la disposition, que le champ d'application matériel [devait] être délimité de manière à comprendre tous avantages sociaux et fiscaux, qu'ils soient liés ou non au contrat d'emploi »<sup>1737</sup>. Elle a ensuite ajouté que ces avantages sont tous ceux qui sont « généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de

---

<sup>1730</sup> CJCE, 10 octobre 1996, *Hoever*, C-245/94 et C-312/94, pt 17.

<sup>1731</sup> M. LAROQUE, « L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française », *Droit social*, n° 11, 1997, pp. 962-963.

<sup>1732</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, op. cit., p. 82.

<sup>1733</sup> Règlement n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 *relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union*, JOUE L 141/1 du 27 mai 2011, pp. 1-12.

<sup>1734</sup> *Ibid.*, article 7 §2. Nous soulignons.

<sup>1735</sup> Voir J.-P. LHERNOULD, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Droit social*, 2001, p. 1103.

<sup>1736</sup> Voir CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini*, 32/75, pt 10. À l'époque, la Cour interprète l'article 7 §2 du règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, qui est rigoureusement identique.

<sup>1737</sup> *Ibid.*, pt 13. En l'occurrence, des réductions sur les prix de transport en faveur des familles nombreuses sont qualifiés d'avantages sociaux.

travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national »<sup>1738</sup>. « Le critère principal pour distinguer une prestation d'aide sociale d'une prestation de *sécurité sociale* réside dans son caractère automatique non »<sup>1739</sup>.

**570.** En l'absence de définition donnée par la Cour sur la base de la directive 2000/43, faut-il se fier aux interprétations anciennement dégagées en matière de libre-circulation ? Il y a tout lieu de penser que la Cour recherchait la cohérence et l'harmonisation entre des notions identiques, même issues de textes différents, surtout que ces dispositions s'inscrivent effectivement dans l'optique de mettre en œuvre l'égalité de traitement entre les individus. Les lignes de démarcation entre les différentes notions, de sécurité sociale, d'avantage social, d'aide sociale, importent de toute façon peu étant donné qu'elles sont toutes visées par le domaine extrêmement large de la protection sociale retenu dans la directive.

**571.** Le dernier point explicitement mentionné est celui des soins de santé. La précision paraît particulièrement redondante puisque que la directive 2000/43 s'applique de toute façon à l'accès aux biens et aux services. Que ce soit l'accès aux soins dispensés par des services de santé public ou privé, autant que les systèmes d'assurances, la directive 2000/43 s'appliquerait sans aucun doute. Beaucoup plus surprenante et énigmatique est la mention de l'éducation dans la liste des domaines visés par l'article 3 de la directive 2000/43.

## **2- L'éducation**

**572.** Alors que l'éducation publique et privée est expressément exclue du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2004/113, elle est incluse dès 2000 pour le motif ethno-racial, sans aucune forme de précision. La Cour de justice n'a rendu qu'un seul arrêt en interprétation de ce nouveau champ d'application<sup>1740</sup>, qui nous fournit un grand nombre d'indication et permet de lever quelques incertitudes sur ce champ inattendu.

**573.** Rappelons d'abord que le champ d'application de la directive 2000/43 doit se lire : « dans les limites des compétences conférées à » l'Union européenne<sup>1741</sup>. Logiquement, il convient de se pencher sur l'étendue des compétences conférées à l'Union dans le domaine de

---

<sup>1738</sup> CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public / Even*, 207/78, pt 22.

<sup>1739</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 456. Il se fonde sur l'analyse de P. RODIÈRE, « Le droit communautaire de la protection sociale », in J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Union européenne et protection sociale*, Paris, La documentation française, 2002, p. 13.

<sup>1740</sup> CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17.

<sup>1741</sup> Article 3 §1 de la directive 2000/43.



l'éducation afin de déterminer quelle interprétation doit être faite de ce champ d'application inédit. Force est de constater qu'elle ne jouit que d'une compétence extrêmement limitée. En fait, elle n'apparaît qu'en présence d'un lien avec l'exercice d'une libre circulation sur le marché intérieur : celle de l'étudiant. C'est donc dans le cadre de la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité que la Cour a pu s'intéresser ponctuellement à la manière dont est organisé le service de l'enseignement d'un État membre. En témoigne par exemple le recours en constatation de manquement du 7 juillet 2005, contre l'Autriche qui, n'ayant pas adopté les « mesures nécessaires pour assurer que les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus dans d'autres États membres puissent accéder à l'enseignement supérieur et universitaire organisé par elle dans les mêmes conditions que les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus en Autriche » fut condamné par la Cour, en vertu de l'article 12 TCE prohibant toute discrimination exercée en raison de la nationalité (article 18 TFUE)<sup>1742</sup>. La lutte contre les discriminations a donc d'abord servi à protéger les étudiants qui se déplacent dans l'Union.

**574.** En principe, « l'éducation en tant que politique commune est absente de la construction communautaire »<sup>1743</sup>. Dans les Traités, elle n'est mentionnée que de manière incidente. L'article 9 du TFUE oblige l'Union à prendre en compte notamment les exigences liées à « un niveau élevé d'éducation » dans ses politiques et actions. L'article 165 du TFUE donne à l'Union compétence pour contribuer « au développement d'une éducation de qualité en encourageant la coopération entre États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ». Les États bénéficient bien d'une compétence exclusive concernant le contenu et l'organisation du système éducatif. En outre, la Cour a déjà eu l'occasion de qualifier d'avantage social l'octroi d'un financement d'étude<sup>1744</sup>. Les allocations ou des bourses d'étude relèvent donc déjà *a priori* de la catégorie des « avantages sociaux »<sup>1745</sup> de la directive 2000/43. « Dès lors que l'avantage ou le droit en cause n'est pas automatiquement conféré par la loi, il est susceptible d'être qualifié d'avantage social »<sup>1746</sup>.

---

<sup>1742</sup> CJUE, 7 juillet 2005, *Commission /Autriche*, C-147/03.

<sup>1743</sup> C. BUGNON « L'accès des femmes à l'éducation », in P. ICARD (dir.), *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 9.

<sup>1744</sup> CJCE, 26 février 1992, *Bernini*, C-3/90.

<sup>1745</sup> Article 3 §1 f) de la directive 2000/43/CE

<sup>1746</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 458. Voir aussi J.-P. LHERNOUD, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Droit social*, 1997, n° 4, p. 392.

**575.** Dans ce contexte, que penser du domaine de l'éducation envisagé par l'article 3 de la directive 2000/43, dans les limites des compétences conférées à l'Union ? On peut commencer par noter à ce sujet que, dans la proposition de directive de la Commission<sup>1747</sup>, elle convenait « qu'un vaste champ d'application est nécessaire pour apporter une contribution résolue à la répression du racisme et de la xénophobie en Europe »<sup>1748</sup>. Elle établissait un lien indirect entre l'éducation et le marché du travail, étant donné qu'« une éducation de haute qualité constitue une condition préalable à une intégration réussie dans la société »<sup>1749</sup>.

**576.** Dans l'arrêt *Maniero* du 15 novembre 2018<sup>1750</sup>, la Cour a été interrogée pour la première fois sur la portée de ce champ. Elle répondit à la juridiction allemande, comme elle le fit par le passé pour d'autres notions<sup>1751</sup>, qu'« en l'absence de toute définition, dans la directive 2000/43, de la notion d'"éducation", la détermination de la signification et de la portée de ce terme doit être établie [...] conformément au sens habituel de celui-ci dans le langage courant, tout en tenant compte du contexte dans lequel il est utilisé et des objectifs poursuivis par la réglementation dont il fait partie »<sup>1752</sup>. Reprenant les conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston<sup>1753</sup>, elle donne une définition très large de l'éducation. Il s'agit de tous « les actes ou les processus par lesquels sont transmis ou acquis, notamment, des informations, connaissances, compréhensions, attitudes, valeurs, aptitudes, compétences ou comportements »<sup>1754</sup>.

**577.** Le raisonnement de la Cour se poursuit plus loin encore, tirant les conséquences d'une interprétation téléologique de la notion. Une telle interprétation impose « que l'accès à l'éducation soit considéré comme étant l'un des aspects essentiels de cette notion, dès lors qu'il ne saurait y avoir éducation sans possibilité d'accéder à celle-ci et que, partant, l'objectif de cette directive, qui est de lutter contre la discrimination dans le domaine de l'éducation, ne pourrait être atteint si la discrimination était autorisée au stade de l'accès à l'éducation »<sup>1755</sup>. La Cour refuse de voir, dans la genèse de la directive et ses autres dispositions, une quelconque raison de conférer une portée restrictive à la notion d'éducation. Il semble bien que l'efficacité

---

<sup>1747</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM (1999) 566 final du 25/11/1999.

<sup>1748</sup> *Ibid.*, IV.

<sup>1749</sup> *Ibid.*

<sup>1750</sup> CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17.

<sup>1751</sup> Voir CJUE, 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13, pt 19.

<sup>1752</sup> CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17, pt 30.

<sup>1753</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor SHARPSTON présentées le 11 septembre 2018, aff. C-457/17.

<sup>1754</sup> CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17, pt 31.

<sup>1755</sup> *Ibid.*, pt 37.

de la lutte contre les discriminations ethno- raciales l'emporte très largement sur la limite des compétences conférées à l'Union dans le domaine.

**578.** La ligne directrice dégagée dans l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn*, où la Cour avait déjà affirmé que le champ d'application ne saurait « être défini de manière restrictive »<sup>1756</sup>, est largement confirmé. Même si du point de vue du strict respect du principe d'attribution des compétences, la jurisprudence de la Cour de justice peut paraître excessive ou illégitime, l'importance des discriminations ethno- raciales dans le domaine de l'éducation pousse à modérer de telles critiques. L'ampleur de l'exclusion s'est manifestée de façon particulièrement évidente dans le contentieux de la Cour européenne des droits de l'Homme, concernant la minorité Rom. La pratique généralisée dans certains États européens consistant à placer systématiquement les enfants Roms dans des écoles spéciales<sup>1757</sup> a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour européenne, concluant à une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention<sup>1758</sup>. En Hongrie, des rapports estiment que 45% des enfants Roms scolarisés sont placés dans des écoles spéciales. Cela a d'ailleurs conduit la Commission européenne à entrer dans la phase précontentieuse de la procédure d'infraction, en envoyant une lettre de mise en demeure à la Hongrie en mai 2016<sup>1759</sup>. Elle lui demande de « mettre sa législation nationale en matière d'égalité de traitement et d'éducation ainsi que la mise en œuvre concrète de ses politiques éducatives en conformité avec la directive sur l'égalité raciale [...] »<sup>1760</sup>. L'objectif de la Commission est de « faire en sorte que les enfants roms aient accès à un enseignement de qualité dans les mêmes conditions que tous les autres enfants »<sup>1761</sup>.

**579.** Plusieurs auteurs préconisent d'utiliser l'action positive permise par la directive 2000/43 pour lutter contre l'exclusion dont souffre la minorité Rom partout en Europe<sup>1762</sup>. L'influence du droit international, outre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, est conséquente. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales prohibe les discriminations dans tous les domaines, et invite les Etats

---

<sup>1756</sup> CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, pt 43.

<sup>1757</sup> Le Parlement européen l'évoque dans sa Résolution du 11 mars 2009 sur la situation sociale des Roms et l'amélioration de leur accès au marché du travail dans l'UE (2008/2137(INI)). Il « note que les enfants roms sont surreprésentés dans les écoles spéciales, qu'une grande proportion d'entre eux sont affectés dans de telles écoles sans justification, le plus souvent pour des raisons de discrimination » (pt 46).

<sup>1758</sup> CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00 ; CEDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, n° 32526/05 ; CEDH, 29 janvier 2013, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, n° 11146/11.

<sup>1759</sup> Voir le communiqué en ligne : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-1823\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1823_fr.htm)

<sup>1760</sup> *Ibid.*

<sup>1761</sup> *Ibid.*

<sup>1762</sup> A. XANTHAKI, « Hope Dies Last: An EU Directive on Roma Integration Scrutiny », *European Public Law*, n° 4, 2005, p. 519 : « Member states should use the idea of positive measures enshrined in the Race Equality Directive to issue measures for Roma integration ».

à adopter des « mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »<sup>1763</sup>.

**580.** « La cour de justice a [toujours] su développer le champ d'application du droit communautaire, au sein duquel elle peut exiger que les États respectent les droits fondamentaux tels que définis dans sa jurisprudence, étendant son contrôle jusqu'aux frontières les plus lointaines de ce domaine »<sup>1764</sup>. L'inclusion d'un nouveau domaine d'action en matière de lutte contre les discriminations devrait être l'occasion de s'attaquer en profondeur aux pratiques discriminatoires des États dans le domaine de l'éducation, sans attacher trop d'importance aux « limites des compétences conférées à l'Union ». Une interprétation fondée sur l'effet utile de la directive peut une telle extensivité<sup>1765</sup>.

**581.** En terminant ce tour d'horizon du champ d'application de l'action positive, nous sommes confrontés à l'hétérogénéité qui existe entre le champ d'application de la lutte contre les discriminations ethno-raciales d'une part, et les autres discriminations d'autres part. Cette disparité, sans doute dommageable pour l'avènement d'un droit à la non-discrimination homogène dans l'Union, a poussé la Commission à soumettre au Conseil une proposition de directive qui permettrait un certain alignement des champs d'application. Mais ce processus s'avère difficile.

---

<sup>1763</sup> Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, article 2§2.

<sup>1764</sup> R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p., p. 621. Voir aussi S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 99 : « la Cour manie l'arme de l'égalité de façon incisive et constate relativement souvent que des dispositions législatives nationales ou communautaires méconnaissent le principe d'égalité, y compris dans des hypothèses dans lesquelles le litige se situe aux confins de la sphère d'influence du droit communautaire ».

<sup>1765</sup> Dès 1988, la Cour s'était montrée capable de considérer que l'enseignement universitaire pouvait relever de la notion de « formation professionnelle ». Selon elle « toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à exercer une telle profession, métier ou emploi, relève de l'enseignement professionnel, quels que soient l'âge et le niveau de formation des élèves ou des étudiants, et même si le programme d'enseignement inclut une partie d'éducation générale ». CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, 24/86, pt 15.

## §2) Les difficultés d'un alignement des champs d'application

582. On peut relever deux difficultés de nature très différentes dans l'optique d'aligner les champs d'application de l'autorisation d'adopter des mesures d'action positive. La première vient de la proposition d'extension du champ d'application du principe d'égalité de traitement sans discrimination fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion ou les convictions (A). La seconde vient de la Charte des droits fondamentaux qui a introduit une disparité supplémentaire dans le régime de l'action positive en droit de l'Union (B).

### A) Une tentative d'alignement des champs d'application

583. L'intitulé de la directive 2000/78 justifie déjà quelques remarques. Alors que les directives 2000/43, 2006/54 et 2004/113 sont toutes trois relatives à la « mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement »<sup>1766</sup>, la directive 2000/78 « port[e] création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail »<sup>1767</sup>. Créer un cadre général en faveur de l'égalité ne semble pas revêtir la même force ni la même ambition que mettre en œuvre le principe d'égalité. Cette différence se comprend d'autant moins que l'article premier des directives 2000/43 et 2000/78 est absolument identique : « La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur [les différents motifs] en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ». Globalement, les deux textes adoptés la même année se ressemblent beaucoup et sont construits de la même manière. La différence majeure entre les deux réside bien dans l'article 3 relatif au champ d'application<sup>1768</sup>.

584. Ce constat d'insuffisance a poussé la Commission à utiliser son pouvoir de proposition législative afin d'étendre le champ d'application de la lutte contre les discriminations fondées sur les quatre motifs visés par la directive 2000/78. Une proposition de directive relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle fut

---

<sup>1766</sup> En anglais : « implementing the principle of equal treatment ».

<sup>1767</sup> « ... establishing a general framework for equal treatment ».

<sup>1768</sup> A. ZYSSET, « La non-discrimination est-elle égalitarienne ? Les directives européennes à travers le prisme de la philosophie morale et politique contemporaine », in R. BAHAR, R. T. TRINDADE (dir.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Genève, Schulthess Editions Romandes, 2013, p. 6.

présentée le 2 juillet 2008 au Conseil de l'Union<sup>1769</sup> (1). Cette proposition n'est pas parvenue jusqu'à l'adoption (2).

### **1- La proposition d'extension pour l'âge, l'orientation sexuelle, la religion ou convictions et le handicap**

**585.** D'emblée, l'on peut observer la symétrie dans le choix de l'intitulé par rapport aux autres directives : la proposition vise clairement à aligner le traitement des quatre motifs de discrimination sur celui de l'égalité raciale et, dans une certaine mesure, sexuelle. Dans l'exposé de ses motifs, la Commission confirme en outre qu'elle entend compléter le cadre juridique anti-discriminatoire de l'Union, en étendant le champ d'application en dehors du marché du travail<sup>1770</sup>. « La vie sociale se trouve en principe seule au cœur du nouveau dispositif »<sup>1771</sup>. Comme la Commission le constate, « la non-discrimination est reconnue comme l'une des valeurs fondamentales de l'Union européenne, le niveau de protection juridique en place pour défendre ces valeurs diffère dans la pratique en fonction des États membres et des motifs de discrimination »<sup>1772</sup>. Il y a en effet un risque de créer des disparités entre les motifs de discrimination en ne légiférant pas de manière uniforme. Une telle directive permettrait d'uniformiser les régimes en matière de non-discrimination et aiderait à clarifier l'état du droit européen.

**586.** Dans le rapport du 6 juillet 2007 sur l'application de la directive 2000/43 du Parlement européen, la rapporteure Kathalijne Maria Buitenweg, députée néerlandaise, confirmait l'existence d'un tel risque et appelait à une modification de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi et de travail « pour avoir la même portée que la directive relative à l'égalité raciale. Cet amendement est nécessaire pour ne pas créer une hiérarchie dans les formes de discrimination et aussi pour éviter des problèmes en cas de discrimination multiple »<sup>1773</sup>. La proposition de directive de la Commission n'ayant toujours pas été adoptée, la même inquiétude transparaît dans un autre rapport du Parlement, cette fois consacré à la

---

<sup>1769</sup> Proposition de directive relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (SEC (2008) 2180), COM/2008/0426 final.

<sup>1770</sup> *Ibid.*, exposé des motifs.

<sup>1771</sup> A. BOUJEKA, « Égalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », *RDSS*, 2009, p. 92.

<sup>1772</sup> *Ibid.*

<sup>1773</sup> Rapport du 6 juillet 2007, A6-0278/2007 sur l'application de la directive 2000/43/CE 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 (2007/2094(INI)).

directive 2000/78. Le parlement « note que la non-discrimination en matière de travail et d'emploi n'est efficace que si la discrimination est totalement proscrite dans tous les domaines de la vie, grâce, notamment, au soutien communautaire ainsi qu'à la législation et aux instruments de coordination, tels que des stratégies et des cadres, adoptés aussi bien au niveau des États membres que de l'Union, en prévoyant la possibilité de mettre en place des mesures positives »<sup>1774</sup>.

**587.** Le Parlement ne vise pas directement la directive proposée, puisqu'il évoque plutôt la méthode ouverte de coordination. Cette méthode, inventée à la fin des années 1990, à partir de la stratégie européenne de l'emploi<sup>1775</sup>, ne peut générer que des instruments de *soft law* et œuvre pour une coordination communautaire dans les domaines demeurant de la compétence nationale. L'objectif minimum poursuivi est de rendre compatibles les différentes politiques nationales<sup>1776</sup>, mais également de définir des instruments de mesure communs. Cette méthode peut aller jusqu'à favoriser une insertion des politiques nationales dans une stratégie commune par le biais d'échanges entre les États. Elle s'est généralisée à partir du sommet de Lisbonne en 2000. Les États définissent la stratégie commune et des lignes directrices sont adoptées chaque année par le Conseil sur proposition de la Commission. Les États présentent ensuite chaque année des plans nationaux d'action pour la mise en œuvre de ces lignes directrices.

**588.** La proposition de la Commission de 2008 étendrait le champ d'application à « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement » et à « l'éducation »<sup>1777</sup>. Cette proposition intervient après l'adoption du Traité de Lisbonne qui modifie la procédure prévue à l'article 13 TCE (qui devient l'article 19 TFUE) mais avant l'entrée en vigueur de celui-ci. Selon l'article 13 TCE, les propositions de la Commission doivent être adoptées par le Conseil, statuant à l'unanimité « et après consultation du Parlement européen ». L'article 19 TFUE exige non plus la consultation mais « l'approbation du Parlement ». La procédure suivie pour la proposition de la Commission de 2008 est celle qui est prévue par le Traité de Lisbonne, le Parlement a eu l'occasion d'émettre un certain nombre d'amendements intéressants à étudier.

---

<sup>1774</sup> Rapport du 1<sup>er</sup> juillet 2016, A8-0225/2016 concernant l'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 ("directive sur l'égalité en matière d'emploi"), §8.

<sup>1775</sup> La référence sur cette stratégie est l'ouvrage de B. CONTER, *La stratégie européenne pour l'emploi : de l'enthousiasme à l'effacement*, Bruxelles, CRISP, 2012, 208 p.

<sup>1776</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 205-206.

<sup>1777</sup> Article 3 de la proposition de directive relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement..., *op. cit.*

**589.** Dans sa résolution législative du 2 avril 2009<sup>1778</sup>, le Parlement soulève un point intéressant : « la présente directive constitue un moyen pour la Communauté de se conformer aux obligations qui sont les siennes au titre de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées ». En effet, l'Union européenne ayant la capacité juridique pour conclure des Traités en son nom, elle a signé la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées de 2006 le jour de son ouverture à signature le 30 mars 2007<sup>1779</sup>. La procédure de ratification aboutit le 5 janvier 2011, achevant d'officialiser la première participation de l'Union à un Traité relatif aux droits fondamentaux de la personne<sup>1780</sup>. Dès lors, l'Union doit se conformer à ce traité international et respecter les obligations qui en découlent. Cette convention internationale ne connaît pas de limite quant aux domaines visés pour la lutte contre les discriminations fondées sur le handicap. À ce titre, la directive 2000/78 ne semble pas suffisante<sup>1781</sup>, même si elle marquait déjà une avancée non négligeable dans cette voie, notamment en incluant une obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour l'employeur<sup>1782</sup>.

**590.** La Charte des droits fondamentaux contient aussi une disposition spécifique sur les personnes handicapées, formulée dans des termes très généraux : « l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté »<sup>1783</sup>. Cet article ne peut suffire à mettre le droit de l'Union en conformité avec ses obligations internationales. Comme le note Laurène Joly, « il s'apparente davantage à un droit de nature programmatique, un droit qui suppose une action positive de la part des autorités publiques pour assurer l'accès aux bénéfices qu'il garantit »<sup>1784</sup>. Elle précise en outre que « la Cour de justice n'est pas habilitée à contrôler toute disposition du droit national à la lumière de

---

<sup>1778</sup> Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140, P6\_TA(2009)0211.

<sup>1779</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées, Résolution A/RES/62/170 du 13 décembre 2006.

<sup>1780</sup> En outre, tous les Etats membres de l'UE ont ratifié la convention, à l'exception de l'Irlande. Les dernières ratifications sont celles de la Finlande en mai 2016 et des Pays-Bas en juin 2016.

<sup>1781</sup> A. BOUJEKA « Égalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », *op. cit.* : « la Communauté européenne entend ici traduire concrètement dans son ordre juridique la Convention des Nations unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées qu'elle a signée en même temps que les Etats membres ».

<sup>1782</sup> Article 5 § 3 de la Convention des NU et article 5 de la directive 2000/78.

La proposition de directive reprend l'obligation d'aménagements raisonnables. « L'article 4 en fait un instrument privilégié de lutte contre la discrimination fondée sur le handicap », A. BOUJEKA, « Égalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », *op. cit.*

<sup>1783</sup> Article 26 de la Charte

<sup>1784</sup> L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 180.



la Charte. Les États membres sont liés par les dispositions de la Charte seulement si la situation relève du champ d'application du droit de l'Union »<sup>1785</sup>.

**591.** La proposition de directive entend donc combler une lacune réelle dans le droit de l'Union au regard de la Convention des Nations Unies protégeant les personnes handicapées, et plus généralement, étendre la protection liée aux autres motifs de discrimination. Le Parlement, dans sa résolution, propose plusieurs amendements. Sur l'accès aux biens et services et leur fourniture, le Parlement propose d'intégrer un renvoi aux dispositions du Traité sur la libre circulation des marchandises et à l'article 50 TCE sur la notion de service<sup>1786</sup>. Ainsi, le cadre d'analyse des deux notions serait limité comme il l'est dans la directive 2004/113 et non dans la directive 2000/43, comme nous l'avons vu. En outre, le Parlement propose de préciser que la protection de la vie privée et familiale doit être garantie dans le cadre de l'accès aux biens et services et que « les transactions entre les particuliers agissant à titre privé ne sont par conséquent pas couvertes par la présente directive, lorsqu'elles ne constituent pas une activité professionnelle ou commerciale pour les parties contractantes »<sup>1787</sup>.

**592.** Le Parlement suggère également de préciser ce que recouvre le champ d'application de l'éducation. De telles précisions seraient en effet bienvenues, puisque, comme nous l'avons vu, l'Union ne dispose pas de réelles compétences dans ce domaine. Le Parlement propose d'ajouter à l'article 3 paragraphe 3 de la directive proposée que « la présente directive ne s'applique pas au contenu, aux activités et à l'organisation des systèmes d'éducation nationaux, en tant que les États membres garantissent les droits des personnes handicapées à l'éducation, sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances. Les États membres garantissent également, lorsqu'ils déterminent le type d'éducation ou de formation approprié, que le point de vue de la personne handicapée est respecté. Les États membres peuvent permettre des différences dans l'accès aux établissements d'enseignement fondés sur la religion ou les convictions pour préserver le caractère et les valeurs spécifiques de ces établissements et maintenir la pluralité des systèmes d'éducation, sous réserve que ces mesures ne s'opposent pas au droit à l'éducation et qu'elles ne justifient pas une discrimination fondée sur d'autres motifs.

---

<sup>1785</sup> *Ibid.* p. 179.

<sup>1786</sup> Amendement 9bis de la résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009, *op. cit.*

<sup>1787</sup> Amendement 27 de la résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009, *op. cit.*

Les États membres veillent à ce qu'il n'en résulte pas un refus du « droit à l'éducation »<sup>1788</sup>. Plusieurs éléments sont à noter dans cet amendement.

**593.** D'abord, le Parlement propose une lecture restrictive de la notion d'éducation, dans le souci de respecter la répartition des compétences prévues dans les Traités, en rappelant la compétence exclusive des États sur le contenu et l'organisation des systèmes d'éducation. Bien que l'amendement soit limité à la question du handicap, on voit que le prisme est celui du droit à l'éducation et non de l'éducation elle-même. En d'autres termes, les États membres doivent avant tout veiller à l'égalité d'accès, l'égalité devant le droit à l'éducation. Ici, on pense de nouveau à la question du placement dans des écoles spécialisées de certaines catégories d'enfants, qui seraient une pratique clairement incompatible avec la directive. Il semblerait en revanche que la fixation des programmes scolaires appartienne souverainement aux États. L'arrêt *Asku contre Turquie* de la Cour européenne des droits de l'Homme a pourtant soulevé cette question, ainsi que celle des stéréotypes négatifs véhiculés à l'encontre des Roms par le biais des contenus scolaires<sup>1789</sup>.

**594.** Le 15 mars 2012, la Grande chambre de la Cour européenne s'est prononcée sur la conventionalité d'ouvrages publiés par le Ministère de la Culture sur la population Tsigane, destinés à l'usage scolaire. Le requérant accusait ces ouvrages de véhiculer des images négatives en qualifiant notamment les Roms « de voleurs, de pickpockets, d'escrocs, de cambrioleurs, d'usuriers, de mendiants, de trafiquants de stupéfiants, de prostitués et de tenanciers de maisons closes »<sup>1790</sup>. Notons déjà que la Cour a décidé de ne pas traiter la question sous l'angle de l'article 14 interdisant les discriminations<sup>1791</sup>, mais sur le fondement unique du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8, et que la Turquie ne fut pas condamnée dans cette affaire. Toutefois, la Cour européenne relève que « tout stéréotype négatif concernant un groupe peut agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres »<sup>1792</sup>. Elle rappelle en outre que « la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre » et « que le Gouvernement doit poursuivre ses efforts pour combattre les

---

<sup>1788</sup> Amendements 89 et 51 portant sur l'article 3 §3 de la proposition de directive, résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009, *op. cit.*

<sup>1789</sup> CEDH (GC), 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n° 4149/04 et 41029/04.

<sup>1790</sup> *Ibid.*, §14.

<sup>1791</sup> Contrairement à la solution qu'avait retenue d'ailleurs la chambre, dans l'arrêt CEDH, 27 juillet 2010, *Aksu c. Turquie*, n°4149/04 et 41029/04.

<sup>1792</sup> CEDH (GC), 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, *op. cit.*, § 58.

stéréotypes négatifs à l'égard des Roms »<sup>1793</sup>. On ne sait donc pas bien que conclure de cet arrêt<sup>1794</sup>. Le fait de se placer sur le seul terrain de l'article 8 empêche de mener une réflexion sur l'impact discriminatoire des stéréotypes véhiculés dans l'espace scolaire. Les faits étaient pourtant suffisamment problématiques, quand on sait par exemple qu'un des dictionnaires en cause donnait à « faire le Tsigane » la définition de « faire preuve de radinerie »<sup>1795</sup>. Il est évident que laisser de côté le contenu de l'éducation, même si c'est aux fins de respecter la répartition des compétences, est un vide important pour développer une lutte efficace contre les discriminations dans ce domaine à l'échelle de l'Union.

**595.** Si cette proposition devait être un jour adoptée, peut-être faudrait-il qu'elle soit suivie d'une autre immédiatement, intégrant l'éducation dans le champ de la lutte contre les discriminations sexistes. Il serait difficile d'imaginer que les discriminations fondées sur tous les motifs soient combattues dans l'éducation par le droit de l'Union de demain, à l'exclusion du sexe. Le morcèlement du droit de la non-discrimination par motifs ne permet pas de faire avancer tous les aspects au même rythme, ce qui est regrettable. Une impression de hiérarchie des motifs est générée, qui ne serait pas tous de même importance.

## **2- Les raisons du blocage**

**596.** Pour l'heure, la proposition de directive est bloquée au Conseil de l'Union qui ne parvient pas à dégager l'unanimité nécessaire pour adopter tout acte législatif fondé sur l'article 19 TFUE, malgré plusieurs relances de la part du Parlement européen pour débloquer cette situation<sup>1796</sup>. « Toutes les délégations maintiennent une réserve générale d'examen sur la proposition »<sup>1797</sup> et quatre États « maintiennent une réserve d'examen parlementaire »<sup>1798</sup>. Les rapports sur le progrès des discussions inter-institutionnelles s'accumulent<sup>1799</sup>, sans que la probabilité d'une adoption prochaine ne grandisse. Plusieurs délégations relèvent pourtant

---

<sup>1793</sup> *Ibid.*, §75.

<sup>1794</sup> Nicolas HERVIEU souligne son caractère ambivalent in « La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et Tsiganes » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 21 mars 2012.

<sup>1795</sup> CEDH (GC), 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, *op. cit.*, pt 78.

<sup>1796</sup> L. RINGUET, « Non-discrimination : Directive sur l'égalité de traitement, cinq années de sur-place déclenchent le courroux du Parlement européen. Une possible relance ? », 4 juillet 2013, <http://www.eu-logos.org/?p=7119>

<sup>1797</sup> *Ibid.*

<sup>1798</sup> Le Royaume-Uni, le Danemark, la République tchèque et Malte.

<sup>1799</sup> Pour un résumé de la procédure : <https://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/197196>

l'importance que pourrait avoir une telle directive pour respecter les obligations de l'Union découlant de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées<sup>1800</sup>.

**597.** La résolution du 17 novembre 2008 adoptée par le Sénat français<sup>1801</sup> exprime son « hostilité à la proposition de directive visée mais aussi à l'ensemble du droit communautaire anti-discrimination »<sup>1802</sup>. La directive proposée ne contient effectivement pas de réelle nouveauté par rapport aux directives 2000/43 et 2004/113 : on y retrouve les concepts maintenant solidement ancrés dans le droit de l'Union de discrimination directe et indirecte et les dérogations tout à fait classiques, le champ d'application nouvellement visé rejoignant celui de la directive pour l'égalité raciale. Pourtant, le Sénat estime qu'en « ne posant pas l'existence d'un principe général d'égalité de traitement s'appliquant à tous, la proposition de directive encourage indirectement la création de communautés de personnes bénéficiant de droits particuliers et s'inscrit donc dans une démarche communautariste »<sup>1803</sup>. L'inquiétude surprend d'autant plus que les textes de droit dérivé luttant contre les discriminations ont toujours cohabité dans la jurisprudence de la Cour de justice avec le principe général d'égalité de traitement<sup>1804</sup>. On ne voit pas bien en quoi la nouvelle directive pourrait encourager le communautarisme<sup>1805</sup> quand la directive 2000/43 sur l'égalité ethno-raciale n'a pas subi les mêmes foudres. « L'épouvantail européen »<sup>1806</sup> est agité et sans doute faut-il voir dans cette prise de position du Sénat une « opposition [qui] dépasse largement le cadre de cette proposition particulière »<sup>1807</sup>.

**598.** Bien que des progrès aient pu être observés sous les présidences irlandaises et estoniennes au Conseil de l'Union, l'unanimité requise par la procédure de l'article 19 du TFUE semble bien difficile à atteindre. La peur des partis xénophobes ne joue plus le rôle moteur qu'elle avait eu lors des discussions sur la directive 2000/43. Les États se crispent sur la question

---

<sup>1800</sup> Voir le rapport de la présidence du Conseil du 24 novembre 2017, 14867/17, dans le dossier interinstitutionnel 2008/0140 (CNS), p. 2.

<sup>1801</sup> Résolution n° 13 (2008-2009) adoptée par le Sénat le 17 novembre 2008, sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle

<sup>1802</sup> S. LAULOM, « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? » *RDT*, 2009, p. 8.

<sup>1803</sup> Résolution n° 13 (2008-2009) adoptée par le Sénat le 17 novembre 2008, *op. cit.*, 5<sup>e</sup> alinéa.

<sup>1804</sup> Voir par exemple CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, où la Cour manie conjointement la directive 2000/78 interprétée à la lumière de la Convention ONU sur le handicap et le principe général d'égalité de traitement.

<sup>1805</sup> Le rapport n° 72 (2008-2009) de Mme Muguette DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 30 octobre 2008, est encore plus virulent dans sa crainte du communautarisme.

<sup>1806</sup> S. LAULOM, « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *op. cit.*

<sup>1807</sup> *Ibid.*

de la répartition des compétences et l'inclusion du champ d'application de la protection sociale et de l'éducation pour tous les autres motifs de discrimination fait partie des sujets de désaccord.

### ***B) Les disparités introduites par la Charte des droits fondamentaux***

**599.** La deuxième source de difficultés provient de l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union avec l'adoption du Traité de Lisbonne en 2007<sup>1808</sup>. Elle contient une base juridique élargie autorisant l'action positive, mais pour le seul motif du sexe (1). Sa portée est toutefois restreinte et ne devrait modifier qu'à la marge l'état du champ d'application de l'action positive (2).

#### **1- Une base juridique élargie pour le motif du sexe**

**600.** La Charte des droits fondamentaux, adoptée le 7 décembre 2000 à l'issue du Sommet de Nice, contient à la fois un principe d'égalité en droits<sup>1809</sup> et un principe de non-discrimination avec une liste ouverte de motifs interdits. « La valeur juridique donnée à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et avec elle, à la liste des droits sociaux fondamentaux qu'elle contient, constitue, sans aucun doute, la transformation la plus visible et la plus à même de permettre un renforcement de la dimension sociale de l'Union »<sup>1810</sup>. Elle prévoit en outre, sans craindre la redondance, un principe d'« égalité entre hommes et femmes » à son article 23<sup>1811</sup>. « L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans *tous les domaines, y compris* en matière d'emploi, de travail et de rémunération »<sup>1812</sup>. L'alinéa suivant précise que ce principe n'empêche pas les mesures d'action positive pour le sexe sous-représenté, là encore, sans précision sur le champ d'application *ratione materiae*. D'ailleurs, le fait que ce soit le sexe « sous-représenté » qui soit bénéficiaire de la mesure sans référence à un

---

<sup>1808</sup> La portée contraignante de la Charte est conférée par l'article 6 §1 du TUE qui énonce que « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

<sup>1809</sup> L'article 20. Voir le commentaire de M. BELL, « Article 20 », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 563-577. Il souligne que son champ d'application est parmi le plus large des dispositions de la Charte (p. 563).

<sup>1810</sup> S. ROBIN-OLIVIER, « Politique sociale de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, p. 673.

<sup>1811</sup> Principe que Jean JACQMAIN qualifie « d'extrêmement fondamental », in « Article 23. Egalité entre femmes et hommes », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 536.

<sup>1812</sup> Souligné par nous.

domaine d'application est pour le moins curieux<sup>1813</sup>. Le problème de la sous-représentation féminine fait clairement référence à la sphère professionnelle, à la question du plafond de verre qui limite la présence des femmes aux postes de responsabilité. En dehors de ce champ, que signifie le « sexe sous-représenté » ? Sans doute est-ce un premier indice sur ce qu'il faut comprendre de l'imprécision de ces dispositions.

**601.** « Les dispositions de la Charte ne confèrent aucune compétence nouvelle à l'Union européenne : elles ont pour seul effet d'imposer dans le champ du droit de l'Union, l'interdiction des discriminations »<sup>1814</sup>. Le premier paragraphe de l'article 51 de la Charte précise utilement que celle-ci s'adresse « aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>1815</sup>. La Cour de justice a précisé « que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations »<sup>1816</sup>. « Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »<sup>1817</sup>. La notion de mise en œuvre contenue à l'article 51 fait l'objet d'une interprétation stricte, puisque le lien de rattachement entre un acte du droit de l'Union et la mesure nationale doit dépasser « le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »<sup>1818</sup>.

**602.** Le second paragraphe de l'article 51 précise en outre que la Charte « ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités », ce que confirme l'article 6 du TUE<sup>1819</sup>. La Charte n'introduit donc pas une base juridique sans limite pour l'action positive en faveur du

---

<sup>1813</sup> Guy BRAIBANT parle d'une formule « inélégante et maladroite », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 164.

<sup>1814</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 217.

<sup>1815</sup> F. FONTANELLI, « The Implementation of European Union Law by Member States under Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 20, n° 3, 2014, pp. 193-248

<sup>1816</sup> CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren*, C-617/10, pt 19.

<sup>1817</sup> *Ibid.*, pt 21.

<sup>1818</sup> CJUE, 6 octobre 2016, *Paoletti e. a.*, C-218/15, pt 14 ; CJUE, 17 septembre 2014, *Lihaveis*, C-562/12, pt 62 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernandez e. a.*, C-198/13, pt 34 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, pt 24. Dans le même sens, pour des arrêts antérieurs à l'entrée en vigueur de la Charte : ; CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 75 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, pts 16 et 17 ; CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne/Sabena*, 149/77, pts 29 à 32.

<sup>1819</sup> Article 6 §1 : « [...] Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ».

sexe sous-représenté, mais sans limite par rapport au champ d'application des Traités. Dès lors, une telle base juridique pourrait dépasser matériellement le champ d'application du droit dérivé consacré à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, limité au travail et l'emploi et à l'accès et la fourniture des biens et services.

## 2- La portée restreinte de cette base juridique

**603.** Il ne serait certainement pas juste de conférer une portée trop importante à la fois à l'article 23 §2 de la Charte et à la Charte elle-même<sup>1820</sup>. Guy Braibant parlait d'une « justiciabilité normative » des droits garantis par la Charte<sup>1821</sup>, dans la mesure où il faut, pour invoquer ces droits devant un juge, prouver un lien de rattachement avec un acte de l'Union<sup>1822</sup>. Sophie Robin-Oliver parle d'une « mode de raisonnement combinatoire »<sup>1823</sup> dont les arrêts *Mangold*<sup>1824</sup> et *Küçükdeveci*<sup>1825</sup> constituent, selon elle, des illustrations pour l'article 21 de la Charte. Les effets conférés aux droits fondamentaux de la Charte par le biais de cette méthode sont loin d'être systématiques. Dans un arrêt de 2014<sup>1826</sup>, la Cour a souligné « l'infirmité de l'article 27, texte qui ne se suffit pas à lui-même et n'est donc pas source d'un droit invocable par les particuliers. Cette infertilité demeure, lors même que l'article 27 peut se combiner avec une directive qui le précise »<sup>1827</sup>.

**604.** En dehors de l'article 21, la méthode « combinatoire » ne permet pas à la Cour de faire produire un effet aux droits sociaux de la Charte<sup>1828</sup>. Ainsi, l'article 23 §2 ne constitue

---

<sup>1820</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : la patience est de mise », *AJDA*, 2005, p. 845.

<sup>1821</sup> G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 46. Il explique que « les Allemands, les Espagnols, les Anglais [soutenaient] que n'est justiciable et ne mérite le nom de droit qu'une notion qui permet d'aller devant un juge pour obtenir satisfaction ». Lui estimait à l'inverse que la « justiciabilité normative » permet « de défendre devant des instances constitutionnelles ou juridictionnelles l'existence de la mise en œuvre d'un droit ».

<sup>1822</sup> Voir aussi pour une analyse fine de ces questions R. TINIERE « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, Chron. n° 14. URL : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-cour-de-justice-de-lue-et-linvocabilite-des-principes-de-la-charte-dans-les-litiges-horizontaux-commentaire-2/> et S. PLATON, « L'invocabilité de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux : portée et limites », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 21 mars 2014, URL : <https://revue-jade.eu/article/view/600>.

<sup>1823</sup> S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'Union européenne - Droit à l'information et à la consultation des travailleurs : l'impossibilité d'exclure certaines catégories de travailleurs est confirmée, la faiblesse de la Charte des droits fondamentaux en matière... », *RTDE*, 2014, p. 523.

<sup>1824</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

<sup>1825</sup> CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07.

<sup>1826</sup> CJUE 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12.

<sup>1827</sup> A. LYON-CAEN, « Évanescence de la Charte », *RDT*, 2014, p. 77.

<sup>1828</sup> S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *Rev. UE*, 2015, p. 33.

certainement pas un « droit à l'action positive » dans tous les domaines du droit de l'Union en faveur du sexe représenté, invocable par les particuliers et opposable aux États membres. « Conformément à l'article 51 §1, [il] ne modifie pas l'article 141 §4 du traité CE [actuel article 157 §4 TFUE] »<sup>1829</sup>.

**605.** L'intérêt de l'article 23 §2 se trouve sans doute pour les institutions de l'Union davantage que pour les États membres. « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité »<sup>1830</sup>. Il pourrait constituer une base juridique générale pour adopter des actions positives harmonisées fondées sur le sexe, utile étant donné que l'article 157 §3 ne les encourage qu'en « matière d'emploi et de travail ». Toutefois, cet intérêt reste limité étant donné que l'article 19 TFUE pourrait sûrement remplir déjà un tel rôle. Tout ceci nous pousse à conclure que l'introduction de l'action positive parmi les droits fondamentaux de la Charte revêt au mieux une portée symbolique forte, sans changer l'état du champ d'application matériel de celle-ci<sup>1831</sup>. Il est certain que la « limitation de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux »<sup>1832</sup> porte plutôt à conforter ceux qui ne virent dans la portée contraignante conférée à la Charte en 2007 qu'un « lot de consolation »<sup>1833</sup>, après l'échec de l'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005.

**606. Conclusion du Chapitre.** Le pessimiste regardera l'entrée de l'action positive dans la Charte pour le seul motif du sexe comme une disparité de plus introduite dans le régime d'une dérogation déjà insaisissable, rétive à l'unité. L'optimiste pourra se concentrer sur la portée symbolique d'une telle reconnaissance, dont la limite s'explique sans doute par le fait que l'action positive en faveur des femmes est mieux ancrée dans les mentalités et plus ancienne en droit de l'Union. La Charte fut adoptée en 2000, concomitamment aux directives 2000/43 et 2000/78 qui étendaient la lutte contre les discriminations aux autres motifs. L'action positive

---

<sup>1829</sup> G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>1830</sup> Selon l'article 51 §1. Guy BRAIBANT rappelle que le terme « institutions » renvoie à l'énumération de l'article 7 TCE (actuel article 13 du TUE) et que le terme « organe » est « couramment employé pour viser toutes les instances établies par les traités ou par les actes de droit dérivé ». In *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 249.

<sup>1831</sup> Jean JACQMAIN va jusqu'à conclure ainsi son commentaire : « malgré l'acte de foi que semble exprimer l'alinéa 2 de l'article 23 de la Charte, s'impose l'impression d'une perte d'enthousiasme », in « Article 23. Égalité entre femmes et hommes », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 548-549.

<sup>1832</sup> L. HE, « Les droits sociaux fondamentaux et le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2018, p. 25.

<sup>1833</sup> A. LYON-CAEN, « Évanescence de la Charte », *RDT*, 2014, p. 77.



pour les autres motifs pourrait apparaître dans les Traités ou la Charte des droits fondamentaux de demain. L'harmonisation des sources de l'action positive permettrait au moins de résoudre l'une des causes de son manque d'unité et de clarté.

**607.** Toutefois, elle ne suffirait pas à résoudre l'incertitude qui pèse sur sa portée et sur les situations qu'elle est capable de corriger. Au-delà du champ d'application *ratione materiae*, des problèmes sont également soulevés par son champ d'application *ratione personae*. Les bénéficiaires des mesures d'action positive sont loin d'être dans des positions équivalentes pour plusieurs raisons. Après le manque d'unité du champ matériel d'application, le champ personnel donne une impression de fragmentation, au sens où les catégories identifiées sont inégalitaires face à la vraisemblance que des actions positives soient adoptées pour favoriser leurs chances sur les marchés concurrentiels.



## CHAPITRE 2. LA DIFFICILE DÉTERMINATION DES BÉNÉFICIAIRES DE L'ACTION POSITIVE

**608.** « On a du mal à penser la non-discrimination sans le contenu des motifs interdits »<sup>1834</sup> et à ne pas observer une « variation des critères de discrimination, dans le temps »<sup>1835</sup> et dans l'espace. L'importance des motifs de discrimination interdits peut être illustrée par le choix de Michel Miné d'agencer totalement son ouvrage sur les discriminations dans l'emploi par rapport à ceux-ci<sup>1836</sup>. Dans notre étude, ce n'est pas en tant que motifs de discrimination, qui permettent de revendiquer un « droit à l'indifférence »<sup>1837</sup> juridique, que les catégories énumérées par l'article 19 du TFUE nous intéressent, mais en tant que motifs permettant éventuellement l'introduction d'actions positives, fondant une sorte de « droit à la différence »<sup>1838</sup> de traitement, à titre dérogatoire. Cette liste est donc paradoxale. Elle énonce à la fois les caractéristiques que l'action normative doit oublier pour ne pas contredire l'égalité de traitement, et celles qu'elle peut exceptionnellement prendre en considération pour instaurer l'égalité des chances. Assimiler totalement les motifs de discrimination et les catégories bénéficiaires de l'action positive serait toutefois une erreur, comme nous allons le montrer.

**609.** Le législateur qui interdit les discriminations comme « expression spécifique »<sup>1839</sup> du principe d'égalité de traitement dispose de trois options. Il peut choisir de ne pas énumérer les motifs de discrimination, d'en proposer une liste ouverte ou d'imposer une liste fermée<sup>1840</sup>. Le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis est un exemple de clause anti-

---

<sup>1834</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 53.

<sup>1835</sup> M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, p. 12.

<sup>1836</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Larcier, 2016, 852 p. Il y a 18 chapitres, regroupant les différents motifs prohibés en droit français.

<sup>1837</sup> G. KOUBI, « Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ? », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, pp. 451-463 ; « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *RTDH*, n° 14, 1993, pp. 243-262 ; D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 118 : elle parle d'une tension commune dans tous les modèles entre le droit à l'indifférence et le droit à la différence.

<sup>1838</sup> D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 118.

<sup>1839</sup> Selon l'expression de D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., p. 4.

<sup>1840</sup> Xavier BIOY estime que « traditionnellement la forme de listes, ouvertes ou fermées, tente de pallier la difficulté de conceptualiser ce qui fait le champ de la non-discrimination ». In « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », op. cit., p. 75.

discrimination qui ne comporte aucune liste<sup>1841</sup>. À l'inverse, la Convention européenne des droits de l'Homme contient une liste non-limitative où les motifs cités sont des exemples<sup>1842</sup>. Au niveau des droits internes, Gwenaële Calvès remarque une « tendance contemporaine [...] à la fuite en avant : depuis quelques années, des parlementaires "à l'écoute de la société" mettent un point d'honneur à se saisir de n'importe quel texte de loi pour ajouter un "nouveau critère" à des listes qui, bâties à la hâte et sans souci de cohérence, connaissent une inflation sans équivalent dans les démocraties contemporaines »<sup>1843</sup>. En droit français comporte par exemple quatre listes différentes<sup>1844</sup> qui totalisent vingt-trois motifs de discrimination interdits<sup>1845</sup>.

**610.** En droit de l'Union, l'article 19 du TFUE est le point de départ logique, même s'il n'est pas à proprement parler une clause anti-discrimination. Il habilite l'Union à adopter des actes pour lutter contre celles qui se fondent sur les motifs énumérés. « S'agissant de déterminer de futures politiques communautaires, on comprend que l'énumération soit limitée, mais il ne faudrait pas en déduire une remise en cause du principe général en lui-même »<sup>1846</sup>. Le principe général de l'égalité de traitement reconnu par la Cour de justice<sup>1847</sup> coexiste avec le droit

---

<sup>1841</sup> Historiquement, cet amendement avait pour visée de mettre un terme à l'état d'esclavage des Noirs américains et, pour cette raison, son bénéfice a été réservé longtemps à cette seule catégorie par la Cour Suprême. Voir *Slaughterhouse cases* 83 U.S. 36 (1873) où les requérants étaient des blancs et *Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1873) concernant une femme exclue de l'admission au Barreau de l'Illinois. Aujourd'hui, cet amendement fait l'objet d'une interprétation large. Dans *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), elle a considéré qu'il faisait du mariage homosexuel un droit constitutionnel, ayant pour effet que les 50 Etats américains doivent procéder à la légalisation du mariage entre personnes de même sexe.

La Convention américaine relative aux droits de l'Homme de 1969 ne cite aucune catégorie non plus, elle stipule que les personnes ont « toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte ».

<sup>1842</sup> L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme vise les catégories suivantes : « 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 ». La dernière catégorie « toute autre situation » assure l'ouverture de la liste.

La Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 adoptée à Nairobi, contient également une énumération non-limitative des critères prohibés dans son deuxième article.

<sup>1843</sup> G. CALVÈS, « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, n° 26, 2016, p. 1500.

<sup>1844</sup> L'article L 1132-1 du Code du Travail, 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, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite « loi Le Pors » et l'article 225-1 Code pénal.

Pour une étude critique sur la question, S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 27 juin 2016, consulté le 25 novembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2061>.

<sup>1845</sup> Les deux derniers ajouts sont « la capacité d'une personne à s'exprimer dans une autre langue que le français », par l'article 86 de la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016 ; et la « domiciliation bancaire » avec l'article 70 de la LOI n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF n°0051 du 1<sup>er</sup> mars 2017.

<sup>1846</sup> Commentaire de E. DECAUX in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.) *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 293.

<sup>1847</sup> Elle le fait dès l'arrêt CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne/Sabena*, 149/77, pts 26-27 : en reconnaissant que l'égalité entre hommes et femmes est un principe général qui dépasse l'égalité de rémunération prévue par le Traité.

primaire et dérivé. La liste inscrite à l'article 19 du TFUE permet au Conseil d'agir dans un cadre déterminé, mais le principe d'égalité reste, lui, potentiellement illimité. D'ailleurs, la Charte des droits fondamentaux de l'Union interdit « toute discrimination fondée *notamment* sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »<sup>1848</sup>. Cette liste est non seulement plus étoffée que celle de l'article 19 du TFUE, mais elle est en plus ouverte.

**611.** Le juge continue de recourir au principe général de l'égalité de traitement<sup>1849</sup> dès lors qu'une différence de traitement est fondée sur un motif non prévu par le droit dérivé<sup>1850</sup>. Comme nous l'avons vu, la Cour l'a aussi utilisé pour prohiber, par anticipation de la directive 2000/78, les discriminations fondées sur l'âge<sup>1851</sup>. Il n'y a donc pas d'exhaustivité *a priori* des motifs de discrimination, même s'il faut sûrement voir dans la sélection opérée par l'article 19 du TFUE les motifs les plus odieux, pour lesquels une lutte active de l'Union fut jugée nécessaire au-delà d'une simple interdiction<sup>1852</sup>. Il y a en revanche une exhaustivité des bénéficiaires de l'action positive autorisée par le droit de l'Union, puisque seules les directives l'autorisent, dans leur strict champ d'application personnel, c'est-à-dire pour les six motifs de l'article 19 du TFUE. Ces derniers ne sont définis ni par le droit primaire ni par le droit dérivé. Cette opération de détermination de leur signification est délicate, mais nécessaire afin que les autorités pouvant adopter des mesures d'action positive sachent à qui elles peuvent profiter (Section 1). Une fois ce travail de définition opéré<sup>1853</sup>, nous montrerons que la mise en œuvre

---

<sup>1848</sup> Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, nous soulignons.

Sébastien PLATON écrit que « La charte des droits fondamentaux pose un principe vraiment général d'égalité et de non-discrimination, doté en tant que droit fondamental d'une valeur autonome et non dirigé vers un objectif déterminé comme la réalisation du marché intérieur », *in* « Les spécificités du principe de non-discrimination », *in* B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 128.

<sup>1849</sup> A. ILIOPOULOU-PENOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », *in* *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 596 : « Le principe général d'égalité permet au juge de l'Union de combler les lacunes du droit originaire et dérivé ».

<sup>1850</sup> Voir par exemple CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pts 42 à 44 et pt 55, où le dispositif bulgare opérait une distinction entre les travailleurs handicapés salariés et les travailleurs handicapés fonctionnaires. Traiter différemment les fonctionnaires et les salariés n'est pas interdit par la directive 2000/78, mais s'ils sont placés dans une situation comparable, alors une telle différence de traitement est interdite par le principe général d'égalité de traitement.

<sup>1851</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pts 75-76.

<sup>1852</sup> Edouard DUBOUT relève l'originalité de ce choix « en comparaison avec la Convention européenne des droits de l'homme et plus généralement en matière de protection internationale des droits de l'homme », *in* *L'article 13 TCE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>1853</sup> Gwenaële CALVÈS écrit que « le droit communautaire de la non-discrimination fonctionne de manière strictement catégorielle, ce qui explique les enjeux associés à une interprétation généreuse de son champ

de l'action positive ne paraît pas équivalente selon les bénéficiaires identifiés. En d'autres termes, la pertinence de l'action positive comme outil efficace pour instaurer l'égalité des chances varie selon les bénéficiaires (Section 2).

## Section 1. La définition des bénéficiaires de l'action positive

**612.** Les individus concernés par le droit de la non-discrimination sont les citoyens de l'Union mais également les « ressortissants des pays tiers »<sup>1854</sup> qui se trouvent sur le territoire européen. Rappelons ici que les différences de traitement fondées sur la nationalité sont expressément exclues du champ d'application personnel des textes autorisant l'action positive<sup>1855</sup>. Le droit dérivé adopté sur le fondement des articles 19 et 157 §3 du TFUE est nécessairement limité aux motifs de la race ou l'origine ethnique, du sexe, de la religion ou des convictions, de l'âge, de l'orientation sexuelle et du handicap. Pour eux seuls existent une autorisation d'adopter des mesures d'action positive dérogatoires par rapport à la règle de l'égalité de traitement.

**613.** Si un État membre adopte une mesure de discrimination positive sur un autre motif, pour assurer l'égalité des chances, le droit dérivé ne l'empêche pas, puisqu'on se situera en dehors de son champ d'application. En revanche, le principe général de l'égalité de traitement pourrait bien, si la différence de traitement se rattachait par ailleurs au champ d'application du droit de l'Union, y faire obstacle. La détermination des bénéficiaires est donc loin de n'avoir aucun impact sur la pratique des États. « Mettre en catégories, c'est regrouper, mettre en ordre dans la diversité. Les catégories visent à contenir la prolifération des différences »<sup>1856</sup>. Les six motifs pouvant fonder des actions positives, dérogatoires ou non, présentent certains traits communs (§1). Au-delà de ceux-ci, le contenu précis de chaque motif n'est pas aisé à définir, nous ne pourrions y parvenir que de manière partiellement satisfaisante (§2).

---

d'application *ratione personae*, clé de son développement », in « "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *Dalloz*, n° 9, 2010, pp. 553-556.

<sup>1854</sup> Voir le pt 12 du préambule de la directive 2000/78 et le pt 13 du préambule de la directive 2000/43.

<sup>1855</sup> *Ibid.*

<sup>1856</sup> H. RUIZ FABRI, « Les catégories de sujets du droit international », in SFDI, Colloque du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 60.

## §1) Les points communs des bénéficiaires de l'action positive

614. « La spécificité de la discrimination positive ne tient pas aux techniques qu'elle met en œuvre [...], mais à la manière dont elle définit ses bénéficiaires »<sup>1857</sup>. Le droit primaire ne nous donne pas de définitions, le législateur de l'Union n'a pas choisi d'en dire davantage dans le droit dérivé. On peut déjà voir que les motifs ont pour point commun d'être neutres, dans le sens où ce sont bien des critères de distinction généraux de la population, et non des catégories précises définies en fonction de ces critères, qui sont visées (A). Ces catégories sont plutôt abordées séparément, l'article 157 §3 et les directives 2006/54, 2004/113 et 2010/41 ne concernent que les discriminations fondées sur sexe, et la directive 2000/43 est dédiée à la discrimination ethno- raciale. La directive 2000/78 vise en revanche conjointement quatre motifs. Cela nous permet de poser la question de l'éventuelle combinaison des différents motifs et de la possibilité, par ce biais, de créer de nouvelles catégories de bénéficiaires (B).

### A) La neutralité des catégories

615. La neutralité des catégories n'est pas le fruit d'un hasard. Ce ne sont pas des groupes prédéterminés que visent les directives, comme les « femmes », les « Roms » ou les « musulmans », mais bien les motifs généraux de l'article 19 TFUE. Cette neutralité, ou indétermination volontaire des catégories (1) est une condition pour que la vocation universaliste, c'est-à-dire potentiellement profitable à tout individu, du droit de la non-discrimination soit respectée et ne soit pas remplacée par une communautarisation du droit<sup>1858</sup>. Le motif du sexe a toutefois connu une évolution et sa neutralité n'est pas allée de soi (2).

---

<sup>1857</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, p. 9.

<sup>1858</sup> La communautarisation reste malgré tout une crainte récurrente notamment dans la doctrine française. Voir par exemple Raymond MARTIN qui se demande : « Qu'est devenu l'Homme, sujet universel et unitaire des droits ? Il est érodé lentement, sournoisement, mais sûrement. On en revient à une hiérarchisation d'hommes de statuts juridiques différenciés, à des classes qui n'ont pas le même droit », in « L'Homme des droits », *RTD civ.*, 2000, p. 283.

## 1- L'indétermination volontaire des catégories

**616.** « Une question cruciale, qui suscitera bien des désaccords, sera de savoir comment déterminer quels sont les groupes suffisamment désavantagés pour mériter de bénéficier d'un traitement spécial »<sup>1859</sup>. À propos de la proposition de directive de 2008 destinée à élargir le champ d'application du principe de l'égalité de traitement sans discrimination fondée sur l'âge, la religion ou les convictions, le handicap et l'orientation sexuelle, la sénatrice française Muguette Dini parla d'un droit qui « insiste sur les différences et conduit les personnes à se positionner en victime ». Elle redoutait l'importation en droit français de l'« inspiration communautariste »<sup>1860</sup> du droit de l'Union. Pourtant, de « communautés » à proprement parler, le droit de l'Union n'en vise aucune, encore moins les encourage-t-il à se « positionner en victime ».

**617.** Le seul droit spécifique que le droit de l'Union accorde à d'éventuelles communautés est celui de ne pas faire l'objet de discriminations, l'instauration d'action positive restant totalement à la discrétion des États. En d'autres termes, les directives européennes ne sont pas conçues pour protéger les droits des minoritaires exclusivement, comme l'est par exemple la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>1861</sup>, ou encore la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales<sup>1862</sup>. Elles ne visent pas à protéger « l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités », ni à favoriser « l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité »<sup>1863</sup>. Toute individu peut potentiellement appartenir aux différentes catégories visées.

**618.** En revanche, le droit international n'a pas toujours adopté la stratégie de la neutralité. La Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes de 1979 est, par exemple, un outil sexo-spécifique qui ne vise, comme son nom

---

<sup>1859</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 9.

<sup>1860</sup> Citations tirées du rapport n° 72 (2008-2009) de Mme Muguette DINI, rédigé au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 30 octobre 2008.

<sup>1861</sup> *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

<sup>1862</sup> Convention-cadre pour la protection des minorités nationales adoptée le 10 novembre 1994 et entrée en vigueur le 1er février 1998, STE n° 157. 39 États sont Parties mais la France n'a ni signé ni ratifié cette Convention.

<sup>1863</sup> Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités, *op. cit.*, article 1<sup>er</sup> §1.



l'indique, que « les femmes »<sup>1864</sup>. Ici, le « postulat universaliste »<sup>1865</sup> des droits fondamentaux est délibérément remis en cause. Bien que l'action positive puisse consister en l'octroi de droits spécifiques, le droit de l'Union reste neutre en ne préjugant pas des personnes qui pourraient effectivement bénéficier d'une mesure d'action positive au niveau de chaque État. En d'autres termes, les directives autorisent que « l'âge » fonde une action positive, sans préciser aux États les tranches d'âge pertinentes, vu les désavantages subis sur le marché de l'emploi. Le motif du sexe est topique de cette indétermination volontaire des catégories, étant donné qu'il a connu une évolution dans ce sens.

## 2- De la catégorie « femmes » au « sexe (sous-représenté) »

**619.** L'article 157 §4 du TFUE autorise les mesures « prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le *sexe sous-représenté* »<sup>1866</sup> ; le préambule de la directive 2006/54 évoque des « mesures visant à prévenir ou à compenser les désavantages subis par un *groupe de personnes d'un même sexe* »<sup>1867</sup> puis renvoie dans son article 3 à l'article 157 § 4 ; l'article 6 de la directive 2004/113 mentionne les « désavantages *liés au sexe* ». Toutes ces formules respectent l'impératif d'indétermination, puisque les mesures peuvent bien viser les femmes tout autant que les hommes.

**620.** L'article 2 §4 de la directive 76/207 abrogée avait pourtant bien pour vocation de remédier en particulier « aux inégalités de fait qui affectent les chances des *femmes* »<sup>1868</sup> dans le domaine du travail et de l'emploi. Un tel choix du législateur n'avait d'ailleurs pas manqué de soulever des débats devant la Cour de justice<sup>1869</sup>. Dans ses conclusions pour l'arrêt *Marschall* en 1997, l'avocat général Jacobs affirmait déjà qu'une « mesure expressément destinée à un seul sexe ne sera pas proportionnée, au regard de l'objectif d'éliminer les inégalités spécifiques qui affectent les femmes dans la pratique et de promouvoir l'égalité des chances, si une mesure

---

<sup>1864</sup> O. de SCHUTTER, « Positive action under international law » in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (dir.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 784 : « CEDAW does not simply prohibit discrimination on grounds of sex : it is aimed specifically at the protection of women ».

<sup>1865</sup> D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 117.

<sup>1866</sup> Nous soulignons.

<sup>1867</sup> Préambule de la directive 2006/54, pt 21.

<sup>1868</sup> Nous soulignons.

<sup>1869</sup> Plus généralement, « l'inclusion des femmes dans la catégorie des groupes dominés ne va pas de soi ». « Les stéréotypes, attentes et perceptions sociales qui minent subrepticement l'égalité des chances entre les femmes et les hommes sont moins spontanément jugés inadmissibles que les barrières opposées au mérite individuel par les préjugés racistes ou xénophobes ». Voir G. CALVÈS, *La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, p. 12.

neutre, ouverte aux deux sexes, permet d'atteindre le même résultat »<sup>1870</sup>. Pourtant, une interprétation littérale de l'article 2 §4 ne permettait pas de conclure à la disproportionnalité d'une mesure visant spécifiquement les femmes. En 2000, la Cour reprit à son compte les arguments de la Commission européenne pour qui « les mesures envisagées à l'article 2, paragraphe 4, de la directive [pouvaient] concerner aussi bien les hommes que les femmes » et valida une action positive visant à compenser le retard subi par les candidats ayant effectué leur service militaire ou civil obligatoire, à savoir les hommes<sup>1871</sup>.

**621.** Après le Traité d'Amsterdam, une formulation neutre entre dans le Traité avec l'article 141 §4 TCE. Les mesures d'action positive fondées sur le sexe ne sauraient être, par principe, réservées aux femmes. Malgré tout, le législateur a pris soin de préciser, dans la déclaration n° 28 alors annexée au TCE, que « les États membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle ». Cette déclaration représentait un geste plutôt mince en direction de la société civile qui réclamait au contraire de « rendre explicite que les actions positives sont destinées aux femmes afin d'éliminer la discrimination structurelle qui les touche »<sup>1872</sup>. Dans le cadre de l'emploi et du travail, opter pour le critère du sexe sous-représenté constitue malgré tout un compromis intéressant car il permet de respecter l'impératif de neutralité que semble s'être fixé le législateur de l'Union, tout en assurant que ce sont, dans les faits, les femmes qui jouiront de ces mesures. Ce sont elles qui sont aujourd'hui davantage touchées par le problème de la sous-représentation<sup>1873</sup>. L'égalité de traitement, dans une optique universaliste, s'accommoderait mal de dispositions qui ne seraient réservées qu'à l'un des deux sexes même si, dans les faits, les discriminations touchent davantage les femmes, de même que les mesures destinées à les corriger leur profiteront.

**622.** Les catégories sont indéterminées ou neutres, dans le sens que nous avons donné. On peut se poser maintenant la question des liens qui existent entre celles-ci. Doivent-elles être considérées comme indépendantes les unes des autres ? On pourrait imaginer que ces catégories

---

<sup>1870</sup> Conclusions de l'avocat général M. Jacobs, présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pt 43. Nous soulignons. En note, il précise : « D'ailleurs, réserver aux femmes le bénéfice des mesures concernant les enfants, en particulier, peut même apparaître comme allant à l'encontre de l'objectif de traiter les hommes et les femmes comme participant à égalité à la main-d'œuvre, puisque cela renforce l'idée que l'éducation des enfants doit principalement incomber aux femmes ».

<sup>1871</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, *op. cit.*, pts 42-44.

<sup>1872</sup> Voir le commentaire de J.-P. de la RICA sur l'article 141, paragraphe 4, *in* V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, D. SIMON (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2007, p. 932.

<sup>1873</sup> La Proposition de directive de la Commission européenne relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, du 14 novembre 2012, COM/2012/0614 final, vise précisément à s'attaquer au problème de la représentativité. Il s'agit bien de favoriser les femmes qui ne sont pas assez présentes dans les conseils d'administration des entreprises.

soient destinées à se combiner les unes aux autres, afin d'appréhender les situations de discriminations les plus complexes possibles. La combinaison des catégories représente un enjeu pour les droits de la non-discrimination et elle est difficile à envisager en droit de l'Union pour le moment.

## ***B) La question de la combinaison des catégories***

**623.** La doctrine de l'intersectionnalité<sup>1874</sup>, autrement nommée « discriminations croisées » ou « multiples »<sup>1875</sup>, qui s'est développée à partir des années 1990 aux États-Unis puis ailleurs<sup>1876</sup>, vise à envisager les situations où la victime n'est pas discriminée en raison d'un seul motif mais de plusieurs à la fois. Cette combinaison créerait, non pas une addition de discriminations indépendantes, mais une nouvelle situation de discrimination, différente de toute autre<sup>1877</sup>. Elle s'est particulièrement développée en droit international (1). L'importation de cette doctrine, tant dans l'application du principe de l'égalité de traitement que de la dérogation offerte par l'action positive, semble peu probable pour le moment en droit de l'Union (2).

### **1- Le développement de l'intersectionnalité en droit international**

**624.** « On sait que les prolétaires peuvent être aussi des immigrés ; ou que les travailleurs précaires sont souvent des travailleuses. Pour autant il est utile de distinguer les deux logiques, si l'on veut comprendre comment elles se combinent, comment redouble le poids de la

---

<sup>1874</sup> La naissance de ce concept vient de l'œuvre scientifique de Kimberlé CRENSHAW sur les discriminations spécifiques dont sont victimes les femmes noires aux États-Unis. Voir notamment ses articles, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminism Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-140 ; « Mapping the margins: Intersectionality, Identity politics, and violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 1241-1299.

<sup>1875</sup> M. MERCAT-BRUNS, « Le jeu des discriminations multiples », *RDT*, n° 4, 2013, pp. 254-257 et « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, n° 1, 2015, pp. 28-38.

<sup>1876</sup> Pour une analyse poussée : J. ROUX, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1116>.

<sup>1877</sup> E. FONDIMARE « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 5, 2014 : « le phénomène d'intersectionnalité, défini comme le cumul de motifs discriminatoires (sexe, race, handicap, orientation sexuelle...) chez un même individu, provoquant des effets aggravés de non-intégration, de vulnérabilité, d'exclusion, demeure en marge du contentieux relatif à la non-discrimination ». Voir aussi M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, New York, Oxford University press, 2008, p. 22.

domination quand le stigmate de l'ethnicité ou du sexe vient s'ajouter à l'inégalité économique qui définit les milieux populaires »<sup>1878</sup>. Ces quelques lignes résument bien le mécanisme qu'entend décrire la doctrine de l'intersectionnalité, même si la pauvreté ne fait pas partie des motifs que nous étudions ici. La tendance en droit international est incontestablement l'appréhension croissante de ces situations<sup>1879</sup>.

**625.** La Cour européenne des droits de l'Homme a par exemple donné raison à une requérante qui s'estimait discriminée en raison de « sa condition de femme de race noire exerçant la prostitution », « facteurs [qui] ne peuvent être dissociés et doivent être pris en compte dans leur ensemble, leur interaction étant essentielle pour l'examen des faits de l'espèce »<sup>1880</sup>. La Cour condamna l'Espagne pour violation de l'article 14 combiné à l'article 3, étant donné l'incapacité des juridictions internes à prendre « en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution »<sup>1881</sup>. Le raisonnement de la Cour européenne semblait presque établir une obligation positive de prendre en compte l'intersectionnalité des situations de discriminations, aux fins du respect de l'article 14<sup>1882</sup>.

**626.** D'autres Traités obligent les États dans ce sens de manière encore plus explicite. C'est le cas de la Convention CEDAW et de l'interprétation qu'en fait le Comité chargé de sa surveillance. Dans sa décision *Kell c. Canada*<sup>1883</sup> par exemple, le Comité CEDAW devait évaluer la situation dans laquelle s'était trouvée une femme aborigène, citoyenne canadienne, qui avait obtenu un logement pour sa famille grâce à un programme d'attribution de logement à la population autochtone. Victime de violences conjugales, son conjoint était parvenu à obtenir que son nom soit supprimé du bail. Il avait fini par l'expulser du logement qu'il avait ensuite vendu. Devant le Comité, la requérante fit valoir que le Canada avait « autorisé ses agents [...] à commettre des actes de discrimination à son encontre fondés sur son sexe, son statut matrimonial et son patrimoine culturel »<sup>1884</sup>. Le Comité conclut à une violation du droit de propriété de la requérante, mais surtout à l'existence d'« une distinction fondée sur le fait

---

<sup>1878</sup> E. FASSIN, « Penser la discrimination positive », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 63.

<sup>1879</sup> A. N. DAVIS, « Intersectionality and International Law: Recognizing Complex Identities on the Global Stage », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 28, 2015, pp. 205-242.

<sup>1880</sup> CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, § 61.

<sup>1881</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>1882</sup> Voir aussi par exemple l'arrêt CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15, pour une violation des articles 14 et 8 en raison d'une discrimination fondée sur le sexe et l'âge. Voir en particulier l'Opinion concordante de la juge YUDKIVSKA sous l'arrêt, p. 22.

<sup>1883</sup> Comité CEDAW, 28 février 2012, *Kell c. Canada*, communication n° 19/2008, CEDAW/C/51/D/19/2008.

<sup>1884</sup> *Ibid.*, § 3.1. Librement traduit.

qu'elle était une femme autochtone victime de violences conjugales »<sup>1885</sup>. Il se fonda notamment sur sa Recommandation générale n° 25<sup>1886</sup>, afin de qualifier l'« acte de discrimination intersectionnelle »<sup>1887</sup>.

627. « Le concept d'intersectionnalité permet de tenir compte du sort des individus les plus désavantagés, par un raisonnement centré sur l'expérience discriminatoire, dépassant l'approche catégorielle retenue par le droit de la non-discrimination »<sup>1888</sup>. Isabelle Carles note que « si les directives européennes de lutte contre les discriminations adoptées en 2000 reconnaissent toutes deux l'existence des discriminations multifactorielles et précisent que les femmes en sont souvent victimes, elles ne contiennent aucune définition de ces discriminations et n'indiquent pas comment ces cas doivent être traités »<sup>1889</sup>. La reconnaissance est en réalité tout à fait minime dans les textes de droit dérivé, qui se bornent à évoquer dans leur préambule que « les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples »<sup>1890</sup>. Les Cours sont toutes confrontées à des situations de discriminations complexes et uniques<sup>1891</sup>. Mais la Cour de justice ne paraît pas encline à faire une place à l'intersectionnalité pour croiser les motifs de discrimination. Une action positive intersectionnelle serait-elle envisageable dans ce contexte ?

---

<sup>1885</sup> *Ibid.*, § 10.2. Librement traduit.

<sup>1886</sup> Voir la Recommandation Générale n° 25 du Comité CEDAW sur l'article 4 §1 de la Convention, 2004, § 12 : « Certaines femmes, outre la discrimination à laquelle elles sont soumises en tant que telles, peuvent être confrontées à divers types de discrimination fondée sur d'autres caractéristiques telles que la race, l'ethnie, la religion, le handicap, l'âge, la classe, la caste ou d'autres considérations. [...] Les États parties doivent envisager de prendre des mesures temporaires spéciales pour éliminer ce type de discrimination et la combinaison d'effets préjudiciables qu'elle engendre ».

<sup>1887</sup> Comité CEDAW, 28 février 2012, *Kell c. Canada*, *op. cit.*, § 10.2 : « the Committee finds that an act of intersectional discrimination has taken place against the author ».

<sup>1888</sup> E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *op. cit.*

Augustin BOUJEKA explique aussi que l'intersectionnalité caractérise une « simultanéité des fondements de la discrimination » qui ne se borne pas à additionner les motifs discriminatoires en cause. Elle « engendre un processus de discrimination sans que l'un des critères puisse être considéré comme déterminant par rapport à l'autre », in « Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne », *D.*, 2015, p. 475, § 21.

<sup>1889</sup> I. CARLES, « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique », *Hommes et migrations*, 2011, p. 49.

M. VERLOO, « Multiple inequalities, intersectionality and the European Union », *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, n° 3, 2006, pp. 211-228.

<sup>1890</sup> Directive 2000/43 préambule, pt 14 et directive 2000/78, préambule pt 3.

Sophie ROBIN-OLIVIER écrit qu'« outre que la formulation, particulièrement évasive, est demeurée dans le préambule des directives, seul un type de discrimination multiple, impliquant le sexe et un autre critère est envisagé », in *Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 264-265.

<sup>1891</sup> Pour une analyse en droit français M. MÖSCHEL, « L'intersectionnalité dans le contentieux de la non-discrimination relatif au domaine de l'emploi en France », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN (dir.), *La loi & le genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS EDITIONS, 2014, pp. 697-714. Voir également M.-T. LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, vol. 21, n° 1, 2009, pp. 91-106.

## 2- Une existence incertaine en droit de l'Union

**628.** Il est arrivé quelques fois que des cas de discriminations multifactorielles soient soulevés devant la Cour de justice<sup>1892</sup>. Elle fit alors le choix de traiter chaque motif isolément et successivement, et non conjointement, ou bien elle n'en analysa qu'un seul<sup>1893</sup>. L'arrêt *Parris* du 24 novembre 2016 constitue une illustration riche des difficultés de la Cour. Une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle combinée à l'âge était invoquée dans la procédure au principal<sup>1894</sup>. Pareille discrimination résultait prétendument du fait qu'une réglementation irlandaise réservait le bénéfice d'une prestation de survie, pour le conjoint survivant dans le cadre du mariage, aux bénéficiaires d'une pension de retraite décédés qui avaient conclu leur mariage avant l'âge de 60 ans. Or, ce n'est que le 19 juillet 2010 que fut adoptée en Irlande la loi sur les partenariats civils et qu'en conséquence fut étendu le régime de la prestation de survie au partenaire survivant. Le requérant au principal avait donc mis en avant le fait que le régime était inaccessible jusqu'en 2010 pour les personnes homosexuelles ayant atteint l'âge de 60 ans. Les travailleurs homosexuels de plus de 60 ans en 2010 étaient *de facto* exclus de la prestation, ne pouvant ni se marier ni conclure un partenariat civil. La troisième question de la juridiction nationale portait précisément sur « l'effet combiné de l'âge et de l'orientation sexuelle ».

**629.** La réponse de la Cour est univoque et montre que l'intersectionnalité n'a pas trouvé sa place dans la jurisprudence<sup>1895</sup>. « Si, certes, une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs [...], il n'existe, toutefois, aucune *nouvelle catégorie* de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs tels que l'orientation sexuelle et l'âge, dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie »<sup>1896</sup>. En d'autres termes, toute combinaison des motifs selon la Cour passe par l'analyse séparée de chaque motif en cause<sup>1897</sup>. Dans l'affaire *Parris*, vu que la

---

<sup>1892</sup> Voir S. FREDMAN, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 2, 2005, p. 14.

<sup>1893</sup> Des combinaisons différentes se sont présentées selon les questions préjudicielles. CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15 : âge et orientation sexuelle ; CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12 : sexe et handicap ; CJUE, 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11 : âge et handicap ; CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10 : âge, sexe et origine ethnique ; CJUE, 12 mai 2011, *C-391/09, Runevic-Vardyn et Wardyn* : nationalité et origine ethnique.

<sup>1894</sup> CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15.

<sup>1895</sup> Elsa FONDIMARE note aussi que « le phénomène d'intersectionnalité [...] demeure en marge du contentieux relatif à la non-discrimination », *in* « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *op. cit.*

<sup>1896</sup> CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, *op. cit.*, pt 80.

<sup>1897</sup> C'était déjà le cas dans l'arrêt CJUE, 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11, où une discrimination multiple fondée sur l'âge et le handicap était invoquée. La Cour ne nie pas que les motifs peuvent s'ajouter mais ne conclut qu'à

« disposition nationale n'institue ni une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ni une discrimination fondée sur l'âge, une telle disposition ne saurait établir une discrimination fondée sur la combinaison de ces deux facteurs »<sup>1898</sup>. La combinaison éventuelle est donc entendue au sens le plus strict<sup>1899</sup> et non au sens de la doctrine intersectionnelle qui signifie justement que, au-delà de l'addition des facteurs, il y a création d'une expérience de discrimination distincte<sup>1900</sup>.

**630.** L'action positive ne paraît pas davantage conçue pour être intersectionnelle. Elle est classée selon les motifs, comme les textes dans lesquels elle apparaît le sont eux-mêmes. La formulation de l'article 7 §1 de la directive 2000/78 paraît d'ailleurs restrictive, puisque les mesures spécifiques autorisées doivent compenser « des désavantages liés à l'un des motifs visés »<sup>1901</sup> et non à plusieurs d'entre eux ensemble. Une lecture littérale pourrait rendre difficile l'adoption d'une mesure destinée à favoriser par exemple les femmes de plus de cinquante ans sur le marché du travail, ou les personnes handicapées de moins de vingt-cinq ans.

**631.** Une telle lecture ne paraît heureusement guère probable, la Cour recourt rarement à l'interprétation littérale des textes, pour privilégier l'effet utile du droit dérivé<sup>1902</sup>. Du moment que l'action positive vise bien au moins l'un des motifs, le fait qu'elle en vise d'autres par ailleurs ne devrait pas constituer une cause d'invalidité de la mesure au regard du droit de l'Union. Une action positive intersectionnelle serait donc imaginable malgré l'absence d'incitation explicite des textes à aller dans ce sens. Ce n'est malheureusement pas une voie

---

l'existence d'une discrimination indirectement fondée sur le handicap, la différence de traitement liée à l'âge est justifiée par un objectif légitime. Marie MERCAT-BRUNS estime que « la discrimination indirecte peut saisir des discriminations multiples : le préjudice particulier créé par les effets conjugués de deux critères discriminatoires. En l'occurrence, l'âge a un effet en fonction du handicap. La prise en compte de la combinaison des critères fait naître la qualification de discrimination », *in* « Le jeu des discriminations multiples », *op. cit.*

Mais c'est bien sur le seul fondement du handicap que la discrimination est qualifiée.

<sup>1898</sup> CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, *op. cit.*, pt 81.

<sup>1899</sup> Voir M. MÖSCHEL, « If and When Age and Sexual Orientation Discrimination Intersect : Parris », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 6, 2017, pp. 1835-1852 ; N. MOIZARD, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, pp. 267-269.

<sup>1900</sup> En France, la Cour de cassation a eu par exemple à se prononcer sur le cas d'un homme licencié d'un restaurant où il faisait le service du fait de son refus d'ôter la ou les boucles d'oreilles qu'il portait. L'employeur lui indiquait dans sa lettre de licenciement que « [son] statut au service de la clientèle ne [...] permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes ». La Cour de cassation lit évidemment dans cette formulation que le « motif du licenciement révèle une référence au sexe du salarié laissant supposer l'existence d'une discrimination directe par rapport aux autres membres du personnel de sexe féminin et laissant entendre qu'il ne serait pas un homme en portant des boucles d'oreilles ». La Cour d'appel avait estimé qu'il s'agissait d'une « discrimination en raison du sexe et de l'apparence du salarié », ce que la Cour de cassation considère comme infondé.

Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-28.213. Voir le commentaire de J.-P. LHERNOULD « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Droit Social*, n° 4, 2012, pp. 346-350.

<sup>1901</sup> Nous soulignons.

<sup>1902</sup> Voir pour la directive 2000/78 : CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, pt 51.

très explorée par la doctrine jusqu'à présent, qui est pourtant intéressante pour imaginer l'action positive de demain<sup>1903</sup>.

**632.** Elle est d'autant plus actuelle que la notion de discrimination multiple a fait l'objet de discussions au Conseil de l'Union à l'occasion de la procédure d'adoption, non terminée, de la directive proposée par la Commission en 2008<sup>1904</sup>. La discrimination multiple étant intégrée dans cette proposition, la présidence du conseil a donc suggéré que cette notion soit définie comme suit : « une discrimination, sous quelque forme que ce soit, qui se produit sur la base de la combinaison de deux ou plus de deux motifs suivants : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, ou, dans certaines circonstances, le sexe ou l'origine raciale ou ethnique. Cette discrimination multiple peut également se produire par la combinaison de deux ou plus de deux motifs qui, pris séparément, ne donneraient pas lieu à une discrimination à l'égard de la personne concernée »<sup>1905</sup>. Nous apprenons que « de nombreuses délégations ont réaffirmé qu'elles étaient favorables à l'inclusion de la notion de discrimination multiple dans le projet de directive »<sup>1906</sup>.

**633.** Les catégories bénéficiaires de l'action positive peuvent donc éventuellement se combiner les unes aux autres et partagent toutes la caractéristique d'être volontairement indéterminées. L'indétermination ne signifie pas que le contenu des catégories, c'est-à-dire leur définition à proprement parler, ne soit pas une question essentielle.

## §2) Le contenu des catégories bénéficiaires de l'action positive

**634.** Plutôt qu'une différence entre motifs classiques ou novateurs<sup>1907</sup>, nous analyserons les catégories bénéficiaires de l'action positive par rapport à leur caractère visible ou non-visible. Bien conscients des limites évidentes d'une telle classification, étant donné que le

---

<sup>1903</sup> La doctrine étatsunienne en parle un peu plus. Voir A. C. STEINBUGLER, J. E. PRESS, J. JONHSON DIAS « Gender, Race, and Affirmative Action: Operationalizing Intersectionality in Survey Research », *Gender and Society*, vol. 20, n° 6, 2006, pp. 805-825 ; L. M. PADILLA, « Intersectionality and Positionality: Situating Women of Color in the Affirmative Action Dialogue », *Fordham Law Review*, vol. 66, 1997-1998, pp. 843-927.

<sup>1904</sup> Voir § 584.

<sup>1905</sup> Voir rapport de la présidence du Conseil du 24 novembre 2017, 14867/17, dans le dossier interinstitutionnel 2008/0140 (CNS), p. 4.

<sup>1906</sup> *Ibid.*

<sup>1907</sup> Cette catégorisation a du sens au moment où apparaissent les motifs dans le Traité en 1999 ; vingt-ans après, il est peu pertinent de parler de critères « novateurs » ou « classiques ».



caractère visible de toute catégorie peut être discuté, de manière plus ou moins convaincante<sup>1908</sup>, nous cherchons surtout à isoler les catégories auxquelles il est le plus aisé de vérifier l'appartenance (A) et celles sur lesquelles il paraît à première vue plus malaisé de se fonder (B). Lectrices et lecteurs nous pardonneront, nous l'espérons, le caractère nécessairement schématique de la dichotomie choisie<sup>1909</sup> dans le but d'amorcer notre réflexion à venir sur l'inégale pertinence de l'action positive<sup>1910</sup>.

### *A) Les catégories visibles*

**635.** Les caractéristiques les plus visibles sont celles qui figurent également sur la carte d'identité de tout citoyen de l'Union. Il s'agit du sexe (1) et de l'âge (2).

#### **1- Le sexe**

**636.** Bien que la catégorisation de l'humanité selon la différence de sexe soit certainement particulière étant donné que les femmes ne forment pas une minorité numérique mais sociologique<sup>1911</sup>, le sexe constitue l'une des catégories visées par le droit de l'Union. Aussi évident qu'il puisse paraître de prime abord quant à son sens, il a nécessité que la Cour de justice fasse quelques mises au point. D'abord, elle a accepté sans difficulté que le changement de sexe soit considéré comme faisant partie de ce motif<sup>1912</sup>. Aussi, une action positive bénéficiant aux personnes ayant procédé à un changement de sexe entrerait dans le champ d'application personnel des directives. En revanche, juste après l'adoption du Traité

---

<sup>1908</sup> Il est évident que l'appartenance à un sexe n'est pas toujours un élément assuré mais les changements demeurent rares et le sexe apparaît comme un élément de l'identité qu'il est socialement accepté de demander, de la part d'un employeur entre autres, et qui peut se constater visiblement. Il en va de même pour l'âge.

<sup>1909</sup> C'est d'ailleurs l'approche qui est implicitement suggérée par Edouard Dubout dans sa recherche sur l'article 13 TCE qui explique que les « motifs en cause sont souvent plus difficilement "objectivables" que le sexe, car moins directement visibles », *in L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1910</sup> Morgan SWEENEY propose la distinction entre les « règles de non-discrimination prohibition », qui viserait la race ou l'origine ethnique et le sexe et les « règles de non-discrimination-suspicion », qui « à l'inverse des règles de non-discrimination-prohibition, [...] autorisent à recourir aux critères qu'ils visent. Néanmoins, l'invocation de tels critères demeure fermement encadrée », *in*, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, n° 2, 2012, p. 87-94.

Cette classification ne nous paraît pas reposer sur des éléments tangibles dans les directives qui présentent tous les motifs sur le même plan. Tous font l'objet d'une interdiction de discriminer de principe, assortis d'un nombre de dérogations plus ou moins important.

<sup>1911</sup> Voir les explications de L. BERENI, E. LEPINARD, « Les femmes ne sont pas une catégorie. Les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, vol. 54, n° 1, 2004, pp. 82-83.

<sup>1912</sup> CJCE, 30 avril 1996, *P./S.*, C-13/94.

d'Amsterdam, mais avant son entrée en vigueur, la question s'était posée de savoir si l'orientation sexuelle pouvait être englobée dans une interprétation extensive du sexe. Privée de fondement textuel, la Cour n'eût d'autre choix que de reconnaître « qu'en son état actuel, le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle<sup>1913</sup>.

**637.** « Le sexe, en tant que catégorie juridique permettant de répartir les individus en groupes identitaires distincts, a connu ces dernières années d'importantes évolutions dans sa définition. Initialement perçu comme une notion uniquement biologique, il a commencé, à partir du milieu du XXe siècle et des progrès scientifiques – tant en sciences "dures" que "sociales" – à intégrer en son sein des données psychologiques et sociales »<sup>1914</sup>. Le sexe en droit de l'Union n'est-il que le sexe au sens biologique ? Le terme même de sexe tend de plus en plus à être supplanté par celui de « genre », dans les milieux militants<sup>1915</sup> comme dans une partie de la doctrine<sup>1916</sup>. Il est clairement distingué du sexe des individus<sup>1917</sup> et a pris une position particulière dans le droit de l'Union européenne<sup>1918</sup>, notamment avec le développement du « *gender mainstreaming* »<sup>1919</sup> ou approche intégrée du genre, en français<sup>1920</sup>. Le Conseil de

---

<sup>1913</sup> CJCE, 17 février 1998, *Grant*, C-249/96. K. BERTHOU, A. MASSELOT, « La CJCE et les couples homosexuels », *Droit social* 1998. 1034.

L'avocat général ELMER proposait pourtant dans ses conclusions d'étendre le bénéfice de la protection contre les discriminations fondées sur le sexe aux personnes homosexuels (Conclusions présentées le 30 septembre 1997, aff. C-249/96, pt. 50)

<sup>1914</sup> B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 22 mai 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3049>.

<sup>1915</sup> Voir I. LÖWY, H. ROUCH, « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003/1, p. 8.

<sup>1916</sup> Voir par exemple les travaux de l'institut « REGINE » : S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir.), *La loi & le genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS EDITIONS, 2014, 799 p., D. ROMAN, M. MÖSCHEL, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, 269 p. ; ou la chronique annuelle « Droit et genre » dans le Recueil *Dalloz (D.)*, 2018, p. 919 pour la plus récente).

Voir aussi S. PRECHAL, S. BURRI, *Égalité des genres : les règles de l'UE et leur transposition en droit national*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2009, 48 p. ; E. FASSIN, « L'empire du genre », *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, p. 386. Ludovic HENNEBEL et Hélène TRIGOUJJA emploient les deux termes, in *Traité de Droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 770 ; Olivia BUI-XUAN préfère aussi le « genre » dans sa thèse : *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, pp. 101 et s.

<sup>1917</sup> Voir par exemple H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, 351 p.

<sup>1918</sup> On peut citer : la Résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur l'impact du marketing et de la publicité sur l'égalité des genres, les articles 90 et suivants de la Résolution du 12 décembre 2012 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, qui invite les Etats membres à lutter contre les discriminations fondées sur l'identité de genre, ou encore le rapport sur l'élimination des stéréotypes de genre dans l'Union européenne, adopté le 13 mars 2013 par la Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen.

<sup>1919</sup> E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2e éd., New York, Oxford University press, 2012, p. 177.

<sup>1920</sup> S. DAUPHIN, R. SENAC-SLAWINSKI, « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un "concept-méthode" », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, pp. 5-16 ; R. SENAC-SLAWINSKI, « Du gender mainstreaming au paritarisme : genèse d'un concept controversé », *Cahiers du genre*, n°44, 2008/1, pp. 27-47 ; M. A. POLLACK, E. HAFNER-

l'Europe n'est pas non plus en reste de cette tendance à « préférer le genre »<sup>1921</sup>, comme les droits nationaux<sup>1922</sup>. La distinction communément retenue entre les deux termes est que le sexe renvoie à la dimension purement biologique du féminin et du masculin quand le genre intègrerait la dimension sociale de l'appartenance au sexe féminin et masculin<sup>1923</sup>. Il s'agirait « d'un "sexe social, au sens de sexe socialement et culturellement construit et dès lors marqué par un rapport de pouvoir, qui s'oppose au sexe biologique ou anatomique »<sup>1924</sup>.

**638.** C'est également cette définition qui l'emporte dans le système mis en place par la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes. Le Comité chargé de son exécution, dans sa recommandation générale n° 25, estime qu'« il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes. Il faut plutôt tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale »<sup>1925</sup>. Dans un rapport de 2009, Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, explique que « la notion d'identité de genre permet de comprendre que le sexe avec lequel un enfant naît peut ne pas correspondre à l'identité de genre innée qu'il va cultiver en grandissant »<sup>1926</sup>. Ce serait donc toute la question du transsexualisme<sup>1927</sup> qui pourrait être abordée, même si elle ne paraît pas

---

BURTON, « Mainstreaming gender in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 7, n° 3, 2000, pp. 432-456.

Pour une étude comparant le *gender mainstreaming* et l'action positive : M. STRATIGAKI, « Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy », *European Journal of Women's Studies*, vol. 12, n° 2, pp. 165-186.

<sup>1921</sup> Résolution de l'Assemblée parlementaire du 29 avril 2010 relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ou article 3 de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, ratifiée par la France le 15 mai 2013. D'ailleurs, dans l'arrêt CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, §104, la Cour européenne parle bien de « stéréotypes de genre ».

<sup>1922</sup> J. CHARRUAU, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015, p. 127.

<sup>1923</sup> Françoise GASPARD défend l'instauration de discriminations positives « non parce que les femmes sont différentes des hommes mais parce que l'expérience des unes et des autres, en raison de la construction du genre, ont fait que les unes et les autres ont une appréhension différente, aujourd'hui, des mots et des choses, de l'espace et du temps », in « La parité, pourquoi pas ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 118.

<sup>1924</sup> E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *op. cit.*

<sup>1925</sup> Recommandation générale du Comité n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004.

Le Comité renvoie à l'*Étude mondiale de 1999 sur le rôle des femmes dans le développement. Rapport du Secrétaire général*, Nations Unies, New York, 1999, p. 8 : « La notion de sexe est considérée dans sa dimension sociale et non pas uniquement biologique. C'est une construction idéologique et culturelle qui trouve néanmoins son expression dans le domaine des pratiques concrètes dont elle influence également les résultats. [...] En dépit des variations entre les cultures et dans le temps, les rapports entre sexes se caractérisent dans le monde entier par un partage asymétrique du pouvoir entre les hommes et les femmes. Ainsi, le sexe est-il un facteur de stratification sociale et ce, au même titre que la race, la classe, l'appartenance ethnique, la sexualité et l'âge ».

<sup>1926</sup> Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Thomas Hammarberg, « Droits de l'homme et identité de genre », octobre 2009, p. 6.

<sup>1927</sup> Voir A. MORVAN, E. SEGALEN, « Le transsexualisme », in F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *Sexe et vulnérabilité*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, pp. 25-38.

entrer dans la catégorie du sexe limitativement définie. Il espérait que, « pour mettre fin à cette situation et protéger toutes les personnes transgenres, la révision des directives de l'Union européenne relatives au genre en 2010 offrira la possibilité d'inclure explicitement l'identité de genre comme motif de discrimination dans ces textes »<sup>1928</sup>. Mais un tel changement n'est pas advenu, le motif du sexe paraît limité à sa dimension biologique, « indépassable »<sup>1929</sup> en l'état actuel des questions posées à la Cour de justice, et une action positive fondée sur cette catégorie serait *a priori* profitable aux femmes ou aux hommes, entendus dans un sens purement biologique.

**639.** En revanche, il y a tout lieu de penser que les personnes intersexes<sup>1930</sup> ou les personnes revendiquant un « sexe neutre »<sup>1931</sup> feraient bien partie d'un tel motif, étant donné qu'« être intersexe concerne les caractères du sexe biologique et ne désigne ni l'orientation sexuelle ni l'identité de genre »<sup>1932</sup>. Ces personnes, pour qui l'assignation à l'un des sexes biologiques masculin ou féminin est une opération complexe<sup>1933</sup>, jugée inutile ou abusive par certains militants intersexes, peuvent subir des discriminations sur ce fondement.

## 2- L'âge

**640.** De nombreux auteurs justifient l'apparition de l'âge dans la liste des catégories faisant l'objet d'une lutte active contre les discriminations par le vieillissement des sociétés européennes<sup>1934</sup> et le phénomène croissant d'exclusion des seniors et des jeunes du marché de l'emploi<sup>1935</sup>. Anne Meyer-Heine explique qu'« au début des années 1990, des inquiétudes sont

---

<sup>1928</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>1929</sup> C. FRAÏSSÉ, « Propos introductifs », in F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *Sexe et vulnérabilité*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1930</sup> Selon la définition de l'ONU, « Les personnes intersexes sont nées avec des caractères sexuels (génitaux, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins [...]. D'après les experts, entre 0,05 % et 1,7 % de la population mondiale naît avec des caractères intersexués ». Note d'information des Nations Unies en ligne : [https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE\\_Intersex\\_Final\\_FRENCH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf)

<sup>1931</sup> M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP*, 2017, p. 922 ; F. ROUVIERE, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.*, 2017, p. 947.

La Cour de cassation française était récemment saisie de la question de la reconnaissance du sexe neutre à l'état civil, pas qu'elle n'a pas franchi dans Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

<sup>1932</sup> Voir définition de l'ONU, *op. cit.*

<sup>1933</sup> L. GUEDAN, M. CAILLÉ, « L'intersexualisme » et M. ROUBIOL, E. SERVAIS, « Le sexe neutre », in F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *Sexe et vulnérabilité*, *op. cit.*, pp. 39-54 et pp. 55-69.

<sup>1934</sup> Voir A.-M. GUILLEMARD, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *Retraite et société*, vol. 51, n° 2, 2007, pp. 11-25.

<sup>1935</sup> L. FLYNN, « The implications of article 13 EC - After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others ? », *Common Law Market Review*, vol. 36, n° 6, 1999, p. 1146 ; F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social* 2010. 1060 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide » *AJDA* 2011 p. 967 : « On peut constater que c'est surtout la question de l'âge et toutes les discriminations que subissent dans

apparues en Europe concernant le vieillissement de la population et les institutions européennes ont pris conscience de la nécessité d'une action coordonnée d'envergure »<sup>1936</sup>. Cette prise de conscience s'est traduite par « des rapports nationaux qui déclinent, dans chaque pays, des recommandations propres à améliorer l'"employabilité" des seniors »<sup>1937</sup>, des actes européens de *soft law*<sup>1938</sup>, autant que par des dispositions dans les Traités<sup>1939</sup>. L'article 25 de la Charte des droits fondamentaux stipule, comme nous l'avons dit que « l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle ». Ici, l'indétermination est quelque peu contrariée puisque les « personnes âgées » est bien une catégorie particulière de personnes, définies selon le critère de l'âge.

**641.** L'apparition de l'âge était loin d'être évidente<sup>1940</sup>, n'étant « pas, par nature, un "motif suspect" »<sup>1941</sup> et étant « peu motivée »<sup>1942</sup> dans la directive. « Les différences de traitement basées sur l'âge se retrouvent fréquemment et depuis longtemps dans les législations sociales de tous les États membres de l'Union »<sup>1943</sup>, notamment pour les jeunes et les seniors<sup>1944</sup>. « Depuis très longtemps, le critère de l'âge était davantage considéré comme pourvoyeur de droits en raison des risques de faible employabilité des salariés jeunes et âgés et le risque d'affaiblissement physique des plus âgés »<sup>1945</sup>. Interdire les discriminations fondées sur l'âge, sans aucune précision, au niveau des Traités européens, n'était pas la position stratégique la plus claire<sup>1946</sup>. Le préambule de la directive 2000/78 n'apporte que peu d'éléments pour

---

l'univers professionnel tantôt les seniors - pour employer un terme politiquement correct - tantôt les plus jeunes, qui a engendré une ébullition interprétative révélatrice des problèmes communs auxquels sont confrontées les sociétés des États membres, toutes déboussolées par la crise économique ».

<sup>1936</sup> A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29.

<sup>1937</sup> O. LECLERC, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 557. Il renvoie au Rapport de l'OCDE, *Liaisons sociales*, 2005, n° 14481.

<sup>1938</sup> Communication de la Commission européenne, *Vers une Europe pour tous les âges. Promouvoir la prospérité et la solidarité entre les générations*, COM(1999) 221 final, 21 mai 1999.

<sup>1939</sup> Article 3 §2 du TUE depuis le Traité de Lisbonne fait figurer, parmi les buts de l'Union, « la solidarité entre les générations ».

<sup>1940</sup> Voir O. de SCHUTTER ? *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>1941</sup> Conclusions de l'avocat général M. MAZAK présentées le 23 septembre 2008, aff. C-388/07, pt 74.

<sup>1942</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>1943</sup> D. MARTIN, M. MORSA, P. GOSSERIES (dir.), *Droit du travail européen. Questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 579.

<sup>1944</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 155 : « L'âge peut être un vecteur d'inégalités objectives dans les deux extrêmes temporels de la vie que sont le jeune âge et la vieillesse ».

<sup>1945</sup> M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, 2007, p. 360 ; M. MERCAT-BRUNS, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Paris, LGDJ, 2001, p. 256.

<sup>1946</sup> M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 221 « L'âge serait par nature un motif moins suspect mais également davantage problématique que la race ou le sexe, parce qu'il constitue un motif indéterminé et qu'il fonde de nombreux dispositifs de droit social ».

comprendre la motivation de cette interdiction. Gérard Lyon-Caen estime même qu'un tel sujet « pousse le juriste à l'humilité, car les prescriptions légales et les réalités sociales ne coïncident pas. On peut même se demander si le législateur n'a pas ici forcé son talent comme l'âne de la fable »<sup>1947</sup>. La solidarité entre les générations inscrite comme objectif de l'Union ne prescrit pas nécessairement l'égalité de traitement au sens de l'absence de discriminations, mais pourrait bien au contraire, prendre la forme de mesures favorisant les catégories d'âge les plus discriminées<sup>1948</sup>. « L'organisation de la société repose sur une succession de statuts, liés à des âges successifs, qui engendrent naturellement à titre individuel des différences de traitement favorables ou défavorables »<sup>1949</sup>. La voie de la non-discrimination ne s'imposait pas. La majorité du contentieux porte d'ailleurs, ainsi que l'on pouvait le prévoir, sur les régimes dérogatoires prévus pour l'âge et non sur l'interdiction elle-même<sup>1950</sup>. En raison de l'insaisissabilité de ce motif et de la « difficulté de distinguer pratiques licites et illicites fondées sur l'âge », Jean-Philippe Lhernould n'hésite pas à parler du « chantier des discriminations en raison de l'âge »<sup>1951</sup>.

**642.** Au-delà des motivations du législateur à choisir ce motif, son contenu est également une difficulté. Ce ne sont pas les seniors ou les jeunes qui sont considérés, mais bien l'âge sans aucune précision<sup>1952</sup>. Or, « la frontière entre la jeunesse et la vieillesse est toujours un enjeu de lutte et de pouvoir [...] l'âge est une donnée biologique socialement manipulée et manipulable »<sup>1953</sup>. Sans savoir ce qu'est une discrimination fondée sur l'âge, il n'est pas possible de comprendre ce qu'est une action positive bénéficiant à cette même catégorie. Or il peut, selon certains, recouvrir pas moins de « trois significations : l'âge chronologique, l'âge social (tel que perçu) et l'âge physique (validité fonctionnelle) »<sup>1954</sup>. À quel âge est-on susceptible d'entrer dans la catégorie des « travailleurs âgés » ou des « jeunes travailleurs » ? Un rapport de la

---

<sup>1947</sup> G. LYON-CAEN, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, 2003, p. 1047.

<sup>1948</sup> Matthieu HOUSER estime que « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge se caractérise par l'autorisation de nombreuses justifications des différentes discriminations » et va même jusqu'à écrire que « Les discriminations fondées sur l'âge sont fortement encouragées », in « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323. L'emploi du terme de discrimination nous paraît erroné puisque ce sont des différences de traitement qui sont autorisées ou encouragées, jamais des *discriminations*, mais l'idée est juste.

<sup>1949</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>1950</sup> Pour une analyse globale du contentieux sur les discriminations liées à l'âge, voir : A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29.

<sup>1951</sup> J.-P. LHERNOULD, « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *RJS*, 2007, Chron. n° 595.

<sup>1952</sup> M.-C. AMUGER-LATTES, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, 2007, p. 27.

<sup>1953</sup> P. BOURDIEU, « La jeunesse n'est qu'un mot », Entretien avec Anne-Marie Métaillié, paru dans *Les jeunes et le premier emploi*, Paris, Association des Âges, 1978, pp. 520-530. Repris in *Questions de sociologie*, 1<sup>er</sup> éd. 1984, Paris, Éditions de Minuit, 1992, pp. 143-154.

<sup>1954</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 446.

Commission européenne met en lumière l'extrême volatilité de perception de cette discrimination<sup>1955</sup> et montre par exemple que « l'idée qu'une personne de moins de 30 ans ou de plus de 75 ans occupe la plus haute fonction politique d'un pays provoque un plus fort sentiment de "malaise" que certains autres scénarios présentés aux répondants »<sup>1956</sup>.

**643.** L'âge est nécessairement « poreux »<sup>1957</sup>, « évolutif »<sup>1958</sup>, à mesure que l'espérance de vie s'allonge, que la santé s'améliore du fait des progrès de la médecine, que la durée des études augmente, ou que l'âge de départ à la retraite recule. De nouveau, l'objectif du droit de l'Union est de poser un cadre et non de fixer les catégories d'âge précises. « L'âge se présente comme un critère secondaire et contingent, associé à d'autres critères de différenciation »<sup>1959</sup>. L'appréciation des mécanismes d'exclusion résultant de la discrimination contre les séniors ou les jeunes dépendra de l'État et de lui seul. Contrairement au sexe, l'âge est sans nul doute une catégorie véritablement « neutre », dans le sens où il est très difficile de préjuger des catégories qui seront précisément touchées par la discrimination autant que par les mesures correctrices. Même la catégorie des séniors est fluctuante<sup>1960</sup>. L'étude des catégories que nous qualifions de non-visibles est encore plus complexe.

### ***B) L'insaisissabilité des catégories non-visibles***

**644.** Les catégories que nous désignons comme « non-visibles » sont celles qui ne se constatent pas ou ne peuvent faire l'objet d'une vérification aisée. Si le motif de non-discrimination choisi pour la directive 2000/43 avait été la couleur de peau, nous aurions probablement dû faire figurer ce motif dans le développement précédent, étant plutôt un motif « visible ». En revanche, « la race ou l'origine ethnique » sont deux notions complexes, dont la définition ne saurait se résumer à la seule couleur de la peau. Il faut donc la classer dans les

---

<sup>1955</sup> Voir Rapport de la Commission européenne, *La discrimination dans l'Union européenne : perceptions, exceptions et attitudes*, Eurobaromètre spécial 296, 2008, 88 p.

<sup>1956</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>1957</sup> M. HOUSER, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323.

<sup>1958</sup> M. BRISSE, « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, vol. 51, n° 2, 2007, p. 286.

<sup>1959</sup> F. MICHÉA, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

<sup>1960</sup> Voir A. MEYER-HEINE, « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, « la définition des termes "jeune" et "vieux" diffère selon les pays. Pour les Maltais, les Portugais et les Suédois, on est jeune jusqu'à 37 ans, alors que les Chypriotes et les Grecs repoussent cette limite à 50 ans. En moyenne, les Européens pensent que l'on commence à être considéré comme une personne âgée à 64 ans et qu'on cesse d'être perçu comme un jeune à partir de l'âge de 42 ans ».

catégories non-visibles au sens où, si certains de ses aspects peuvent être visibles, on ne peut identifier l'appartenance ethnique d'un individu facilement (1). Il en va ainsi pour la religion ou les convictions qui peuvent donner lieu à la présence de certains indices visibles, mais pas nécessairement (2). L'orientation sexuelle est *a priori* tout à fait non-visible (3). Le handicap enfin, aurait pu figurer dans la première catégorie, mais il nous semble qu'une telle approche véhiculerait une vision très réductrice du handicap. Nombre de handicaps, notamment psychiques, sont tout à fait invisibles (4).

## 1- La race ou l'origine ethnique

**645.** La « résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe »<sup>1961</sup>, imputée à certains faits de l'actualité<sup>1962</sup>, imposait plus que jamais de mettre en place des mesures proactives pour lutter contre les discriminations ethno-raciales<sup>1963</sup>. Pourtant, plus profondément que les autres, ce pan du droit de la non-discrimination souffre d'un problème terminologique autant que conceptuel. L'on peut s'interroger à la fois sur le choix des mots (a) et sur leur sens (b).

### *a- Le choix des mots*

**646.** Les bénéficiaires de l'action positive autorisée par l'article 5 de la directive 2000/43 sont les personnes qui subissent des « désavantages liés à la race ou l'origine ethnique ». La première question qui peut se poser est d'abord celle du lien entre race et origine ethnique, le « ou » semblant mettre sur la voie d'une autonomie des deux notions, c'est-à-dire de la nécessité de choisir l'un ou l'autre des deux fondements. Telle n'est certainement pas la bonne piste. Il faut plutôt y voir deux aspects d'un seul et même motif et privilégier la complémentarité. La Cour européenne des droits de l'Homme se prononce par exemple clairement sur ce sujet,

---

<sup>1961</sup> Voir P. LAMBERT, « La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe », *RTDH*, mars 2001, vol. 46, pp. 271-275.

<sup>1962</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 2016, p. 241 « la crise économique, l'afflux migratoire lié notamment aux troubles dans la région proche-orientale, ainsi que la succession d'attentats terroristes » sont les explications communément avancées.

<sup>1963</sup> La Commission d'enquête sur la montée du fascisme et du racisme en Europe, dans son *Rapport sur les résultats des travaux* en décembre 1985, p. 102, § 319, appelait à « œuvrer pour une définition plus large des compétences et des responsabilités communautaires dans le domaine des relations interraciales au moyen d'une interprétation téléologique des traités », et « si nécessaire, par une révision des traités ».

Pour une approche historique : D. ROSENBERG, « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *RTDE*, 1999, p. 201 et D. CURTIN, M. GEURTS, « Race Discrimination and the European Union Anno 1996: From Rhetoric to Legal Remedy ? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n° 14, 1996, pp. 147-171.



puisque « l'origine ethnique et la race sont des notions liées, qui se recoupent. Si la notion de race trouve son origine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces selon leurs particularités morphologiques (couleur de la peau, traits du visage), l'origine ethnique se fonde sur l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturels et traditionnels »<sup>1964</sup>. La Cour de justice n'ayant rien précisé à ce sujet, la jurisprudence de la Cour européenne prévaudra certainement.

**647.** Selon l'avocat général Nils Wahl, le simple fait de « chercher à préciser cette notion [de race] est progressivement devenu inacceptable dans nos sociétés modernes »<sup>1965</sup>. De ce fait, avec le temps, la prohibition de toute discrimination fondée sur l'origine raciale a peut-être cédé le pas à « la notion plus subtile et moins tangible de discrimination fondée sur l'origine ethnique qui [...] constitue une forme de discrimination raciale »<sup>1966</sup>. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la Convention onusienne sur la discrimination raciale entend par « discriminations raciales » toute distinction fondée sur « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». La notion de race continue pourtant d'être visée fréquemment par les instruments de protection des droits de l'Homme<sup>1967</sup> comme par la directive 2000/43<sup>1968</sup>, car elle permet de viser directement l'idée de « racisme »<sup>1969</sup>.

**648.** À ce sujet, la décision-cadre du Conseil de l'Union de 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal<sup>1970</sup>, définit le racisme et la xénophobie comme la violence ou la haine visant un groupe de personnes par référence à « la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou

---

<sup>1964</sup> CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, n° 55762/00 et 55974/00, § 55.

<sup>1965</sup> Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL, présentées le 1er décembre 2016, aff. C-668/15. Il précise que le « considérant 6 de la directive 2000/43 que l'Union rejette toutes théories tendant à établir l'existence de races humaines distinctes et que l'emploi du mot "race" dans cette directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories ».

<sup>1966</sup> *Ibid.*, pt 31. Voir aussi D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? » in *Actes du colloque « Sans distinction de... race » (27 et 28 mars 1992)*, *Mots*, n° 33, 1992, pp. 291-303.

<sup>1967</sup> Droits régionaux : Article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Article 2 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples.

Droit « universel » : Article 2 de la déclaration universelle des droits de l'Homme ; article 2 §1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 2 §2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

<sup>1968</sup> Voir V. GUIRAUDON, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race » », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n° 53, pp. 11-32.

<sup>127</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, *op. cit.*, p. 339 : « le mot ne peut être évité dans les lois qui punissent le racisme ou condamnent les discriminations raciales ».

Voir pour le cas français, C. WILLMANN, « Définir la "race" et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9, 2007, pp. 936-950.

<sup>1970</sup> Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal OJ L 328, 6.12.2008, pp. 55-58.

ethnique ». Toutefois, l'on sait que la notion de race telle qu'employée dans la directive 2000/43 ne saurait viser ni l'origine nationale – expressément exclue – ni la religion, qui relève du champ d'application de la directive 2000/78.

**649.** « Une fois débarrassée de tout fondement biologique, la "race" perd l'essentiel de son venin ; elle prend place dans le droit comme d'autres catégories imaginées, socialement construites, discursives »<sup>1971</sup>. La race doit en effet être perçue « comme un objet socio-culturel, construit et contingent »<sup>1972</sup>, ayant pris place comme catégorie du droit<sup>1973</sup>. « La "race" n'existe pas, des groupes et des individus font l'objet d'une "racisation", c'est-à-dire d'une construction sociale discriminante »<sup>1974</sup>. « Le fait est que le racisme existe, qui naturalise cette catégorie sociale qu'est la race »<sup>1975</sup>. Si race et ethnie devraient être définies par le juriste ou le décideur public<sup>1976</sup>, c'est davantage la question de la discrimination sur ce fondement qui a occupé le contentieux jusqu'à présent. Le comportement raciste ou motivé par l'ethnie est en quelque sorte moins difficile à cerner que ne l'est la notion de race ou d'ethnie elle-même. Mais pour le législateur ou l'acteur qui voudrait mettre en place des programmes d'action positive sur ces fondements, la définition représente un enjeu très important, puisqu'il faut cibler la catégorie de manière pertinente<sup>1977</sup> et compatible avec la directive 2000/43. Les deux seuls États qui

---

<sup>1971</sup> F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts », in *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 9. Voir aussi M. BULMER, J. SOLOMO, « Introduction: Rethinking Ethnic and Racial studies », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 21, n° 5, 1998, p. 822.

<sup>1972</sup> J. COSTA-LASCOUX, « La relativité des mots et la prégnance des faits », in *Actes du colloque « Sans distinction de... race » (27 et 28 mars 1992)*, *Mots*, n° 33, décembre 1992, p. 320.

<sup>1973</sup> E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, 172 p.

<sup>1974</sup> F. VERGÈS, *Le Ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme*, Paris, Albin Michel, 2017, p. 17.

<sup>1975</sup> E. FASSIN, « Penser la discrimination positive », *op. cit.*, p. 60.

<sup>1976</sup> C. WILLMANN, « Définir la "race" et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9, 2007, p. 936 : « La définition de l'ethnie a mobilisé les énergies issues de tous les champs disciplinaires concernés par la question de la statistique ethnique ».

Il fournit un nombre important de références doctrinales que nous reprenons, dans ces différents champs : A. BLUM, « Comment décrire les immigrés - à propos de quelques recherches sur l'immigration », *Population III*, 1998, en ligne sur site internet INED ; F. HERAN, « La fausse querelle des catégories "ethniques" dans les statistiques publiques », novembre 1998, site internet INED ; « Éléments sur l'histoire et le devenir des interrogations sur les origines dans les enquêtes de la Statistique publique », Lettre d'information de Pénombre, janvier 2002, numéro spécial *Enquête et origine* ; M.-L. LEVY, « Décrire les minorités ? » *Population et sociétés*, n° 309, janvier 1996, en ligne sur site internet INED ; O. MONSO et T. de St POL, « L'origine géographique des individus dans les recensements de la population en France », *Courrier des statistiques* n° 117-118, 2006 ; J.-L. RALLU, « L'utilisation de données ethniques en démographie », intervention au séminaire de Rome, mai 1999, « Démographie : analyse et synthèse », site internet INED ; « Quand l'ethnie déclarée change... », *Population et sociétés*, n° 309, janvier 1996, en ligne sur site internet INED ; P. SIMON, « Classements scientifiques et identités ethniques » (site internet INED) ; P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, « Théories de l'ethnicité », PUF, 1995 (compte rendu de M. Wadbled, *Les Cahiers du Cériem*, n° 1, octobre 1996).

<sup>1977</sup> Les Universités américaines ont par exemple l'obligation de faire un rapport sur leur composition raciale et ethnique, des employés comme des étudiants, pour respecter les législations du Gouvernement en matière de droits fondamentaux et mettre en place les programmes d'*affirmative action*.

Ainsi, sur le site internet de l'Université de Pittsburgh, on peut trouver les catégories raciales/ethniques approuvées par le *Department of Education* (DOE) et la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC). Elles sont au

identifient depuis longtemps les catégories ethno-raciales vulnérables, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, ne voient dans la directive 2000/43 aucun bouleversement<sup>1978</sup>, quand pour des États universalistes comme la France, il s'agit d'une petite révolution. Comment expliquer cette fracture entre l'usage des mots et leur sens<sup>1979</sup> ?

**650.** Selon un rapport de l'ONU, il y a dans le monde « plus de 75000 ethnies et communautés "minorisées" » répertoriées<sup>1980</sup>. La prise en compte d'une race ou d'une ethnie cible pour mettre en œuvre un programme d'action positive dépend largement du contexte historique, social, voire démographique de chaque État. « Si l'on compare, par exemple, les nomenclatures raciales et ethniques définies sur le plan national aux États-Unis, au Canada, au Royaume-Uni, en Australie et aux Pays-Bas, on constate que ce ne sont jamais les mêmes »<sup>1981</sup>. L'Union européenne est une union d'États aux passés pluriels, aux compositions ethno-raciales diverses<sup>1982</sup>. Procéder à une classification impose d'observer méticuleusement la société pour comprendre les causes du racisme<sup>1983</sup>. En France, les Arabes sont-ils discriminés en raison de leur « race » ou de leur pratique supposée de l'Islam ? L'antisémitisme a-t-il à voir avec le « peuple juif » dans un sens racial ou avec la pratique d'une religion, ou les deux ? « Dresser une liste des groupes souffrant du racisme en Europe est une tâche potentiellement vaste et qui

---

nombre de 6 : *American Indian or Alaskan Native ; Asian ; Black or African American ; Hispanic or Latino ; Native Hawaiian or Other Pacific Islander ; White*. Pour les définitions de ces catégories : <https://www.diversity.pitt.edu/affirmative-action/race-and-ethnicity-definitions>. Consulté le 8 mai 2018.

<sup>1978</sup> Pour un aperçu des classifications pratiquées : voir P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport pour la Commission européenne, 2004, pp. 52-71.

<sup>1979</sup> F. BRENNAN, « The Race Directive: Recycling Racial Inequality », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 5, 2003, pp. 311-331.

<sup>1980</sup> Organisation des Nations Unies, *Discrimination raciale et religieuse : identification et mesures*, 13 avril 2000, A/CONF.189/PC.1/7, p. 4.

<sup>1981</sup> F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts », in *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 10.

<sup>1982</sup> S. FREDMAN, « Equality: A New Generation? », *Industrial Law Journal*, vol. 30, n° 2, 2001, p. 147 : « A glance at the ethnic composition of Europe reveals a complex picture of ethnic diversity and differential disadvantage. Not only are there significant indigenous minorities, including Gypsies, Jews, and thnic groups marginalised by the creation of new nation states. In addition, millions of immigrants were actively recruited by Wester European countries during postwar capitalist boom ».

Voir S. PANAYI, *An ethnic History of Europe since 1945: Nations, States and Minorities*, Harlow, Longman, 2000, 288 p. ; F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, 119 p.

<sup>1983</sup> D. OPPENHEIMER, « Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière », in F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique, op. cit.*, p. 94 : « Qu'on les décrive comme "minorités", "minorités visibles", ou "immigrants" [...] ou "Noirs et Arabes" ou "Nord-Africains ou Subsahariens" ou en utilisant un autre terme, un nombre important de citoyens français se distingue des citoyens français de descendance européenne par la couleur de leur peau ou leur origine ancestrale ».

pourrait rapidement devenir une discussion aride »<sup>1984</sup>. Il faut évidemment y renoncer et considérer qu'« il ne pouvait raisonnablement être attendu que le législateur communautaire définisse ces termes [de race et origine ethnique] »<sup>1985</sup>. On trouve toutefois des éléments importants dans l'analyse du juge.

*b- Le sens des mots*

**651.** En sociologie, l'on peut définir le « composé "ethno-racial" » comme la « construction sociale d'autrui [...] à partir d'une *naturalisation* de différences phénotypiques et/ou culturelles »<sup>1986</sup>. La Cour de Justice a donné plus de précisions sur la notion d'origine ethnique que sur celle de race, sachant que les deux se recoupent effectivement et ne sont pas cloisonnées. Elle a ainsi pu établir que la notion d'origine ethnique « procède de l'idée que les groupes sociétaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie »<sup>1987</sup>. Elle a ajouté qu'« une origine ethnique ne saurait être déterminée sur le fondement d'un seul critère, mais doit, au contraire, reposer sur un faisceau d'éléments, dont certains sont de nature objective et d'autres de nature subjective »<sup>1988</sup>.

**652.** Il est donc possible de prétendre que, « quoique le droit de l'UE ne mentionne pas expressément la langue, la couleur ou l'ascendance comme constituant des motifs de discrimination prohibés, cela ne veut pas dire pour autant que ces caractéristiques ne peuvent pas jouir d'une protection sous le couvert de la race ou de l'origine ethnique »<sup>1989</sup>. En fait, la religion et la nationalité, qui font toutes deux l'objet d'une protection spécifique différente, peuvent dans une certaine mesure s'intégrer dans l'origine ethnique mais non prises isolément. Elles n'épuisent pas la réalité que l'on cherche à appréhender. La race et l'origine ethnique représentent un motif complexe, qui juxtapose plusieurs éléments, dont certains sont protégés en tant que tels par ailleurs.

---

<sup>1984</sup> M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, New York, Oxford University press, 2008, p. 17 : « Compiling a list of groups vulnerable to racism in Europe is a potentially vast task and it could quickly become a rather arid discussion ». Librement traduit.

<sup>1985</sup> D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., pp. 198-199.

<sup>1986</sup> M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, *La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, p. 17.

<sup>1987</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, op. cit., pt 46.

<sup>1988</sup> CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, C-668/15, pt 19.

<sup>1989</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 122.

**653.** La question reste très complexe dans les faits ; les conclusions de l’avocate générale Juliane Kokott dans l’affaire *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* en témoignent. S’est longuement interrogée sur la question du champ d’application *ratione personae* de la directive 2000/43. La juridiction de renvoi parlait dans ses questions préjudicielles de « groupe compact de ressortissants bulgares d’origine rom » et précisait qu’en Bulgarie, les Roms bénéficient du statut de minorité ethnique<sup>1990</sup>. L’avocate générale, de même que la Cour dans son arrêt, ne discute aucunement cette qualité de « groupe ethnique autonome » aux Roms<sup>1991</sup>. La longueur du développement s’explique par le fait que la requérante au principal ne revendiquait pas l’appartenance à ce groupe ethnique, mais subissait le traitement discriminatoire du fait que son entreprise se trouvait dans un quartier majoritairement habité par des Roms. L’avocate générale en profite pour signaler que « c’est en définitive la façon dont la personne concernée se définit elle-même qui est et reste décisive pour déterminer si elle doit ou non être considérée comme une personne issue du groupe ethnique en cause »<sup>1992</sup>. Sur ce point, elle renvoie à la position du Comité des Nations Unies pour l’élimination de la discrimination raciale<sup>1993</sup>.

**654.** Si l’exercice d’une religion en particulier peut faire partie du faisceau d’indices utiles pour établir un groupe ethnique ou « racial » selon la Cour de justice, cela ne saurait se confondre avec une autre catégorie de bénéficiaires de l’action positive qui est celle fondée exclusivement sur la religion ou les convictions dans le cadre de la directive 2000/78. Ce motif n’est guère plus aisé à appréhender.

## **2- La religion ou les convictions**

**655.** De nouveau, on constate que le législateur européen n’a défini dans la directive 2000/78 ni la religion ni les convictions. Là encore, deux éléments différents sont regroupés en un seul motif et leurs relations interrogent, peut-être de manière encore plus complexe que pour le motif précédent. Nous allons nous intéresser d’abord à la religion en tant que telle (a), puis à celle-ci en relation avec les autres convictions (b).

---

<sup>1990</sup> Conclusions de l’avocate générale Mme Juliane KOKOTT, présentées le 12 mars 2015, C-83/14, pt 42.

<sup>1991</sup> *Ibid.*, pt 43. Elle renvoie notamment à la jurisprudence de la CEDH sur ce point : « Cour EDH (grande chambre), arrêt *D. H. e. a. c. République tchèque* du 13 novembre 2007, n° 57325/00, Recueil des arrêts et décisions 2007-IV, point 182, lu en combinaison avec le point 175 ».

<sup>1992</sup> *Ibid.*, pt 50.

<sup>1993</sup> Recommandation générale VIII concernant l’interprétation et l’application de l’article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 4, de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (UNTS vol. 660, p. 195), publiée le 23 août 1990 par le Comité des Nations unies pour l’élimination de la discrimination raciale.

## a- La religion

**656.** Le droit international ne définit pas le concept de religion<sup>1994</sup>. Pourtant, la mise en place d'une mesure d'action positive telle qu'autorisée par l'article 7 §1 de la directive 2000/78 nécessite de savoir ce que signifie ce critère<sup>1995</sup>. D'abord, la Cour a renoncé, « de manière totalement inédite »<sup>1996</sup>, à donner une interprétation autonome du motif de la religion. À l'occasion des premiers arrêts rendus en interprétation de ce motif<sup>1997</sup>, la Cour, prenant appui sur le préambule de la directive 2000/78<sup>1998</sup>, décide de s'aligner totalement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en interprétation de l'article 9 de la Convention qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion<sup>1999</sup>.

**657.** Ainsi, la Cour rappelle que l'article 10 §1 de la Charte des droits fondamentaux « correspond au droit garanti à l'article 9 de la [Convention européenne des droits de l'Homme] et, conformément à l'article 52 § 3, de la Charte, il a le même sens et la même portée que celui-ci »<sup>2000</sup>. La conséquence d'une telle « homogénéité interprétative »<sup>2001</sup> est que la notion de « religion » de la directive 2000/78 couvre « tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse »<sup>2002</sup>.

---

<sup>1994</sup> T. J. GUNN, « The complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law », *Harvard Human Rights Law Journal*, n° 16, 2003, p. 189.

<sup>1995</sup> Le droit français est silencieux sur la définition de ce qui constitue un « culte ». Voir P. ROLLAND, « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 129, 2005, pp. 51-63. La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas donné de définition très définitive de la notion de religion, mais on trouve quand même des tentatives. Ainsi la religion vise les certitudes spécifiques concernant la totalité de l'univers ainsi que l'origine et la finalité de l'être humain, certitudes qui donnent un sens à la vie humaine et au monde et qui transcende celui-ci (BVerfG 26 juin 2002, 105, 279, 293) D'autres juridictions ont repris cette définition (BVerwGE 27 mars 1992, 90, 112, 115). Voir G. ROBBERS, *Religion and Law in Germany*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Wolters Kluwer, 2013, pp. 73-74.

<sup>1996</sup> G. CALVÈS, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, n° 4, 2018, pp. 323-329.

<sup>1997</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15 et *G4S Secure Solutions*, C-157/15.

<sup>1998</sup> Préambule, §1, dans lequel le législateur de l'Union fait directement référence aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux traditions constitutionnelles communes aux Etats, réaffirmés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>1999</sup> Laurence POTVIN-SOLIS estime que le « dialogue » contribue à « la définition d'échelles européennes de valeurs, voire d'un système européen de valeurs ». In « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 601.

<sup>2000</sup> CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, pt 29.

<sup>2001</sup> D. SZYMCAK, cité par L. POTVIN-SOLIS, « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 601.

<sup>2002</sup> *Ibid.* pt 30. Yannick PAGNERRE précise d'ailleurs que ce choix a des conséquences importantes sur le droit français. « Il est ainsi mis fin au même débat stérile en France qui s'était amplifié avec la solution rendue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire Baby-Loup qui n'avait pas mobilisé, dans son attendu, le principe de non-discrimination ». In « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise », *Droit social*, n° 5, 2017, pp. 450-462.

« Telle une médaille, la liberté religieuse présente deux faces. La première, plaquée sur l'individu, demeure dissimulée aux tiers alors que la seconde, tournée vers l'extérieur, entend délivrer un message »<sup>2003</sup>.

**658.** La Cour du travail belge, dans l'affaire *G4S Secure Solutions*, avait pourtant écarté la qualification de discrimination étant donné que l'employée « a[vait] été licenciée en raison non pas de sa foi musulmane, mais du fait qu'elle persistait à vouloir manifester celle-ci, de manière visible, pendant les heures de travail, en portant un foulard islamique »<sup>2004</sup>. « La Cour de justice balaie cette interprétation restrictive en décidant de protéger tous les "convaincus", visibles ou invisibles »<sup>2005</sup>. D'ailleurs, être discriminé en raison de son « absence de confession » est également « constitutif d'une différence de traitement fondée sur la religion »<sup>2006</sup>.

**659.** La Cour européenne des droits de l'Homme « n'a pas, de la religion, une vision identitaire »<sup>2007</sup>. Elle n'est donc pas, contrairement au sexe, à la couleur de peau ou l'âge, perçue d'abord comme un élément de l'identité de l'individu, mais bien comme une liberté<sup>2008</sup>, de laquelle découle un ensemble de droits<sup>2009</sup>. La Cour donne un rôle essentiel à la notion de choix. Malgré cela, la religion figure bien « parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des

---

Sur l'arrêt « Baby Loup » : Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369. Voir N. HERVIEU, « Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 01 juillet 2014, consulté le 04 novembre 2018.

<sup>2003</sup> C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT*, n° 1, 2012, pp. 17-23.

<sup>2004</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*, pt 18.

<sup>2005</sup> Y. PAGNERRE, « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] Entreprise », *Droit social*, n° 5, 2017, pp. 450-462.

Le droit international onusien protège également la liberté religieuse dans cette double dimension :

L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement ». L'article 12 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones précise également, pour ses destinataires précis, que « 1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ».

<sup>2006</sup> CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, pt 43.

<sup>2007</sup> G. CALVÈS, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *op. cit.*, pp. 323-329.

<sup>2008</sup> Voir J.-F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Dossier sur les droits de l'Homme n° 20, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2004, 115 p.

<sup>2009</sup> Jean DHOMMEAUX propose la liste suivante : « le droit d'avoir ou d'adopter la religion de son choix », « le droit de ne pas subir de contrainte », « le droit de manifester sa religion », et « la liberté d'éduquer ses enfants conformément à la conviction des parents ». In « L'ONU et la liberté religieuse », *Religion et Cour européenne des droits de l'Homme. Actes du colloque organisé par l'APIDH (édition 2013), Revue des droits de l'Homme*, 7 | 2015, pp. 119-140.

*croyants* »<sup>2010</sup> et d'elle découle notamment un droit à l'égalité de traitement<sup>2011</sup>. La loi fondamentale allemande consacre par exemple consécutivement l'interdiction de discriminer sur le fondement de la croyance ou des opinions religieuses ou politiques puis la liberté de croyance et de conscience<sup>2012</sup>.

**660.** En revanche, on peine à trouver, au-delà de l'exercice de la liberté religieuse<sup>2013</sup>, des indications sur ce qu'est en soi la religion. De la même manière que Jean-François Renucci note que « les organes de la Convention n'ont pas compétence pour définir la religion »<sup>2014</sup>, les institutions de l'Union ne sauraient l'avoir non plus, d'autant que la « religion n'a jamais été considérée par l'Union européenne comme une préoccupation majeure »<sup>2015</sup>. En outre la religion est complétée par les convictions, l'action positive pourrait donc potentiellement concerner une catégorie d'individus en raison de celles-ci.

#### *b- La religion face aux autres convictions*

**661.** Le choix du pluriel « convictions » par opposition au singulier de la religion doit sans doute s'interpréter simplement : un individu n'a généralement qu'une seule religion quand il en a une, il a en revanche plusieurs convictions. Si la Cour de justice s'est tournée vers la

---

<sup>2010</sup> CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume Uni*, n° 48420/10 et 59842/10, § 79.

<sup>2011</sup> Jean DHOMMEAUX, in « L'ONU et la liberté religieuse », *op. cit.*, p. 135. Il explique que « les formes ordinaires de la discrimination revêtent deux formes : ou bien la religion et les fidèles font l'objet de discrimination ou bien la religion est invoquée pour justifier des discriminations ». C'est une question intéressante.

Si la directive 2000/78 concerne *a priori* les discriminations exercées en raison de l'appartenance religieuse réelle ou supposée d'un individu, on peut se demander si la directive permettrait également de combattre les discriminations effectuées par un individu ou une organisation au nom de son appartenance religieuse. Rappelons à ce sujet que la directive 2000/78, article 4 §2 autorise expressément : « 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 ». Il semble donc que les différences de traitement « au nom d'une religion » soient tolérées mais encadrées et limitées.

<sup>2012</sup> Articles 3 et 4 §1 de la Loi fondamentale allemande.

<sup>2013</sup> Les commentaires des arrêts de la CJUE du 14 mars 2017 ne s'intéressent pas vraiment à cette question non plus, plutôt à l'enjeu de la qualification de discrimination directe ou indirecte. Voir J. MOULY « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, 2018, p. 330 ; E. DANIEL, « Deux petits arrêts rendus en grande chambre. À propos des arrêts du 14 mars 2017 sur le port du voile en entreprise », *Europe*, n° 5, mai 2017, étude 5 ; S. LAULOM, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1762, pp. 6-10 ; S. ROBIN-OLIVIER « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTDE*, 2017, p. 229.

<sup>2014</sup> J.-F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>2015</sup> R. McCREA, I. BLAKE-JAMES, *Religion et ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 13.



Convention européenne pour interpréter la notion de religion, il n'est pas insolite de se référer de nouveau à celle-ci pour la notion de convictions. « La liberté religieuse est à la fois incluse dans la liberté d'opinion tout en la dépassant [...] la liberté religieuse dépasse la liberté d'opinion car la foi ne peut s'épanouir pleinement que si les églises sont totalement libres de leurs activités »<sup>2016</sup>. Une grande confusion terminologique règne entre religion, croyances, convictions, opinions, idées.

**662.** La Cour européenne a eu l'occasion de souligner que « le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinion" et "idées" [...]. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »<sup>2017</sup>. En conséquence, le contenu de ces convictions doit être identifiable<sup>2018</sup>, exigence que l'on retrouve d'ailleurs pour la religion. « Les croyances religieuses ne sauraient se limiter aux "grandes" religions. Mais encore faut-il que la religion alléguée soit identifiable »<sup>2019</sup>. L'Union ne livre pas de liste des religions ni des convictions reconnues ou valides, pour autant, la question a son importance comme en ont témoigné les vifs débats au moment de l'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>2020</sup> ou encore l'intérêt du Parlement européen pour la question des sectes<sup>2021</sup>. La religion est-elle une notion autonome par rapport aux convictions, devant faire l'objet d'une protection plus importante ? Rien ne l'indique dans la directive, hormis que la religion est bien distinguée des autres convictions<sup>2022</sup>.

---

<sup>2016</sup> J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 624.

<sup>2017</sup> CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76, § 36.

<sup>2018</sup> Com.EDH, 15 mai 1980, *McFeeley et al. c. Royaume-Uni*, n° 8317/78.

<sup>2019</sup> J.-F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, op. cit., p. 16. Il cite Com. EDH, 4 octobre 1977, *X c. Royaume-Uni*, D 11/55.

<sup>2020</sup> R. MEHDI, « L'Union européenne et le fait religieux. Éléments du débat constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 54, n° 2 2003, pp. 228-248 ; contribution 204 du parlementaire européen J. Borrell Fontelles, « Laissons Dieu en dehors de ça », conv. 501/03 ; J. FLOCH, « Pour une constitution européenne qui reconnaît la laïcité », contr. 256, conv. 577/03 ; W. KALINOWSKI, « Les institutions communautaires et "l'âme de l'Europe", la mémoire religieuse en jeu dans la construction de l'Europe », Commissariat général du Plan, Institut universitaire de Florence ; R. AZRIA, *Croyances religieuses, morales et éthiques dans le processus de construction européenne*, Paris, La documentation française, 2002, 167 p.

<sup>2021</sup> Voir la Résolution du 22 mai 1984 du Parlement européen sur une action commune des Etats membres de la Communauté européenne à la suite de diverses violations de la loi commises par de nouvelles organisations œuvrant sous le couvert de la liberté religieuse et sa résolution du 29 février 1996 sur les sectes en Europe Journal officiel n° C 078 du 18/03/1996 p. 0031.

<sup>2022</sup> La Constitution espagnole protège la « liberté idéologique et religieuse » (article 12) comme deux éléments liés mais à distinguer. La Déclaration sur toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction, du 25 novembre 1981 parle de « La religion ou la conviction ». L'article 10 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 présente une formulation plus curieuse puisque « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses ». La religion semble être assimilée à toute autre opinion mais fait quand même l'objet d'une mention expresse.

**663.** Lucy Vickers propose l'analyse suivante. Sachant que « la frontière entre les convictions qui sont protégées et celles qui ne le sont pas n'est [...] pas définie avec précision » et que « le terme "convictions" inclurait en tout cas les convictions religieuses, nous pouvons supposer que l'inclusion du terme "religion" dans la directive vise d'une certaine façon à assortir la signification du terme "convictions" de certains critères »<sup>2023</sup>, dans le sens où elle devrait, comme l'affirme la Cour européenne, revêtir un certain degré de sérieux et d'importance pour être prises en compte.

**664.** La cour de justice, dans les arrêts du 14 mars 2017, n'interprète que la notion de religion. Toutefois, dans l'affaire d'origine belge, *G4S Secure Solutions*, le règlement intérieur de l'entreprise en cause interdisait les signes visibles de toutes convictions politiques, philosophiques ou religieuses des employés<sup>2024</sup>. Les deux notions étaient donc au cœur du dispositif national en cause et traitées sur un « pied d'égalité »<sup>2025</sup>. Pour Gwenaële Calvès, « la Cour de justice, implicitement mais nécessairement, a décidé de placer sur un strict pied d'égalité "la religion" et "les convictions" autres que religieuses »<sup>2026</sup>. L'étendue des convictions qui peuvent être protégées devient donc une question cruciale. Faut-il penser également que convictions et simples opinions doivent être distinguées, comme la Cour européenne le préconise<sup>2027</sup> ? Gwenaële Calvès reconnaît que la Cour pourrait être amenée à opérer une « forme de tri » entre les convictions politiques<sup>2028</sup>, sans doute pour distinguer les véritables convictions, au sens qu'en donne la Cour européenne des droits de l'Homme, des simples opinions<sup>2029</sup>.

---

<sup>2023</sup> L. VICKERS, Réseau européen des experts en matière de non-discrimination, Rapport thématique, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi - Le droit de l'Union européenne*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 29.

<sup>2024</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, pt 11.

<sup>2025</sup> Pour cette raison d'ailleurs la Cour a refusé de voir une discrimination directement fondée sur la religion puisque toutes les religions et convictions étaient également visées par le règlement intérieur.

<sup>2026</sup> G. CALVÈS, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, n° 4, 2018, pp. 323-329.

<sup>2027</sup> *Ibid.* Gwenaële CALVÈS fait remarquer à juste titre que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux « contient une énumération non exhaustive qui dissocie "la religion ou les convictions" des "opinions politiques ou toute autre opinion" ».

<sup>2028</sup> *Ibid.*

<sup>2029</sup> Le code du travail français a d'ailleurs transposé curieusement la directive sur ce point. En vertu de l'article L1132-1 tel que modifié par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, le salarié est protégé contre toute discrimination « en raison [...] de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ». L'article L 1321-3 ajoute qu'un règlement intérieur d'entreprise ne saurait contenir de dispositions discriminatoires en raison « de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses ».

Ainsi, seules les convictions religieuses sont visées, ainsi que les opinions politiques. La question des convictions autres que religieuses et politiques est donc problématique et le droit français présente ici une lacune par rapport à la directive 2000/78 telle qu'elle semble être interprétée par la Cour de justice.

**665.** Dans le cadre de l'action positive, il ne fait guère de doute que la Cour de justice respecterait une large marge d'appréciation des États membres pour définir les groupes cibles pertinents. La directive 2000/78 a pour objet premier la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement sans porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États – le lien avec la religion en fait indéniablement partie.

### **3- L'orientation sexuelle**

**666.** La neutralité du motif choisi implique que ce sont toutes les orientations sexuelles qui peuvent être ciblées. Il va néanmoins de soi que certains rapports de force dans la société permettent d'imaginer ce que vise en premier lieu les motifs d'apparence neutre. Ainsi, les mesures d'action positive auront plus de chance d'être légitimes si elles visent les femmes plutôt que les hommes, en tant que catégories victimes de désavantages structurels dans la société. La même remarque vaut pour l'orientation sexuelle. Ce sont *a priori* les catégories autres que les hétérosexuels qui devraient valablement pouvoir être visées par des mesures correctrices des inégalités de fait.

**667.** La première remarque que l'on peut faire est que l'apparition explicite du motif de l'orientation sexuelle dans l'article 19 du TFUE et la directive 2000/78 ainsi que dans l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux vient combler un manque important dans le droit de l'Union<sup>2030</sup>. L'intérêt de l'Union pour ce type de discrimination précède pourtant le Traité d'Amsterdam, puisqu'en 1994, le Parlement européen consacrait déjà une résolution à l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne<sup>2031</sup>. Il a des origines également anciennes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2032</sup>.

**668.** Dans la première affaire où la Cour est appelée à se prononcer sur l'interprétation de ce motif, l'arrêt *Maruko*<sup>2033</sup>, ni l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer ni la Cour n'abordent la question de sa définition<sup>2034</sup>. Une ébauche d'indication se trouve dans une réponse

---

<sup>2030</sup> Voir § 636.

<sup>2031</sup> Résolution du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, 8 février 1994, JOCE 1994, C 61, p. 40.

<sup>2032</sup> Voir D. COISSARD, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'homosexualité », in N. DEFFAINS, B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2010, pp. 253-275.

L'arrêt de principe est CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

<sup>2033</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06.

<sup>2034</sup> M. SCHMITT, « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », *RDT*, 2008, p. 458.

de la Commission européenne à une question écrite d'un député le 17 août 2011. La Commission explique que « le comportement sexuel » visé par la directive 2004/33 posant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins ne doit pas être confondu avec l'orientation sexuelle<sup>2035</sup>. Cette notion était au cœur de l'affaire *Geoffrey Léger*<sup>2036</sup>, ce qui montre qu'elle est loin d'être secondaire. La Cour de justice était appelée à se prononcer sur la compatibilité de l'interdiction à vie pour les « hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme » du don du sang en France, par rapport à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.

**669.** Pour l'avocat général Mengozzi, le cœur du problème se résumait ainsi : « l'exclusion permanente pour les hommes ayant eu un rapport sexuel avec un homme [« HSH »] vise-t-elle à affecter une orientation sexuelle particulière ou plutôt un véritable comportement, à proprement parler ? »<sup>2037</sup>. Il voyait dans cette exclusion permanente des HSH une discrimination indirectement fondée sur l'orientation sexuelle et le sexe. L'avocat général procédait donc à une assimilation entre d'une part, un certain comportement sexuel, qui est le fait d'avoir eu des relations sexuelles avec un homme, et une orientation sexuelle, en l'occurrence l'homosexualité masculine. La Cour de justice laisse de côté la question du sexe mais admet qu'il y a une différence de traitement « en fonction de l'orientation homosexuelle des donneurs masculins qui, en raison du fait qu'ils ont entretenu une relation sexuelle correspondant à cette orientation, subissent un traitement moins favorable que les personnes hétérosexuelles masculines »<sup>2038</sup>. Ce n'est que parce que cette différence de traitement est justifiée en l'espèce que la Cour ne conclue pas à une discrimination<sup>2039</sup>.

**670.** Si l'on part du postulat que comportement sexuel et orientation sexuelle ne doivent pas être confondus, alors l'arrêt *Geoffrey Léger* pose un problème conceptuel lourd. Le comportement sexuel est bien appréhendé comme une manifestation de l'orientation sexuelle et discriminer sur le premier aboutit à discriminer sur la seconde. Ils sont donc finalement confondus. Or n'est-ce pas précisément une telle assimilation que la Commission européenne

---

<sup>2035</sup> Réponse de la Commission du 17 août 2011 à la question parlementaire avec demande de réponse écrite en date du 1er juillet 2011 (E-006484/2011).

<sup>2036</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, C-528/13.

<sup>2037</sup> Conclusions de l'avocat général M. Paolo MENGOZZI présentées le 17 juillet 2014, aff. C-528/13, pt 34 : « en pratique, c'est essentiellement, si ce n'est exclusivement, la totalité de la population masculine homosexuelle et bisexuelle qui se retrouve, de fait, exclue pour toujours du don pour la seule raison que ces hommes ont eu ou ont actuellement des rapports sexuels avec un autre homme ». Voir, sur ces conclusions, C. DEMUNCK, « Vers la fin de l'exclusion française du don de sang des homosexuels ? », *Daloz actualité*, 29 juillet 2014.

<sup>2038</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, pts 49 et 50.

<sup>2039</sup> *Ibid.*, pts 52 à 69.

récusait dans sa réponse écrite ? Nous sommes face à deux argumentations semblant irréconciliables. D'un côté, réduire l'orientation sexuelle à un comportement sexuel est un raccourci injustifiable. Une personne qui a eu une relation de nature homosexuelle peut tout à fait être hétérosexuelle, ou l'inverse. L'amalgame pur et simple entre les deux serait très problématique et le motif de l'orientation sexuelle cherche à protéger autant le ressenti de l'individu que ses actes. De l'autre côté, nier que le comportement sexuel peut être une facette de l'orientation sexuelle est tout aussi aporétique. Il faut protéger l'individu également dans la libre pratique de sa sexualité.

**671.** La vraie difficulté du cas français, qui explique que la Cour ait ainsi botté en touche, est que c'est un comportement sexuel qui est *exclusivement* visé. Aucun individu en particulier n'est exclu du fait de son orientation sexuelle mais bien toute une catégorie d'individus en fonction d'un comportement sexuel, même ponctuel. Telle était en tout cas la justification française : l'exclusion serait étrangère à toute discrimination. Mais la Cour a également bien conscience que les raisons de cette exclusion sont certainement plus complexes. Un préjugé très fortement ancré à l'encontre des hommes homosexuels se cache sans doute derrière la réglementation française, à savoir qu'ils mèneraient une vie sexuelle libertine et instable davantage que les hétérosexuels<sup>2040</sup>. Faire le lien entre le comportement sexuel et l'orientation sexuelle était évidemment la seule solution tenable, mais elle aurait gagné à être explicitée en tant que composante ou facette de celle-ci parmi un faisceau d'indices.

**672.** Par extension de la jurisprudence *Coleman*<sup>2041</sup> qui a admis que la personne discriminée sur le fondement du handicap ne devait pas être nécessairement concernée elle-même par le motif, il y a tout lieu d'imaginer que la Cour sanctionnerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle alléguée d'une personne, ou si l'orientation sexuelle était celle d'un parent ou d'un proche de la personne discriminée pour cette raison<sup>2042</sup>. Que la Cour ait fourni des éléments de définition sur la religion, l'origine ethnique et le handicap mais se montre si avare en précision sur l'orientation sexuelle et son contenu est une lacune jurisprudentielle

---

<sup>2040</sup> Voir le commentaire d'Edouard DUBOUT sur ce point : « Ce qui fait en réalité débat derrière l'approche statistique est que le "libertinage", sous forme d'infidélité, de tromperie, ou de pratiques à risques, serait plus répandu dans le groupe homosexuel conduisant à ne pas pouvoir tenir compte de la parole donnée par ses membres », in « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 2015, p. 1215.

<sup>2041</sup> Voir § 61.

<sup>2042</sup> Voir L. WADDINGTON, « Protection pour la famille et les amis : combattre la discrimination par association », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 5, 2007, pp. 13-24.

dont nous doutons qu'elle soit un jour comblée<sup>2043</sup>. La complexité de l'orientation sexuelle comme motif rend toute tentative de définition, législative encore plus que jurisprudentielle, vaine ou peu souhaitable.

#### 4- Le handicap

**673.** Le dernier critère introduit par l'article 19 du TFUE et repris dans la directive 2000/78 est le handicap. Les inspirations viennent d'avantage d'États non-membres de l'Union comme la Suisse ou les États-Unis que des États de l'Union. Le *Americans with Disabilities Act* de 1990 conféra aux personnes souffrant de handicap le même type de protection que celle prévue par le *Civil Rights Act* de 1964. Cette attention portée sur la lutte contre les discriminations dont souffrent les personnes handicapées<sup>2044</sup> a plutôt induit des évolutions profondes dans la plupart des droits internes des États membres. L'Union a même précédé dans ce domaine le droit onusien puisque ce n'est qu'en 2006 que fut adoptée la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>2045</sup>, ratifiée par l'Union le 23 décembre 2010<sup>2046</sup>. Comme nous l'avons déjà dit, la Convention onusienne fait depuis lors pleinement partie du droit que la Cour de justice doit interpréter et respecter<sup>2047</sup>.

**674.** « Au sein de l'Union européenne, une personne sur dix est affectée par une forme de handicap, ce qui représente environ cinquante millions de personnes, dont la moitié est en âge de travailler »<sup>2048</sup>. Ni la Convention de l'ONU de 2006 ni la directive 2000/78 ne définissent la notion de handicap. La notion n'est pourtant pas simple à appréhender. Elle est même sans doute celle qui a soulevé le plus de difficultés au sujet même de sa définition<sup>2049</sup>. « Dans la mesure où la directive ne renvoie pas expressément au droit des États membres, cela justifie,

---

<sup>2043</sup> La Cour ne donne pas plus d'indications dans d'autres domaines, comme par exemple en matière d'asile où le motif de l'orientation sexuelle est reconnu comme pouvant fonder une demande d'octroi du statut de réfugié depuis l'arrêt CJUE, 7 novembre 2013, *X, Y. et Z.*, C-199/12, C-200/12 et C-201/12. La question n'est pas davantage abordée dans l'arrêt CJUE, 2 décembre 2014, *A, B et C*, C-148/13 à C-150/13.

<sup>2044</sup> L'intérêt de l'Union européenne sur ces questions s'était déjà manifesté par le biais d'une communication de la Commission du 30 juillet 1996, « Quality of opportunity for people with disabilities: a new European Community Strategy », Com(96)406 final.

<sup>2045</sup> Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006. Ratifiée par 174 États.

<sup>2046</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 326 : une des particularités du domaine de la non-discrimination fondée sur le handicap « tient au fait que le droit international joue un rôle particulièrement important ».

<sup>2047</sup> Voir CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, op. cit.

<sup>2048</sup> S. LAURENT, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social* 2008, p. 586.

<sup>2049</sup> Voir A. BOUJEKA, « Le principe communautaire de non-discrimination et la définition du handicap », *D.*, 2006, p. 2801.

selon la Cour de justice, de dégager une interprétation autonome, permettant une application uniforme du droit de l'Union européenne »<sup>2050</sup>.

675. Plusieurs manières de l'aborder se succèdent ou coexistent dans la doctrine sociologique et juridique. En simplifiant grandement ce sujet très complexe, le « modèle médical » appréhende le handicap en se fondant sur les déficiences et les incapacités qu'il génère pour l'individu et a pour effet d'enfermer l'individu dans ses limites<sup>2051</sup>, par rapport à une société à laquelle il ne serait pas adapté<sup>2052</sup>. La doctrine a fortement évolué pour trouver une manière plus satisfaisante et globale de saisir la question : le « modèle social »<sup>2053</sup> du handicap. On place alors l'accent sur la question des opportunités « manquées » de l'individu du fait de sa situation de handicap qui n'est pas que médicale mais aussi sociale<sup>2054</sup>. L'inadaptation de la personne handicapée ne découle pas de son handicap mais des normes établies par la société qui ne lui sont pas accessibles et l'exclut<sup>2055</sup>. C'est donc sur la situation de handicap et les facteurs d'exclusion qu'il est possible d'œuvrer. De cette conception découle la volonté d'accorder des droits fondamentaux spécifiques<sup>2056</sup>, nécessaires pour garantir l'égalité participation de tous dans la société<sup>2057</sup>. La Convention onusienne témoigne de cette logique, de même que l'article 5 de la directive 2000/78, en accordant des droits aux personnes handicapées prenant la forme d'aménagements raisonnables du lieu de travail et de l'emploi, ou encore l'article 7 §2 sur les actions positives en matière de handicap<sup>2058</sup>.

---

<sup>2050</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail, op. cit.*, p. 327.

<sup>2051</sup> On peut penser ici à la définition donnée par la recommandation Rec(92)6 du Comité des ministres du 9 avril 1992 relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées qui définit le handicap comme « le désavantage social pour un individu donné, résultant d'une déficience ou d'une incapacité qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle normal (en rapport avec l'âge, le sexe, les facteurs sociaux et culturels), par cette personne ».

<sup>2052</sup> Voir J.-P. MARISSAL, « Les conceptions du handicap : du modèle médical au modèle social et réciproquement... », *Revue d'éthique et de théologie morale*, Hors-Série n° 256, 2009, p. 218

<sup>2053</sup> Voir l'ouvrage de S. CHASSAGNARD-PINET, A. GONZALEZ (dir.), *Compensation du handicap et inclusion sociale. Les apports d'une conception sociale du handicap*, Paris, mare & martin, 2017, 253 p.

<sup>2054</sup> Voir la présentation des différents modèles de G. QUINN, E. FLYNN, « Transatlantic : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 2012, pp. 28-30.

<sup>2055</sup> Laurène JOLY note qu'à partir des années 1980, « le handicap n'est plus vu comme un état de la personne mais comme le résultat d'une inadéquation entre la personne et son environnement » (*L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2015, p. 119).

<sup>2056</sup> Voir par exemple M. CARON, P.-Y. VERKINDT, « Inaptitude, invalidité et handicap : l'image du "manqué" en droit social », *RDSS*, 2011, p. 862 ou P. PEDROT, « Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », *RDSS*, 2011, p. 796.

<sup>2057</sup> G. QUINN, E. FLYNN, « Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *op. cit.*, p. 28.

<sup>2058</sup> Selon Laurène JOLY, « Le droit de la non-discrimination à raison du handicap se présente comme un droit sensible à la différence », in *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 12.

**676.** Dans les faits, il est difficile de faire l'économie de la définition du handicap pour savoir à qui peuvent bénéficier ces droits spécifiques. Dans l'arrêt *Chacon Navas*<sup>2059</sup> en 2006, la Cour de justice a d'abord considéré que le terme devait faire l'objet « d'une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation »<sup>2060</sup>. Puis, à partir de l'adhésion à la Convention onusienne, la Cour de justice a nuancé sa position pour considérer que la notion de handicap et les concepts qui lui sont associés au sein de la directive doivent « faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à ladite convention »<sup>2061</sup>.

**677.** Elle a donné ensuite des éléments sur le contenu de ce motif. Le handicap doit être entendu comme une « limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle »<sup>2062</sup>. Elle ajouta que « [p]our que la limitation relève de la notion de "handicap", il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée »<sup>2063</sup>. Malgré cela, la Cour refusa dans l'arrêt *Chacon Navas* qu'une simple maladie de longue durée (huit mois en l'espèce) puisse être qualifiée de handicap<sup>2064</sup>. Le critère de durabilité dégagé par la Cour<sup>2065</sup> n'est pas nécessairement très clair<sup>2066</sup> et introduit une certaine imprévisibilité, même si l'extensivité de la notion peut permettre d'améliorer la protection des personnes handicapées<sup>2067</sup>. Elle a précisé dans l'arrêt *Daouidi* que la notion de « limitation durable » signifie que « l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement »<sup>2068</sup>.

---

<sup>2059</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05.

<sup>2060</sup> *Ibid.*, pt. 40.

<sup>2061</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, pt 32.

<sup>2062</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, *op. cit.*, pt 43.

La loi française n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a introduit une définition conforme au droit de l'Union à l'article L 114 du code de l'action sociale et des familles : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

<sup>2063</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, *op. cit.*, pt 45.

<sup>2064</sup> *Ibid.*, pt 44 : « en utilisant la notion de "handicap" à l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de "maladie". Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue » ; pt 47 « 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 ».

<sup>2065</sup> Voir aussi CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11.

<sup>2066</sup> A. BOUJEKA, « La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *D.* 2017, p. 1101.

<sup>2067</sup> Voir en ce sens A. BOUJEKA, « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *D.*, 2013, p. 1390.

<sup>2068</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15.



**678.** La frontière est ainsi difficilement tracée entre la maladie et le handicap. La question de savoir si l'obésité du travailleur pouvait entrer dans la définition proposée s'est présentée à la Cour dans l'arrêt *FOA*<sup>2069</sup>, qui apporte un certain nombre d'éléments utiles. D'abord le handicap couvre plusieurs degrés quant à l'entrave qu'il représente pour la participation de l'individu à la vie professionnelle. « Une gêne à l'exercice » de l'activité peut suffire et non seulement une impossibilité totale<sup>2070</sup>. Ensuite, le handicap doit être appréhendé de manière objective, dans le sens où la qualification « ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap »<sup>2071</sup>. Peu importe l'origine du handicap du moment qu'il produit des entraves durables dans la vie professionnelle. Cette précision est évidemment importante car on ne saurait exiger de mesurer une responsabilité de l'individu dans son handicap. Une personne victime d'un accident de la route, duquel résulterait de lourdes séquelles physiques, doit-elle être considérée comme atteinte d'un handicap à condition qu'elle ne soit pas juridiquement responsable de l'accident ? Une telle condition n'aurait guère de sens.

**679.** La notion de handicap appréhende des situations de faits sans distinction d'ordre subjectif. L'obésité ne saurait être exclue sur le fondement de la responsabilité éventuelle de l'individu dans cette situation, pas plus qu'un handicap physique résultant d'un accident de voiture dont l'individu aurait été responsable ne saurait l'être. La Cour raisonne en deux étapes : par nature, l'état d'obésité ne peut être considéré comme handicap, c'est-à-dire de manière générale et abstraite, étant donné qu'il n'entraîne pas systématiquement de limitations dans l'exercice de l'activité professionnelle<sup>2072</sup>. Cependant, la Cour n'exclue pas que la preuve puisse être apportée que de l'obésité résulte dans certains cas de telles limitations, faisant « obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »<sup>2073</sup>. Si tel est le cas et que la condition de longue durée est remplie (ce qui ne fait *a priori* pas de doute dans ce cas), l'état d'obésité pourrait être considéré comme un handicap, nécessitant par exemple des aménagements raisonnables du lieu ou du poste de travail.

**680.** La Cour privilégie nettement une approche fonctionnelle de la notion à une approche substantielle. Ce n'est que mis en rapport avec l'exercice concret de l'activité

---

<sup>2069</sup> CJUE, 18 décembre 2014, *FOA*, C-354/13.

<sup>2070</sup> *Ibid.*, pt 54.

<sup>2071</sup> *Ibid.*, pt 56.

<sup>2072</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>2073</sup> CJUE, 18 décembre 2014, *FOA*, *op. cit.*, pt 59.

professionnelle que le handicap existe ou n'existe pas. On peut dès lors imaginer que la situation de handicap d'une personne sera reconnue et nécessitera des mesures spéciales dans le cadre d'un emploi et d'une entreprise en particulier, alors qu'elle ne le sera pas nécessairement placée dans une situation différente, avec un poste aux exigences différentes. L'exemple de l'obésité illustre la réticence de la Cour à reconnaître des états de handicap « en soi »<sup>2074</sup>, le modèle social du handicap prédomine nettement dans une telle approche fonctionnelle. Ce n'est qu'en étant placé dans un environnement inadapté que le handicap se révèle.

**681.** Il est inenvisageable qu'une liste des handicaps « acceptés »<sup>2075</sup> soit établie, pas davantage qu'une liste des religions, de convictions, de races ou ethnies protégées. Tout le droit de la non-discrimination est ancré dans la logique du point de comparaison que l'on choisit, et celui-ci est changeant, instable par nature. Les jalons posés dans les normes de droit primaire et dérivé ne peuvent que viser la neutralité et la fonctionnalité, afin que les États et les juges européens et nationaux usent de ces outils de manière efficaces.

**682.** La question se pose tout de même de la neutralité du motif du handicap. À première vue, ce motif échappe à nos affirmations sur la recherche de neutralité et d'indétermination des motifs. Seules les personnes atteintes d'un handicap peuvent faire l'objet de mesures d'action positive et non les personnes n'en présentant aucun, puisque c'est le handicap qui est visé par la directive 2000/78. Le raisonnement fonctionne, du moins schématiquement : tout individu a bien un sexe, une race ou une origine ethnique, un âge, une religion ou des convictions, une orientation sexuelle. En revanche, des personnes sont en situation de handicap et d'autres non. Il y a lieu de penser donc que cette dernière catégorie est plus précise quant à ses bénéficiaires : les personnes handicapées.

**683.** En réalité, le handicap ne fait pas exception à cet égard. D'abord, on peut relever que, si l'article 5 de la directive sur les aménagements raisonnables précise bien « pour les personnes handicapées », l'article 7 sur l'action positive parle de « mesures destinées à prévenir

---

<sup>2074</sup> Voir A. BOUJEKA, « Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*

<sup>2075</sup> S. LAURENT, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social*, n° 5, 2008, p. 586-599. Il précise qu'« il n'est pas évident de rassembler des données statistiques fiables permettant de mieux cerner la population concernée. À la demande de la Commission européenne, un module *ad hoc* de l'enquête sur les forces de travail de 2002 consacré au handicap a mis en évidence, sur la base de données subjectives, des variations entre les États membres quant à la notion de handicap et la proportion de personnes se déclarant handicapées. Par exemple, une personne sur quatre se déclare handicapée en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas quand seulement 10 % de la population s'estime atteinte d'un handicap en Allemagne ou en Espagne ». Pour aller plus loin : S. COHU, D. LEQUET-SLAMA, D. VELCHE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq grands pays européens », in « Politique en faveur des personnes handicapées, grandes tendances dans quelques pays européens », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, avril-juin 2005, pp. 11-33.

ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs », donc liés au handicap. La Cour de justice a d'ailleurs, dans l'arrêt *Coleman*, découvert une discrimination fondée sur le handicap dans le cas d'une femme licenciée du fait du handicap de son enfant, alors même qu'elle n'était pas elle-même en situation de handicap<sup>2076</sup>. Dans sa définition de la discrimination, la Cour ne considère donc pas qu'il s'agisse d'une protection réservée aux personnes handicapées. Vu la formulation de l'article 7 de la directive, il y a tout lieu de penser, par analogie, qu'une action positive puisse ne pas bénéficier aux personnes handicapées elles-mêmes, mais s'appliquer plutôt à des situations liées au handicap (l'on peut penser à des mesures pour les conjoints ou partenaires de personnes handicapées par exemple).

**684.** Malgré cette apparente fonctionnalité des catégories bénéficiaires de l'action positive, du fait de leur indétermination et de leur contenu relativement peu délimité, elles ne sont pas équivalentes face à l'action positive. Cette dernière n'a pas la même pertinence comme outil efficace pour améliorer les chances quels que soient les bénéficiaires considérés, pour diverses raisons que nous allons maintenant présenter.

## **Section 2. L'inégale pertinence de l'action positive selon ses bénéficiaires**

**685.** « S'il semble à première vue logique d'étendre le régime [...] de l'action positive en raison du sexe aux autres motifs [...], il n'est pourtant pas évident que l'action positive soit une mesure adaptée à ces motifs »<sup>2077</sup>. À cette interrogation<sup>2078</sup>, nous allons tenter d'apporter des éléments de réponse et des pistes de réflexion. Les catégories visées par les actions positives autorisées en droit de l'Union correspondent à des caractéristiques individuelles, innées<sup>2079</sup> ou choisies<sup>2080</sup>. Or, la perception de la légitimité de recourir à ces caractéristiques pour fonder des différences de traitement varie considérablement de l'une à l'autre. Distinguer sur le fondement

---

<sup>2076</sup> CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06.

<sup>2077</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>2078</sup> Qui est aussi celle d'O. de SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, p. 166, selon qui il y a lieu « de se montrer sceptique sur les possibilités d'extension de l'action positive au-delà du seul domaine » de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

<sup>2079</sup> E. FASSIN parle de « l'inscription dans le corps » des différentes discriminations, *in* « Penser la discrimination positive », *in* D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>2080</sup> La distinction entre critères « choisis » et « non-choisis » est une autre manière d'aborder les motifs de discrimination mais qui présente aussi des faiblesses évidentes : la religion relève-t-elle du libre choix du croyant comme la Cour européenne des droits de l'homme le met en avant ou s'agit-il dans certaines situations d'une caractéristique quasi-innée et ne pouvant être librement remise en question ? Le sexe de naissance pouvant faire l'objet d'un changement au cours de la vie est-il de manière certaine une caractéristique innée ?

de l'âge est relativement acceptable<sup>2081</sup>, le fondement du sexe ou de la couleur de peau paraissent aujourd'hui insupportable. Distinguer les personnes handicapées est également socialement très toléré, à juste titre ou non. L'homophobie et le refus d'accorder les mêmes protections aux couples homosexuels sont encore très prégnants dans nos sociétés<sup>2082</sup>. Discriminer autant qu'avantager n'est pas perçu de la même manière selon la cible.

**686.** Au-delà de cette perception sociologique que notre thèse ne vise pas à étudier, des divergences existent aussi parce que le droit ne s'empare pas de la même manière de chaque caractéristique, autrement dit, elles ne font pas toutes l'objet des mêmes protections juridiques (§1). De ces différences fondamentales naît une inégale possibilité de mise en œuvre de l'action positive selon le bénéficiaire, qui tient aux problèmes de mesure des désavantages subis par les personnes discriminées (§2).

## **§1) L'inégale protection des caractéristiques de l'individu**

**687.** La plupart des caractéristiques relèvent de l'intimité de l'individu, et pour cette raison, sont abordées avec distance et retenue par le droit. Dans tous les aspects de sa vie, l'individu jouit donc d'une protection générale de son intimité (A). Les directives européennes s'appliquant toutes à la sphère professionnelle, les protections supplémentaires mises en place au bénéfice du travailleur nous intéresseront ensuite, dans leur impact sur la pertinence de l'action positive (B).

### ***A) La protection générale de l'intimité de l'individu***

**688.** Les personnes ciblées par les mesures d'action positive le sont en raison de « caractéristiques innées et constitutives de l'identité de l'individu »<sup>2083</sup>. L'action positive, en

---

<sup>2081</sup> L'avocat général M.F. G. JACOBS estime que les différences de traitement fondées sur l'âge sont souvent perçues « non seulement comme acceptables, mais comme effectivement souhaitables et parfois fondamentales ». Conclusions présentées le 27 octobre 2005, aff. C-227/04 P, pt 85.

<sup>2082</sup> En France, la mobilisation dite de « la Manif pour tous » à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3) a montré qu'une partie de la population française était fortement opposée à ce que la loi cesse de distinguer sur le fondement de l'orientation sexuelle et les propos homophobes ont été récurrents durant cette période.

<sup>2083</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 55.

dehors de sa conflictualité potentielle avec le principe de l'égalité de traitement qui occupe notre étude, peut aussi entrer en contradiction avec le droit fondamental au respect de la vie privée<sup>2084</sup> (1). Une facette de ce droit fondamental, du fait de sa prise d'importance et des enjeux de plus en plus considérables qu'elle représente, s'est autonomisée. Il s'agit de la protection des données personnelles de l'individu<sup>2085</sup> (2).

## 1- Le droit au respect de la vie privée

**689.** Trois caractéristiques sont pleinement concernées par le conflit avec ce droit garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>2086</sup>, droit « équivalent »<sup>2087</sup> à l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Il s'agit de l'orientation sexuelle, du handicap et de la religion ou des convictions. Dans une certaine mesure, la race et l'origine ethnique peuvent aussi être intéressées par cette problématique.

**690.** Tout d'abord, nous devons expliciter le sens et la portée de ce droit fondamental. En application de l'article 52 § 3 de la Charte<sup>2088</sup>, il faut donner de l'article 7 une interprétation conforme à celle que la Cour européenne des droits de l'Homme donne de l'article 8 de la Convention<sup>2089</sup>. La notion de vie privée se mêle à celle d'intimité, elle vise toutes les informations qu'un individu peut souhaiter ne pas rendre publiques. La Cour européenne « ne s'est jamais aventurée à définir les concepts de "vie privée" et de "vie familiale" »<sup>2090</sup>, il faut se contenter de son approche casuistique de ces notions dont le contenu « est large et ne se prête pas à une définition exhaustive »<sup>2091</sup>. Ainsi il ressort du domaine de la vie privée des éléments

---

<sup>2084</sup> Reconnu comme principe général du droit de l'Union par la Cour, CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic / Commission*, C-136/79, pts 17-19.

<sup>2085</sup> Patrick SIMON identifie également ces deux obstacles dans la mesure de la discrimination, in « La mesure des discriminations ethniques et raciales : comparaisons internationales », in E. FASSIN, J.-L. HALPÉRIN, *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La documentation française, 2008, pp. 138-139.

<sup>2086</sup> N. CARIAT, « Article 7. Respect de la vie privée et familiale », in F. PICOD, S. Van DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161-183 ; J. VESTED-HANSEN, « Article 7 », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 153-182.

<sup>2087</sup> F. SUDRE, « La cohérence issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'"équivalence" dans tous ses États », in C. PICHERAL, L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 45-65.

<sup>2088</sup> CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses Kft*, C-419/14, pt 70 ; CJCE, 15 novembre 2001, *Dereci e.a.*, C-256/11, pt 70.

<sup>2089</sup> Pour une analyse complète : F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 333 p.

<sup>2090</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 2015, p. 133.

<sup>2091</sup> CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 ; CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61.

aussi disparates que « le sexe, le statut matrimonial, le lieu de naissance et d'autres détails personnels »<sup>2092</sup>, « l'état de santé »<sup>2093</sup>, l'image et la réputation<sup>2094</sup> ou la nature des relations entretenues avec une personne<sup>2095</sup>.

**691.** Dans la jurisprudence conventionnelle, « le noyau dur de l'intimité est constitué par des questions afférentes à l'identité sexuelle et aux pratiques sexuelles des individus »<sup>2096</sup>. Or, dans la « liberté sexuelle » de l'individu<sup>2097</sup> se trouve sans en douter celle de choisir son orientation sexuelle. Cette dernière fait effectivement partie des éléments protégés par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux lu en combinaison avec son article 21, selon la Cour de justice<sup>2098</sup>, fidèle à l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2099</sup>. Le handicap, autant que les croyances religieuses<sup>2100</sup> et les autres convictions sont également protégés par la notion de vie privée, en tant qu'élément de l'« identité physique et sociale »<sup>2101</sup> de l'individu. On l'a bien compris, la notion de vie privée englobe potentiellement tous les choix personnels et les éléments identitaires d'une personne et se mêle en cela aux motifs de discrimination combattus.

**692.** « Dans sa dimension la plus fondamentale, le droit au respect de la vie privée impose à l'autorité publique [...] de s'abstenir de toute ingérence injustifiée dans la sphère d'intimité et d'autonomie des personnes »<sup>2102</sup>. Or comme nous l'avons démontré, l'observation des discriminations précédant la mise en place de mesures destinées à les corriger impose de se fonder sur les caractéristiques individuelles considérées comme motifs de discrimination. Une

---

<sup>2092</sup> CEDH, 6 octobre 1982, *X. c. Royaume-Uni*, n° 9072/82.

<sup>2093</sup> CJCE, 5 octobre 1994, *X. / Commission*, C-404/92, pt 23.

<sup>2094</sup> Trib.UE, 9 septembre 2015, *Pérez Gutiérrez / Commission*, T-168/14, pt 30.

<sup>2095</sup> TFPUE, 19 juin 2013, *CF/AESA*, F-40/12, pt 85.

<sup>2096</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>2097</sup> N. DEFFAINS, « La liberté sexuelle : quelle liberté ? Pour quel régime ? » in N. DEFFAINS, B. PY, *Le sexe et la norme*, *op. cit.*, pp. 39-46.

<sup>2098</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, C-199/12 à C-201/12, pt 54.

<sup>2099</sup> Dans CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 : « des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaines personne protégé par l'article 8 ».

<sup>2100</sup> Voir l'arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mars 2001, n° 99-10.928.

<sup>2101</sup> N. CARIAT, « Article 7. Respect de la vie privée et familiale », in F. PICOD, S. Van DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>2102</sup> *Ibid.*, p. 166. Le tribunal de la fonction publique de l'Union européenne a par exemple dégagé « l'exigence de protéger les fonctionnaires contre l'ingérence de l'administration dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, tel que reconnu par l'article 7 de la Charte » : TFPUE, 14 octobre 2010, *W/Commission*, F-86/09, pt 42 ; TFPUE, 18 juin 2015, *EG / Parlement*, F-79/14, pt 48.

telle observation, même si elle est destinée à octroyer des droits ou avantages pour les catégories, se heurte au droit au respect de la vie privée<sup>2103</sup>.

**693.** Toute ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée de la part des autorités publiques doit être « prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes d'après ce paragraphe et nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce ou ces buts », selon la Cour européenne<sup>2104</sup>. Peuvent constituer des buts légitimes par exemple « les considérations de santé et de sécurité publiques » ou la protection des personnes vulnérables<sup>2105</sup>. Est-il possible que la volonté de protéger les personnes vulnérables en raison des discriminations dont elles souffrent, l'État ou autre autorité puisse leur demander de révéler des éléments de leur intimité, à des fins de statistiques par exemple ? Olivier de Schutter se montre « sceptique sur l'usage que les États membres pourraient faire de [...] l'action positive [...] lorsque l'assignation de l'individu à telle catégorie implique des immixtions dans la vie privée qui paraissent impossibles à envisager »<sup>2106</sup>.

**694.** La question ne s'est pas posée à la Cour de justice, mais l'arrêt *Asociația Accept* abordait un problème proche<sup>2107</sup>. Dans la mesure où un comportement – en l'espèce celui du dirigeant d'un club de football – ouvertement homophobe permettrait d'établir l'existence d'une présomption de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le renversement de la charge de la preuve exigerait que l'auteur du comportement apporte la preuve de l'absence de discriminations<sup>2108</sup>. Or, dans le cas d'espèce, la preuve « qu'un tel club a embauché des joueurs sans tenir compte de leur orientation sexuelle » ne saurait être apportée sans « porter atteinte au droit au respect de la vie privée »<sup>2109</sup>. La vie privée rend la *probatio diabolica*, la preuve impossible. La Cour contourne quelque peu la difficulté et se contente de dire que la

---

<sup>2103</sup> Diane ROMAN note que dans la « conception classique de la vie privée », on cherche à « à prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics ; la rédaction visait initialement l'État gendarme, tant celui-ci, à travers ses activités régaliennes, peut être l'auteur d'ingérences arbitraires. Pourtant, la protection [...] peut également être invoquée à l'encontre de l'État-Providence, dont les activités de prestation peuvent avoir pour corollaires ou conséquences autant d'immixtions dans l'intimité de la vie privée », in « La protection sociale », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 233-234.

<sup>2104</sup> CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, § 43 ; CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 68.

<sup>2105</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 74.

<sup>2106</sup> O. de SCHUTTER, « Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché », in Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, *L'Année sociale 2000*, De Boeck Université, 2001, p. 124 : « comment imaginer une politique d'action positive en faveur des personnes homosexuelles, si cela implique de déterminer l'orientation sexuelle des personnes qui prétendent en bénéficier ? » précise-t-il.

<sup>2107</sup> CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12.

<sup>2108</sup> Renversement de la charge de la preuve prévu par l'article 10 §1 de la directive 2000/78.

<sup>2109</sup> CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, *op. cit.* pt 33.

présomption pourrait être « réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants »<sup>2110</sup>. Une telle réponse est d'autant plus décevante que l'on aurait aimé savoir si la nécessité d'apporter la preuve d'une absence de discrimination pouvait constituer un motif d'ingérence légitime dans le droit au respect de la vie privée. Nous ne pouvons donc déduire de cet arrêt aucune piste exploitable pour l'action positive.

**695.** Le scepticisme d'Olivier de Schutter paraît justifié quant à la pertinence de l'action positive pour certains motifs. L'on peut vite craindre que, *in fine*, certaines « formes de discriminations seront plus égales que d'autres »<sup>2111</sup>, si la vraisemblance des outils de lutte contre les discriminations est variable selon les motifs. La protection des données personnelles accentue les difficultés de cet outil.

## **2- La protection des données personnelles**

**696.** La protection des données personnelles des individus n'est au départ qu'un des éléments du droit au respect à la vie privée<sup>2112</sup>. Cependant, le tumulte provoqué par la révélation « de la surveillance mondiale tentaculaire exercée par les autorités américaines [...] met en lumière un droit fondamental relativement récent : le droit à la protection des données personnelles »<sup>2113</sup>. L'évolution sociale, notamment l'utilisation massive des réseaux sociaux, est en effet à l'origine de l'autonomisation du droit à la protection des données. Certains parlent volontiers aujourd'hui de « vie privée numérique »<sup>2114</sup>.

**697.** Dès 1995, l'Union européenne adopta la directive 95/46 sur le traitement des données personnelles<sup>2115</sup>, avant que ne soit adoptée la Charte des droits fondamentaux assurant

---

<sup>2110</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>2111</sup> Pour reprendre l'expression de L. FLYNN, « The implications of article 13 EC - After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? », *Common Law Market Review*, vol. 36, n° 6, 1999, pp. 1127-1152.

<sup>2112</sup> Voir par exemple la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) du Conseil de l'Europe, ouverte à la signature le 28 janvier 1981, premier Traité concernant la protection des données personnelles. Son Préambule affirme qu'il est « souhaitable d'étendre la protection des droits et des libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel ».

<sup>2113</sup> M. AILINCAI, « Espoirs et inquiétudes autour de la révision du cadre juridique général de l'Union européenne sur la protection des données à caractère personnel », *Rev. UE*, 2014, p. 170.

<sup>2114</sup> M.-C. de MONTECLER, « La CJUE défend la vie privée numérique – Cour de justice de l'Union européenne 21 décembre 2016 », *AJDA*, n° 44, 2016, p. 2466.

<sup>2115</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281, 23.11.1995, p. 31-50.

Pour une analyse : M.-C. PONTTHOREAU, « La directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces



le droit au respect de la vie privée en général<sup>2116</sup> et la protection des données à caractère personnel<sup>2117</sup>. L'article 16 du TFUE garantit également ce droit<sup>2118</sup>. Une donnée à caractère personnel désigne « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » c'est-à-dire « qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »<sup>2119</sup>. Le 25 janvier 2012, la Commission présentait une proposition de règlement destiné à remplacer la directive de 1995<sup>2120</sup>, devenue le règlement 2016/679 adopté le 27 avril 2016<sup>2121</sup>, après quatre années d'âpres négociations.

**698.** Ce règlement « uniformise le droit applicable en matière de protection des données personnelles dans les États membres de l'Union européenne »<sup>2122</sup>. Le consentement prend sa place de condition incontournable du régime de traitement de ces données et il est défini plus précisément par le nouveau règlement. Il s'agit de « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »<sup>2123</sup>.

**699.** L'élément qui nous intéresse tout particulièrement est que le règlement reprend la distinction déjà contenue dans la loi française de 1978<sup>2124</sup> entre les « données que l'on peut

---

données », *RFDA*, 1997, p. 125. Voir aussi A.-S. TSHILEMBE, « Vie privée – protection des données personnelles du travailleur : la question de l'embauche », in D. MARTIN, M. MORSA, P. GOSSERIES, *Droit du travail européen. Questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 652.

<sup>2116</sup> Ici encore se manifeste la construction inversée de l'Union par rapport au système conventionnel européen. L'Union part de la dimension économique de la circulation des données économiques pour arriver vers la protection des droits fondamentaux quand la Cour européenne part du droit fondamental pour s'intéresser à sa dimension éventuellement économique.

<sup>2117</sup> Article 8 de la Charte. Voir R. TINIÈRE, « Article 8 », in F. PICOD, S. Van DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 185-204 pour une analyse approfondie.

<sup>2118</sup> Pour une analyse globale : C. BLASI CASAGRAN, *Global data protection in the field of law enforcement : an EU perspective*, London, Routledge, 2017, 244 p.

<sup>2119</sup> Article 2 a) de la directive 95/46 précitée.

<sup>2120</sup> Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, COM(2012) 10 final.

<sup>2121</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JOUE L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

<sup>2122</sup> C. CASTETS-RENARD, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 331. A l'inverse, Romain TINIÈRE estime que « l'une des principales caractéristiques du régime juridique de la protection des données personnelles dans l'Union européenne est sa complexité croissante ». In « Article 8 », in F. PICOD, S. Van DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*, p. 194.

<sup>2123</sup> Article 7 du Règlement précité.

<sup>2124</sup> La loi du 6 janvier 1978, modifiée en 2004 à la suite de la transposition de la directive de 1995 dite loi informatique et libertés (art. 8, § I). Marie-France MAZARS et Wafae EL BOUJEMAOUI précisent bien que les

qualifier de génériques ou classiques, [et les] données dites sensibles »<sup>2125</sup>. La collecte et l'utilisation des données sensibles sont par principe interdites<sup>2126</sup> : ainsi en va-t-il par exemple des données de santé<sup>2127</sup> auxquelles le handicap appartient, ou des « appartenances religieuses ou convictions politiques de chacun »<sup>2128</sup>. On retrouve ici des éléments qui renvoient directement à certaines catégories bénéficiaires de l'action positive. La Cour de justice a rappelé que la « protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire »<sup>2129</sup>. On reste donc dans cette situation problématique, proche de l'impasse. Sans le consentement des individus, la protection de la vie privée, et plus particulièrement des données personnelles, empêche tout recensement des travailleurs handicapés, ou des personnes appartenant à une orientation sexuelle, ou pratiquant une religion.

**700.** On peut aussi remettre en cause la pertinence de ce régime, à l'heure où les réseaux sociaux, en plein essor, collectent massivement des données sur les individus qui n'expriment qu'un consentement tacite ou n'ont simplement pas conscience qu'une telle collecte a lieu. L'idée même de « données personnelles » semble avoir perdu, selon certains, « une bonne part de sa signification et de sa portée »<sup>2130</sup>. Juridiquement, la protection demeure en principe, en particulier dans la sphère de l'emploi et du travail, où le travailleur est protégé face à l'employeur avec une vigilance accrue.

---

principes de ce règlement ne sont pas une « révolution » puisqu'ils reprennent le droit français. In « Maîtriser le socle du droit de la protection des données pour aborder l'application du Règlement européen (RGPD) », *RDT*, 2018, p. 298.

<sup>2125</sup> F. CHALTIEL, « Le règlement général européen sur la protection des données », *Rev. Union européenne*, 2018, p. 249.

<sup>2126</sup> P. SIMON, « La mesure des discriminations ethniques et raciales : comparaisons internationales », in E. FASSIN, J.-L. HALPÉRIN, *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La documentation française, 2008, p. 138 : il parle d'un « régime de collecte qui ressemble à une interdiction de principe, mais correspond de fait à une autorisation conditionnelle ».

<sup>2127</sup> Voir pour une analyse spécifique : J. BOSSI MALAFOSSE « Le règlement européen et la protection des données de santé », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 260.

<sup>2128</sup> F. CHALTIEL, « Le règlement général européen sur la protection des données », *op. cit.*

<sup>2129</sup> CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, C-73/16, pt 112 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige et Watson e.a.*, C-203/15 et C-698/15, pt 96.

<sup>2130</sup> J. CHEVALLIER, « La vie privée à l'épreuve de la société numérique », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 573.

## **B) La protection renforcée de l'intimité du travailleur**

**701.** Le travailleur ou le candidat à un recrutement se trouve dans une situation particulièrement sensible en raison du « lien de subordination » qui caractérise le contrat de travail<sup>2131</sup>. Il est exposé aux comportements discriminatoires potentiels de sa hiérarchie. Conformément aux directives européennes dont l'objectif est la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, la priorité dans l'emploi est de protéger l'individu contre les discriminations dont il pourrait faire l'objet en raison de ses caractéristiques particulières. En pratique, et non sans paradoxe, cette protection peut faire obstacle à la mesure des discriminations, dans le sens où elle les occulte à certains moments de la relation de travail mais ne les éradique pas totalement. Or la mesure est consubstantielle à l'efficacité des correctifs plus ambitieux comme l'action positive. Les travailleurs jouissent d'abord d'une protection renforcée face à la collecte des données à caractère personnel (1). De manière plus générale, on peut observer une tendance à l'anonymisation sur le lieu de travail, à l'invisibilisation des caractéristiques individuelles (2).

### **1- Une protection renforcée face à la collecte des données personnelles**

**702.** Plus que tout autre individu, le travailleur est exposé à voir des éléments de sa vie privée utilisés à des fins malveillantes<sup>2132</sup>. Il ne fait aucun doute que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'applique aux relations de travail<sup>2133</sup> et qu'une ingérence ne saurait être commise par l'employeur privé davantage que par l'autorité publique. La question des moyens de protection de la vie privée du salarié a beaucoup intéressé la doctrine<sup>2134</sup>. Si les données sensibles ne peuvent être collectées et traitées qu'en cas de

---

<sup>2131</sup> Selon la définition jurisprudentielle de la Cour de cassation française dans l'arrêt dit « Société générale », Cass. Soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, Bull. 1996 V, n° 386, p. 275.

<sup>2132</sup> J. MOULY, « vie professionnelle et vie privée », in F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 283-284 : « Il conviendrait de reconnaître que l'entreprise privée est aujourd'hui le siège d'un véritable pouvoir, présentant des caractéristiques tout à fait comparables à celui de l'État ; il serait dès lors indispensable qu'une protection des droits de l'Homme y soit efficacement assurée ».

<sup>2133</sup> CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88 ; CEDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92 ; CEDH (GC), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, n° 27798/95 ; CEDH, 3 avril 2007, *Copland c. Royaume-Uni*, n° 62617/00.

<sup>2134</sup> Commentaires de jurisprudence de la cour de cassation française : J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *Droit social*, 1992, p. 329 ; O. de TISSOT, « La protection de la vie privée du salarié », *Droit social* 1995. 222 ; J. MOULY, J.-P. MARGUENAUD, « Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2005, p. 469.

consentement « libre, spécifique, éclairé et univoque »<sup>2135</sup>, la relation de hiérarchie qui caractérise le monde du travail rend difficile l'appréhension d'un tel consentement. « En l'état actuel de sa doctrine, la CNIL considère que le consentement donné à un traitement de données par un salarié dans le cadre de ses relations de travail, dans la plupart des situations rencontrées, ne peut être considéré comme un consentement libre compte tenu de l'existence du lien de subordination. Cette position se trouve confortée par le [règlement européen] »<sup>2136</sup>.

**703.** La tentation de mesurer la diversité de ses employés, pour mesurer les inégalités ou bien pour procéder à des pratiques discriminatoires, est entravée par la protection des données<sup>2137</sup>. En France, la CNIL rappelle que « la loi "Informatique et Libertés" interdit, sauf exceptions limitativement énumérées, de recueillir et d'enregistrer des informations faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines "raciales" ou ethniques, ainsi que les appartenances religieuses des personnes. En tout état de cause, de tels critères ne peuvent pas être utilisés pour opérer des tris et s'adresser à des populations ciblées »<sup>2138</sup>. Un tel « profilage », qui concerne aussi les appartenances syndicales des personnes, la santé, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, est un délit en droit pénal français, sauf consentement exprès de la personne<sup>2139</sup>.

**704.** Pourtant, une tentative avait été faite en France pour assouplir la législation. La loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile du 20 novembre 2007 contenait à l'origine une disposition destinée à réformer les statistiques ethniques<sup>2140</sup>, en autorisant le traitement des données à caractère personnel « nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des personnes, de la discrimination et de l'intégration » ; « ce texte modifiait le régime des données sensibles au sens de la loi du 6 janvier 1978 »<sup>2141</sup>. Saisi par des députés et sénateurs, le Conseil constitutionnel avait examiné la constitutionnalité de cette disposition notamment dans une décision du 15 novembre 2007<sup>2142</sup>. Il opta alors pour la censure pure et

---

<sup>2135</sup> Règlement 2016/679, précité.

<sup>2136</sup> M.-F. MAZARS, W. EL BOUJEMAOU, « Maîtriser le socle du droit de la protection des données pour aborder l'application du Règlement européen (RGPD) », *op. cit.*

<sup>2137</sup> C. WILLMANN, « Mesure de la diversité ethnique en entreprise : nouvelles recommandations de la Cnil (Cnil, recommandation, rapport présenté le 15 mai 2007, Mesure de la diversité et protection des données personnelles) », *Lexbase hebdo*, n° 262, édition sociale, 31 mai 2007.

<sup>2138</sup> CNIL, « Statistiques ethniques : quel cadre légal ? », 07 mai 2015, URL : <https://www.cnil.fr/fr/statistiques-ethniques-quel-cadre-legal>

<sup>2139</sup> L'article 226-19 du code pénal prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

<sup>2140</sup> Article 63 du projet de loi.

<sup>2141</sup> C. WILLMANN, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Droit social*, 2008, p. 166.

<sup>2142</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 sur la Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Les commentaires ont été très abondants sur cette décision : C.

simple de cette dérogation à l'interdiction de collecter des statistiques ethnico-religieuses, qui ne concernait pourtant que l'INSEE et les services ministériels. Le Conseil rappela que les critères visés par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution jouissent d'une protection particulière, ainsi les études statistiques destinées à mesurer la diversité peuvent porter sur des données objectives mais non sur la race ou l'origine ethnique<sup>2143</sup>. La possibilité de recourir à certains critères fut neutralisé à la fois par un Conseil Constitutionnel « emporté par son militantisme républicain et les meilleures intentions [...] anti-communautaristes », selon les commentateurs critiques<sup>2144</sup>, à la fois par le droit à la protection des données personnelles européen.

**705.** Le régime français est resté celui de la loi de 1978, renforcé par le règlement européen de 2016 qui interdit toute collecte de données sensibles, sauf accord exprès du travailleur<sup>2145</sup>. Quoi qu'il en soit, le traitement des données sensibles éventuellement recueillies avec le consentement de l'intéressé, repose sur l'anonymisation de celles-ci, selon l'article 8, § III de la loi de 1978. L'anonymisation des données accompagne une autre volonté assez nette qui découle de la lutte contre les discriminations sur le lieu de travail. Une certaine invisibilisation des caractéristiques individuelles du travailleurs peut se lire dans plusieurs pratiques ou normes, dans l'optique d'assurer l'égalité de traitement, l'on cherche à gommer les différences.

## **2- Une invisibilisation des caractéristiques individuelles du travailleur**

**706.** L'exemple type qui peut s'imposer à l'esprit est celui du *curriculum vitae* (ci-après « CV ») anonyme, présenté comme « un instrument de lutte contre les discriminations à l'embauche, que celles-ci portent sur l'origine ethnique ou sociale, l'âge ou le sexe »<sup>2146</sup>. Cette pratique, instituée notamment en droit français et en droit belge et dont il a été question au

---

WILLMANN « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *op. cit.* ; G. CARCASSONNE, « Les tests ADN », *Dalloz*, 2007, p. 2992 ; F. CHALTIEL, « Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 26 novembre 2007, p. 4 ; C. FAIVRE, « Constitutionnalité sous réserves des tests ADN mais non-conformités des statistiques ethniques », *AJDA*, 2007, p. 2172 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *D.*, 2007, p. 3017.

<sup>2143</sup> Considérant 29 de la Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

<sup>2144</sup> D. TURPIN, « La décision n° 557 DC du 15 novembre 2007 du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : le moustique et le chameau », *D.*, 2008, p. 1638.

<sup>2145</sup> Défenseur des droits, CNIL, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances. Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012, 106 p.

<sup>2146</sup> Les documents de travail du Sénat, Étude de législation comparée, *Le curriculum vitae anonyme*, n° LC 203, décembre 2009, p. 5.

Royaume-Uni<sup>2147</sup> vise à neutraliser les comportements discriminatoires qui peuvent biaiser le processus de recrutement de l'individu. Par ses prénoms et noms, il est possible pour le recruteur d'identifier *a minima* le sexe de l'individu mais bien souvent aussi son origine nationale ou ethnique. L'âge est également une donnée souvent présente dans un CV, de même que l'adresse qui peut être un indice de l'origine sociale de l'individu. Ces différentes identifications, supposées neutres, peuvent pourtant être associées à des stéréotypes non-neutres, car sexistes, racistes et discriminatoires<sup>2148</sup>.

**707.** Par le CV anonyme – qui consiste en général à supprimer le « bloc état civil » –, l'on cherche à éliminer tous les marqueurs de l'individualité du candidat, afin qu'il ne soit jugé que sur ses qualifications et diplômes, c'est-à-dire sur des données supposément objectives. Outre le fait que l'efficacité de ce type de CV est en soi discutée<sup>2149</sup>, il pose un problème quant à sa capacité à remédier aux discriminations de manière concrète et non apparente. Même s'il « contrecarre la tendance des recruteurs à favoriser leurs semblables »<sup>2150</sup>, il ne peut le faire qu'au stade de l'embauche et même à un stade prématuré de celle-ci. Un employeur qui embauche par le biais du CV anonyme un candidat d'une origine ethnique particulière, qu'il aurait discriminé sans l'anonymat, ne réservera pas par la suite un traitement bienveillant à cet employé. Tout au long de sa vie professionnelle, la discrimination peut se manifester et l'employé se voir refuser des conditions de travail égalitaires.

**708.** L'anonymisation de l'employé est également garantie au maximum par le biais de la protection des données personnelles. En France par exemple, le code du travail prévoit que « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles »<sup>2151</sup>, de même qu'« aucune

---

<sup>2147</sup> En France, cette pratique qui devait être obligatoire pour les entreprises de plus de 50 salariés est finalement rendu facultative par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, *dialogue social et emploi*. Dispositif prévu par l'article L 1221-7 du code du travail.

En Belgique, depuis le 1<sup>er</sup> février 2005, le CV anonyme est utilisé par l'administration fédérale, d'une part, pour le recrutement du personnel contractuel et, d'autre part, pour la mobilité interne des fonctionnaires statutaires. Le Royaume-Uni s'est également engagé dans cette voie.

<sup>2148</sup> « Les femmes sont moins compétentes », « vu son âge, elle va coûter cher en congé maternité » ; « les Arabes sont malhonnêtes », etc.

<sup>2149</sup> En France : L. BEHAGEL, B. CREPON, T. LE BARBANCHON, *Evaluation de l'impact du CV anonyme*. Rapport final, mars 2011, 93 p. Ce rapport « évalue l'impact du CV anonyme, expérimenté entre novembre 2009 et novembre 2010 par Pôle Emploi, dans 8 départements ».

<sup>2150</sup> L. BEHAGEL, B. CREPON, T. LE BARBANCHON, *Evaluation de l'impact du CV anonyme*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>2151</sup> Article L 1222-2 Code du travail.

information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »<sup>2152</sup>.

**709.** Mais, comme le notent le Défenseur des droits et la CNIL, « afin de pouvoir procéder à des analyses statistiques permettant de mesurer les discriminations, il va falloir, dans certains cas, recueillir et traiter des informations personnelles qui permettent d'identifier, de façon même momentanée, les personnes concernées »<sup>2153</sup>. L'on cherche à la fois à empêcher que des discriminations ne soient opérées et facilitées par la collecte de données sensibles sans le consentement des travailleurs<sup>2154</sup>, et à encourager les acteurs du marché du travail à mesurer la discrimination, dans le but de mettre éventuellement en place des programmes d'action positive. Il y a une sorte de schizophrénie. D'une part, la volonté universaliste prétend gommer toutes les caractéristiques « sensibles » des individus pour faire émerger une concurrence libérée des discriminations. D'autre part, le droit reconnaît que des différences réelles ou supposées entre les individus entravent l'égalité des chances et qu'il faut observer précisément ce phénomène. Comment mettre en place des actions positives sur le fondement de l'orientation sexuelle, de la race ou de l'origine ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, si des dispositifs légaux nationaux empêchent que l'employeur identifie ses employés par rapport à de tels critères (sauf lorsqu'il y a consentement) ?

**710.** L'anonymisation ou invisibilisation des caractéristiques n'est pas toujours réalisable. Anonymiser l'appartenance religieuse de l'individu qui ne souhaite pas manifester ses croyances religieuses par des signes visibles – vestimentaires par exemple, est aisé. La religion ne se lit pas sur le visage. Qu'en est-il lorsque la religion se matérialise dans des signes extérieurs tel que le foulard islamique ? La liberté religieuse interdit de contrevenir à la volonté d'un individu de manifester ses croyances. Qu'en est-il également lorsque l'ethnie supposée d'un individu – qui peut se voir par des indices comme la couleur de peau – produit un amalgame dans l'esprit de l'employeur avec un croyance supposée<sup>2155</sup> ? Qu'en est-il également

---

<sup>2152</sup> Article du Code du travail L 1222-4. La même garantie est assurée pour le candidat au recrutement, article L 1221-9 du Code du travail.

<sup>2153</sup> Défenseur des droits, CNIL, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances. Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012, 106 p., p. 13.

<sup>2154</sup> A ce sujet, Maëlle DRÉANO note que la « CNIL joue également un rôle important dans la prévention des discriminations à l'embauche en s'assurant que les employeurs et les agences de recrutement ne constituent pas de fichiers contenant des informations faisant apparaître directement ou indirectement l'origine, les opinions politiques ou religieuses, les appartenances syndicales, l'état de santé ou encore l'orientation sexuelle des candidats à l'emploi ». In *La non-discrimination en droit des contrats*, op. cit., p. 261. Elle cite CNIL, 21 mars 2002, délib. N° 02-07 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors de l'opération de recrutement.

<sup>2155</sup> Nombre d'amalgames ont cours en France par exemple entre la population arabe et musulmane par exemple. Par exemple, en 2012, à l'occasion du premier débat télévisé organisé dans le cadre des primaires du Parti

lorsque le handicap se voit de manière évidente<sup>2156</sup> ? L'âge, le sexe et la couleur de peau sont des caractéristiques visibles que nulle loi sur la protection des données dites sensibles ne saurait protéger contre des utilisations malveillantes.

**711.** Une loi française du 8 août 2016<sup>2157</sup> a introduit dans le Code du travail un « principe de neutralité dans l'entreprise »<sup>2158</sup> qui permet que le règlement intérieur puisse restreindre « la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Ce modèle de l'entreprise neutre par son règlement intérieur a été validée par la Cour de justice dans l'arrêt *G4S Secure Solutions* du 14 mars 2017<sup>2159</sup>. « Le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime »<sup>2160</sup>. L'invisibilisation des caractéristiques religieuses de l'individu ici n'a pas pour but de le protéger contre les discriminations de son entreprise, mais de protéger son entreprise contre ses caractéristiques<sup>2161</sup>. « À l'instar de son aînée - la laïcité -, la neutralité présente deux visages. Sur l'un, se lisent les traits de l'indifférence et de la bienveillance ; sur l'autre ceux de l'invisibilisation et de l'abstention »<sup>2162</sup>.

**712.** La neutralité n'est donc pas neutre<sup>2163</sup>. Elle est même source d'inégalités entre les individus. On peut exiger la neutralité eu égard aux croyances et convictions, mais il y a fort à

---

Socialiste, l'un des candidats, Vincent Peillon avait parlé de « Français d'origine musulmane » qui montre une grande confusion entre ethnie et religion.

<sup>2156</sup> Dans une affaire portée devant la Cour de cassation, celle-ci a estimé que le licenciement d'un employé au motif qu'il n'avait pas révélé au moment du recrutement qu'il percevait une allocation adulte handicapé pour troubles psychiques entraînant une incapacité de 80% était discriminatoire. Cass. Soc. 9 janvier 1991, n° 88-41.091, inédit. Le handicap psychique peut dans certains cas ne pas « se voir », à l'inverse, beaucoup de handicaps physiques peuvent se voir.

<sup>2157</sup> L'article 2 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016 texte n° 3.

<sup>2158</sup> Article L. 1321-2-1 du code du travail. Pour une explication précise : Y. PAGNERRE « Principe de neutralité dans l'entreprise », *Droit social*, 2016, p. 880.

<sup>2159</sup> CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, *op. cit.*

<sup>2160</sup> *Ibid.*, pt 38.

<sup>2161</sup> Dans le débat français sur la loi du 8 août 2016 précité, un sénateur a souligné qu'il s'agissait d'une guerre contre le communautarisme, en ces termes : « ne laissons aucun interstice dans nos entreprises dans lequel s'engouffreraient immanquablement des individus ». Rapport Sénat n° 661, préc., B. RETAILLEAU, p. 17.

<sup>2162</sup> J.-L. BIANCO, N. CADENE, C. WOLMARK, « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT*, 2017, pp. 235-249.

<sup>2163</sup> Le droit belge admet par exemple la notion d'« entreprise de tendance », ce qui n'est pas équivalent au dispositif français qui découle de la laïcité comme absence de convictions religieuses. La Belgique considère au contraire que la laïcité est une conviction et qu'une entreprise peut se revendiquer de tendance « laïque », alors synonyme de « neutre », comme une entreprise pourrait revendiquer une autre tendance confessionnelle. Le droit italien et le droit allemand utilisent également cette expression.

Voir F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Droit social*, 2011, p. 1186 ; F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, 2010, p. 65.



parier qu'un « un employeur qui, de manière absolument générale, interdirait tous les postes de son entreprise en relation avec la clientèle, aux salariés étrangers, d'origine étrangère, d'apparence étrangère, etc. (quelle que soit sa nationalité), en raison des supposées préférences racistes de la clientèle »<sup>2164</sup> serait condamné pour discrimination directe par la Cour de justice. Inversement, les affaires *G4S Secure Solutions* et *Bouagnaoui et ADDH* montrent que « l'aversion, les préjugés contre les personnes manifestant leur religion ou leurs convictions peuvent être pris en compte par les entreprises »<sup>2165</sup>.

## §2) L'inégale possibilité de mesure des désavantages

713. « Les discriminations naissent d'un constat empirique. L'absence d'information empêche sans nul doute de repérer les inégalités qui se révèlent généralement "insidieuses" »<sup>2166</sup>. Rappelons que l'action positive se définit comme une mesure visant à « prévenir ou compenser des désavantages » liés à l'un des motifs de discrimination. Or, il résulte des dispositifs destinés à protéger l'intimité de chacun, le droit à ne pas afficher sa différence pour prétendre à l'indifférence, une difficulté à mesurer les désavantages causés par le fait d'appartenir à telle ou telle catégorie (A). À ce sujet, le droit français, comme celui de nombreux autres États européens, fait fortement obstacle à la mise en œuvre de l'action positive pour certains bénéficiaires (B).

### A) L'identification difficile des désavantages factuels

714. Quand elle adopte une mesure d'action positive, l'autorité normative cherche bien souvent à compenser une « inégalité de fait »<sup>2167</sup> préexistante entre des catégories d'individus. Les bénéficiaires sont généralement choisis en raison du « régime d'oppression parfois

---

<sup>2164</sup> J.-L. BIANCO, N. CADENE, C. WOLMARK « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *op. cit.*

<sup>2165</sup> *Ibid.*

<sup>2166</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 198. Elle cite J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, Obs. sur l'arrêt CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, D., 1999, p. 141.

Voir aussi O. LECLERC, « Égalité des personnes et modes de preuves. A propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. BORENFREUND, I. VACARIE (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 77-94.

<sup>2167</sup> F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica PUAM, 1997, p. 207.

multiséculaire qui leur a été imposé »<sup>2168</sup>. L’avocat général Bobek rappelait récemment que l’action positive peut viser des « groupes qui ont été désavantagés de manière générale dans le passé »<sup>2169</sup>. Dans le contexte états-unien, « l’essence même de l’*affirmative action* [...] est de ne plus se contenter de punir une discrimination particulière (individualisable), mais de porter remède à la situation objective créée par une histoire de ségrégation et de discrimination raciales à travers des mesures luttant contre ce qui peut être qualifié de racisme “institutionnel” (ou non-individualisable, c’est-à-dire sociétal) »<sup>2170</sup>. Le racisme aux États-Unis se mesure à l’aune d’un événement historique objectif et de ses séquelles, la ségrégation instituée par les lois *Jim Crow* entre 1876 et 1964. Denis Lacorne explique que l’*affirmative action* ne serait sans doute jamais née si le passé des États-Unis n’avait pas été marqué par la traite des Noirs et la ségrégation raciale<sup>2171</sup>.

715. Il n’y a pas une histoire européenne mais vingt-huit histoires nationales différentes<sup>2172</sup>, aux passé et présent différents. L’objectif de l’Union n’est pas de renoncer à ce pluralisme qui la caractérise, elle ne cherche qu’à « ordonner le multiple sans le réduire à l’identique »<sup>2173</sup>, à tracer des lignes communes dans l’hétérogénéité (1). Mais le résultat est inévitablement un éclatement des modèles européens en matière de mesures des discriminations (2).

### 1- Le respect du pluralisme des contextes nationaux

716. On peut estimer que, « quand la corrélation entre le critère prohibé et la probabilité de connaître une situation défavorable dans l’emploi, l’éducation, le logement ou l’accès aux services est statistiquement établie, la situation de discriminé est reconnue intégralement à

---

<sup>2168</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, p. 9.

<sup>2169</sup> Conclusions de l’avocat général M. Michal BOBEK présentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 110.

<sup>2170</sup> O. DE SCHUTTER, « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, 1991, p. 347.

Voir aussi : M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, p. 96 ; O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, pp. 193-204 ; M. MARTINIELLO, A. REA (dir.), *Affirmative action. Des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 329 p.

<sup>2171</sup> Denis LACORNE, *La Crise de l’identité américaine : du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Gallimard, 2003, p. 335 ; F. STASSE, « Pour la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 4, 2004, pp. 119-132 : « des motifs historiques ont conduit la nation américaine à fonder l’affirmative action sur des critères ethniques ».

<sup>2172</sup> Éric KESLASSY explique justement que « la discrimination positive ne peut avoir le même fondement en France [qu’aux États-Unis] : esclavagiste puis colonisatrice, la société française n’a jamais pratiqué de ségrégation légale. En aucun cas, il n’y est question d’une dette à l’égard des immigrés ». In, *De la discrimination positive*, Rosny-sous-Bois, Editions Bréal, 2004, p. 11.

<sup>2173</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 8.

l'ensemble des personnes présentant le critère prohibé »<sup>2174</sup>. Or, les directives européennes relatives à la non-discrimination ne disent mot sur l'établissement de cette corrélation. Parmi tous les éléments présents dans le préambule de la directive 2000/78, rien n'est dit sur la mesure des discriminations<sup>2175</sup>. Il en va de même dans la directive 2000/43. Ce silence est d'autant plus problématique que la question de la mesure est consubstantielle à la lutte contre les discriminations<sup>2176</sup>. La « factualisation »<sup>2177</sup> de la discrimination est un enjeu autant pour la discrimination indirecte que pour l'action positive. Elle semble bien sûr ne pas relever du champ du droit, mais plutôt de celui du sociologique, du démographe, ou de l'économiste<sup>2178</sup>. Néanmoins, comme nous l'avons montré dans le paragraphe précédent, les protections des droits et libertés individuelles mises en place par le droit ont une incidence directe sur la vraisemblance ou l'efficacité de la mesure des discriminations.

717. Le silence des directives s'explique par le fait que le cadre européen n'a pas pour but de se substituer à celui des États et à leur appréciation plus éclairée des phénomènes discriminatoires. L'identification de contextes historiques particuliers, des structures sociales et des mentalités<sup>2179</sup> qui engendrent des discriminations dans les faits pour certaines catégories d'individus n'a pas vocation à être harmonisée, étant déjà infiniment complexe au niveau étatique<sup>2180</sup>. Certes, Jean-Luc Sauron note que « le renvoi aux valeurs de l'Union (article 2 du TUE) confirme qu'au seul critère géographique ("tout État européen"), difficile à établir et insuffisant dans sa fausse simplicité, a été préféré l'ajout d'un critère "de valeurs partagées" »<sup>2181</sup>.

---

<sup>2174</sup> P. SIMON, *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport pour la Commission européenne, 2004, p. 30.

<sup>2175</sup> L'apparition des statistiques au point 15 du préambule est liée à la question de la preuve de la discrimination indirecte.

<sup>2176</sup> J.-L. PRIMON, « La statistique est-elle indispensable ? Un débat français », *Migrations Société*, vol. 131, n° 5, 2010, pp. 117-132. « Avec l'introduction de la lutte contre les discriminations sur l'agenda politique, la question de la "factualisation" du phénomène discriminatoire à l'aide de la quantification va se poser ».

<sup>2177</sup> P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés Contemporaines*, n° 53, 2004, pp. 57-84.

<sup>2178</sup> Comme en témoignent les sources que nous venons de mobiliser. Voir aussi D. MEURS, S. PONTHEUX, « Une mesure de la discrimination dans l'écart de salaire entre hommes et femmes », *Économie et Statistique*, n° 337-338, 2000, p. 135-158 ; K.K. CHARLES, J. GURRYAN, « Prejudice and Economics of Discrimination », *Journal of Political Economy*, n° 116, 2008, p. 773-809 ; M. LESNÉ, P. SIMON, *La mesure des discriminations dans l'enquête « Trajectoires et Origines »*, Documents de travail n° 184, Paris, Ined, 2012, 32 p.

<sup>2179</sup> G. CALVÈS, « Femmes en politique : une exclusion persistante », in *Les politiques de discrimination positive, Problèmes politiques et sociaux*, n° 822, juin 1999, p. 58.

<sup>2180</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, A. VIDAL-NAQUET, X. PHILIPPE, *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 299 p., p. 222 : « L'appréciation des situations particulières des groupes socialement défavorisés, dans tel ou tel contexte, s'avère, en effet, délicate ».

<sup>2181</sup> J.-L. SAURON, « L'appartenance à l'Union européenne », *Gazette du Palais*, n°171, 2008, p. 15.

Mais la valeur ici partagée reste le principe d'égalité de traitement, inscrite dans la Charte des droits fondamentaux, et non la dérogation qu'est l'action positive<sup>2182</sup>.

**718.** Les directives européennes à partir de 2000 apparaissent de ce point de vue comme un entre-deux insatisfaisant. Si l'Union décide de créer le cadre d'une lutte harmonisée contre les discriminations, dans le but de mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement, et ce avec souvent une grande précision et un haut degré d'exigence<sup>2183</sup>, pourquoi cette absence de toute coordination quant aux moyens de mesurer les inégalités ? Ne pas identifier les catégories qui souffrent de discriminations est une retenue qui s'explique parfaitement, mais l'absence d'indications sur les politiques publiques d'évaluation des inégalités se comprend moins, étant donné le consensus qui existe autour de l'idée que « les données statistiques sont incontournables dans le cadre d'une politique de discrimination positive »<sup>2184</sup>. Il en résulte un éclatement des modèles européens<sup>2185</sup>.

## **2- L'éclatement des modèles européens**

**719.** L'Union européenne n'a pas vocation à éteindre le pluralisme qui la caractérise<sup>2186</sup>. Malgré un processus d'intégration de plus en plus poussé, chaque État conserve une marge d'appréciation extrêmement large pour identifier les désavantages produits par les rapports de force sociaux et dont souffrent les catégories énumérées par le Traité. La collecte des données ethniques, notamment, paraît vouée à demeurer un « éternel point d'achoppement »<sup>2187</sup>.

**720.** D'autres sources du droit international procèdent pourtant à une harmonisation plus poussée sur cette délicate question. Tous les États membres de l'Union ont ratifié la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de l'ONU et doivent donc

---

<sup>2182</sup> Même si celle-ci est inscrite dans la Charte des droits fondamentaux pour l'égalité entre hommes et femmes, ce qui lui donne une portée symbolique incontestable, cela reste sous la forme d'une autorisation et non d'une obligation.

<sup>2183</sup> Pour beaucoup d'États comme la France, les concepts de discriminations directe, indirecte, de harcèlement constituaient de nouveaux outils complexes à appréhender et à transposer.

<sup>2184</sup> N. STOJANOVIC, *Dialogue sur les quotas. Penser la représentation dans une démocratie multiculturelle*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2013, p. 198.

<sup>2185</sup> Certains déplorent même plutôt un « désordre ne pouvant donner que des résultats médiocres, tant le vécu historique, les traditions, la sensibilité diffèrent fortement entre les États membres », in « La Convention internationale contre le racisme a 50 ans. Pour l'Union européenne, un chantier à l'arrêt ? », *EU-Logos Athéna*, 3 janvier 2013, URL : <https://europe-liberte-securite-justice.org/2016/01/03/la-convention-internationale-contre-le-racisme-a-50-ans-pour-lunion-europeenne-un-chantier-a-larret/>

<sup>2186</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC*, 2016, pp. 447-454.

<sup>2187</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 2016, p. 255.

suivre autant que possible les recommandations générales émises par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale mis en place par la Convention. Or, ce dernier estime que, pour remplir correctement sa mission, « il est indispensable [que les États] lui fournissent dans toute la mesure possible des renseignements sur la présence de pareils groupes [ethniques et raciaux] sur leur territoire »<sup>2188</sup>. Il estime ensuite que « certains critères devraient être appliqués de manière uniforme à tous les groupes, en particulier le nombre des intéressés et le fait qu'ils sont d'une race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique différentes de celles de la majorité de la population ou d'autres groupes composant celle-ci »<sup>2189</sup>. Il n'y a pas d'obligation véritable néanmoins quant à la méthode, puisque « dans la liste des sujets à collecter dans le recensement retenu par les Nations Unies dans leurs recommandations, la citoyenneté et le pays de naissance font partie des sujets centraux (*core topic*), alors que l'ethnicité, la religion et la langue sont considérés comme des sujets optionnels (*non core topic*) »<sup>2190</sup>.

**721.** Mais les États européens procèdent de manière très hétérogène. Les recensements pratiqués dans certains États font figurer l'origine nationale, la langue et la religion ou seulement certains de ces critères<sup>2191</sup>. Le Royaume-Uni et les Pays-Bas furent les premiers à procéder à une « racialisation des statistiques »<sup>2192</sup> pour lutter contre les discriminations. Au Royaume-Uni, à partir de 1991, une « *ethnic question* » fut introduite dans le recensement, qui n'est de surcroît pas facultative<sup>2193</sup>. Le système anglais repose sur une « auto-identification des individus tandis que les Pays-Bas se fondent sur des critères objectifs comme le lieu de naissance de l'intéressé ou de ses ascendants »<sup>2194</sup>.

<sup>2188</sup> CEDR, *Recommandation générale n° 24 concernant l'article premier de la Convention*, 27 août 1999, §1.

<sup>2189</sup> *Ibid.* §2.

<sup>2190</sup> P. SIMON, *Statistiques « ethniques » et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe*, Rapport d'étude, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, p. 37.

<sup>2191</sup> Les trois critères : Bulgarie, Croatie, Hongrie.

Religion et langue : Estonie.

Origine nationale et religion : Slovénie.

Religion : Portugal.

Voir P. SIMON, *Statistiques « ethniques » et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe*, Rapport d'étude, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, p. 26.

<sup>2192</sup> P. SIMON, « La mesure des discriminations raciales : l'usage des statistiques dans les politiques publiques », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 183, n° 1, 2005, pp. 13-30.

<sup>2193</sup> Voir P. SIMON, *Statistiques « ethniques » et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe*, *op. cit.* C'est le cas en Estonie aussi.

<sup>2194</sup> « Faut-il élaborer des statistiques ethniques », *Vie Publique*, 21 février 2018, URL : <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/discrimination/faut-il-elaborer-statistiques-ethniques.html>

Voir V. GIURAUDON, K. PHALET, J. TER WAL, « Measuring discrimination: monitoring ethnic minorities in the Netherlands », *International Social Science Journal*, vol. 183, 2005, pp. 76-88

722. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale accepte que des États ne recueillent aucune donnée concernant l'origine ethnique de leurs ressortissants et résidents, et « décident à leur propre convenance quels sont les groupes qui constituent des groupes ethniques ou des populations autochtones à reconnaître et à traiter comme tels »<sup>2195</sup>. Le recueil de ces données est même parfois interdit ou très fortement réglementé par les droits nationaux, comme c'est le cas pour l'Allemagne, le Portugal et la France. Nous ne développerons que l'exemple de la France où la collecte de données statistiques ethniques autant que religieuses peut constituer un problème, il nous permettra de comprendre la difficulté évidemment similaire pour tous les États se trouvant dans la même situation.

### ***B) Les identités constitutionnelles particulières. Le cas de la France***

723. « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »<sup>2196</sup>. L'article 3 de la loi fondamentale allemande dispose que « nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap ». Elle ne prévoit de possibilité d'action que dans le domaine de l'égalité entre les sexes<sup>2197</sup>, comme en France. L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française interdit formellement de distinguer les individus sur la base de leur « race »<sup>2198</sup> ou de leur religion. Le Conseil Constitutionnel français a affirmé « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>2199</sup>. De ce « verrou » constitutionnel découle un encadrement de la mesure des

---

<sup>2195</sup> CEDR, *Recommandation générale n° 24 concernant l'article premier de la Convention*, 27 août 1999, § 3.

<sup>2196</sup> Article 4 §2 du TUE. Voir : S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 91, n° 3, 2012, pp. 13-44. ; A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109.

<sup>2197</sup> Article 3 §2 de la Loi fondamentale allemande : « Hommes et femmes sont égaux en droits. L'État promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants ».

<sup>2198</sup> L'entrée du terme même dans le texte constitutionnel avait provoqué un certain malaise. Pour un article défendant son usage, voir : E. BALIBAR, « Le mot race n'est pas "de trop" dans la Constitution française », in *Actes du colloque « Sans distinction de... race » (27 et 28 mars 1992)*, *Mots*, n° 33, décembre 1992, pp. 241-256 ; pour une analyse historique : D. LOCHAK, « Les références à la "race" dans le droit français », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, pp. 27-40.

<sup>2199</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

désavantages ethno-raciaux et religieux dans la société française (1) et une impossibilité des mesures d'action positive directes sur ces fondements (2).

### 1- L'encadrement de la mesure des désavantages ethno-raciaux

724. Les statistiques permettent de dresser « un état photographique des effets de la domination sociale »<sup>2200</sup>. Leur utilité est reconnue quand il s'agit de prouver l'existence de discrimination indirecte ou systémique<sup>2201</sup>, pratique que les directives encouragent explicitement pour la race ou l'origine ethnique<sup>2202</sup> et la religion ou les convictions<sup>2203</sup>. Rappelons que la Cour de Justice estime que les statistiques sont valables dès lors qu'« elles portent sur un nombre suffisant d'individus » et « ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels »<sup>2204</sup>. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a connu une évolution<sup>2205</sup>, mais elle se trouve aujourd'hui en harmonie avec celle de la Cour de justice<sup>2206</sup>.

725. La collecte de statistiques ethniques n'est pas interdite en France, comme cela est souvent prétendu<sup>2207</sup>. Placée au sommet de la hiérarchie des normes et qui plus est, dans la position symbolique d'ouvrir le texte constitutionnel, l'interdiction de toute distinction raciale et religieuse pose effectivement un certain nombre de problèmes par rapport à la mise en œuvre du droit de la non-discrimination de l'Union européenne<sup>2208</sup>, générant ce que certains ont

---

<sup>2200</sup> J. BIDET, « Égalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », in G. KOUBI, G.J. GUIGLIELMI (dir.), *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, op. cit., p. 51.

<sup>2201</sup> Voir par exemple K. BERTHOU, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine », *RDT*, 2010, p. 635.

<sup>2202</sup> Voir § 15 du préambule de la directive 2000/43.

<sup>2203</sup> Voir § 15 du préambule de la directive 2000/78.

<sup>2204</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, pt 17.

<sup>2205</sup> CEDH, 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00 ; CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 77 et s.

<sup>2206</sup> Dans l'arrêt CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, les statistiques occupent une place centrale dans la révélation de la différence de traitement entre les hommes et les femmes. Voir aussi CEDH, 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République Tchèque*, n° 57325/00, § 188. Delphine THARAUD note que « D'une manière générale, les statistiques ont pris une place considérable dans la jurisprudence de la Cour relative aux violations de l'article 14 et lorsqu'une situation de fait est en cause. Tantôt élément prépondérant mais non suffisant, tantôt seul élément de preuve du traitement différent, elles deviennent inévitables au regard du principe de non-discrimination », in *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 202.

<sup>2207</sup> P. NOBLET, « "Affirmative action" aux États-Unis et discrimination positive en France », in M. BOUCHER (dir.) *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 462 ; *L'express*, « Les discriminations ethniques au travail, un tabou très français », 4 février 2016.

<sup>2208</sup> Voir G. CALVÈS, « "Il n'y pas de race ici". Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, 2002/4, n° 17, pp. 173-186.

qualifié de « malaise constitutionnel »<sup>2209</sup>. Mais il serait erroné de tirer de la décision du Conseil constitutionnel du 15 novembre 2007<sup>2210</sup> que nous avons déjà évoquée une sorte d'incompatibilité générale des données ethno-raciales et du droit français. L'on peut sans se tromper affirmer que, du fait de sa Constitution, la France aborde les statistiques ethniques ou religieuses avec une certaine réticence<sup>2211</sup>, ce qui a conduit au reproche récurrent de l'absence de mesure de « l'étendue du problème »<sup>2212</sup> du racisme en France ; mais la réticence ne signifie pas l'absence.

**726.** Dans la décision du 15 novembre 2007, c'est davantage la procédure irrégulière du dépôt d'amendement<sup>2213</sup>, l'absence de lien entre le recueil de statistiques ethniques sur la population en général et le projet de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile<sup>2214</sup> qui conduisent le Conseil Constitutionnel à la censure. Il est vrai que le Conseil est allé jusqu'à énoncer l'incompatibilité des études qui reposent « sur l'origine ethnique ou la race » avec l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, par « un *obiter dictum* superfétatoire »<sup>2215</sup> selon ses détracteurs. Il n'en demeure pas moins que la collecte de données est possible en France, même dans le cadre de l'entreprise où elle est toutefois strictement conditionnée au consentement de l'employé.

**727.** Depuis 2007, l'Institut national démographique (ci-après « INED ») a obtenu l'autorisation du Conseil national de l'information statistique d'introduire la couleur de peau dans son enquête « Trajectoires et origines », une enquête réalisée auprès de plus de 20 000 personnes<sup>2216</sup>, car « les attentes venant de la demande sociale, de la communauté scientifique et

---

<sup>2209</sup> Pour reprendre l'expression de Bélich NABLI, « L'Union européenne : source d'un "malaise constitutionnel" ? », *Rev. UE*, 2012, p. 29-39.

<sup>2210</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 sur la Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

<sup>2211</sup> Voir D. MEURS, A. PAILHÉ, P. SIMON, « Persistance des inégalités entre générations liées à l'immigration : l'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », *Population*, vol. 61, 2006/5, p. 768 : « L'absence de statistiques sur la situation des descendants d'immigrés, catégorie qui n'était pas identifiée jusqu'à une date récente dans les grandes enquêtes socio-démographiques, et notamment dans le recensement, explique en partie le faible nombre de recherches quantitatives ». La catégorie des descendants d'immigrés permet de s'intéresser indirectement aux catégories ethno-raciales et religieuses minoritaires en France.

Voir P. NDIAYE, « Les Noirs et leur perception de la discrimination raciale dans le monde du travail en France depuis les années 1960 », in E. FASSIN, J.-L. HALPÉRIN, *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques, op. cit.* pp. 69-81.

<sup>2212</sup> D. OPPENHEIMER, « Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière », in F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 94.

<sup>2213</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 27 et 28.

<sup>2214</sup> *Ibid.*, cons. 25.

<sup>2215</sup> D. TURPIN, « La décision n° 557 DC du 15 novembre 2007 du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : le moustique et le chameau », *D.*, 2008, p. 1638.

<sup>2216</sup> Voir C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON, *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, INED, coll. Grandes Enquêtes, 2016, 624 p.



des pouvoirs publics concernant des données de référence sur la situation des immigrés et de leurs descendants se faisaient pressantes »<sup>2217</sup>. L'INED avait également obtenu en 2005, de la CNIL, le droit d'interroger les personnes sur leur religion dans une enquête « Étude des relations familiales et intergénérationnelles », parue en 2012<sup>2218</sup>. En janvier 2007, l'étude CRAN-SOFRES « Baromètre des discriminations à l'encontre des populations noires », consistait à demander à 581 personnes de plus de 18 ans et s'autodéclarant comme « noires » si elles étaient victimes de discriminations raciales. 56 % avaient répondu par l'affirmative. Enfin, le baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi réalisé par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail contient des « données relatives à l'appartenance "ethno-raciale" [...] obtenues en interrogeant les répondant.e.s sur la manière dont ils et elles pensent que les autres les perçoivent »<sup>2219</sup>.

**728.** Les statistiques restent en outre un élément de preuve pertinent devant les juridictions françaises. Mais elles restent difficiles à recueillir et leur force probatoire est sujette à une certaine incertitude devant les juges. L'arrêt du 9 novembre 2016 de la Cour de cassation sur la pratique dite des « contrôles au faciès »<sup>2220</sup> reprochée à la police française<sup>2221</sup> peut illustrer cette incertitude. Elle y affirme d'un côté que de tels contrôles, fondés « sur des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable » seraient effectivement discriminatoires et constitueraient une faute lourde de la part de l'État. Mais elle estime aussi que la Cour d'appel n'a pas violé le droit en considérant que « les statistiques produites au débat et démontrant l'existence de pratiques quotidiennes de contrôles d'identité discriminatoires ne pouvaient, à elles seules, constituer le faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant de caractériser l'inégalité de traitement » et rejette finalement le pourvoi<sup>2222</sup>.

**729.** En raison des difficultés probatoires que connaissent les statistiques, la pratique du *testing*<sup>2223</sup> ou « test de situation » a pris une importance de plus en plus grande<sup>2224</sup>. Mise en

---

<sup>2217</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>2218</sup> INED, *Étude des relations familiales et intergénérationnelles*, Documents de travail, n° 187, 2012, 336 p.

<sup>2219</sup> Défenseur des Droits, OIT, *10<sup>e</sup> baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, 2016, p. 2.

<sup>2220</sup> Voir J. GAUTHIER, F. GOBARD, *Police. Questions sensibles*, Paris, PUF, 2018, 108 p.

<sup>2221</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 2016, n° 15-24.212. Voir S. ROUSSEL, C. NICOLAS, « Discrimination : la preuve par la statistique », *AJDA*, n° 38, 2017, pp. 2193- 2197.

<sup>2222</sup> Pour cette raison, les requérants ont décidé de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme.

Voir « Contrôles au faciès : Six personnes saisissent la justice européenne », *Le Monde*, 24 mai 2017.

<sup>2223</sup> Voir I. RORIVE, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, Bruxelles, Centre for Equal Rights and M.P.G., 2009, pp. 42 et s.

<sup>2224</sup> Voir M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, *La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, p. 103 et s.

œuvre « par une association, une organisation syndicale, le [Défenseur des Droits] ou par le réclamant lui-même »<sup>2225</sup>, l'objectif de cette méthode née au Royaume-Uni et aux États-Unis<sup>2226</sup> est « d'observer, en ayant la certitude qu'elles jouent "toutes choses égales par ailleurs", le poids relatif des variables qu'on cherche à tester »<sup>2227</sup>. L'on construit « artificiellement des couples (de demandeurs d'emploi, de clients d'une banque, de candidats à la location d'un logement, etc.) dont les deux membres ne diffèrent que par une et une seule caractéristique »<sup>2228</sup>, afin de révéler une différence de traitement. Des études montrent qu'il est « accepté légalement, socialement et politiquement »<sup>2229</sup>.

**730.** La Cour de cassation a précisé que sur le fondement de l'article 427 du code de procédure pénale, les éléments de preuve obtenus par les parties civiles au moyen du test de situations doivent être acceptés et ne constituent pas un comportement déloyal. Il appartient aux juges du fond d'en apprécier la valeur probante<sup>2230</sup>. Précisons en outre que la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances a pleinement confirmé la validité de ce procédé en matière pénale<sup>2231</sup>. Pour autant, même s'il est utile en matière de discriminations ethniques et raciales dans un pays où les statistiques font parfois défaut, il « n'a pas bouleversé la lutte contre les discriminations » et « n'a qu'un rôle subsidiaire en droit pénal »<sup>2232</sup>. Le test de situations est un moyen de preuve qui peut se révéler efficace, en revanche, son absence de systématisme et/ou d'ampleur<sup>2233</sup> (il est souvent limité à l'observation d'un lieu particulier), n'en font

---

<sup>2225</sup> M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, Larcier, 2016, p. 755.

<sup>2226</sup> Voir les explications de G. CALVÈS, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, vol. 3, n° 5, 2007, pp. 8-16.

<sup>2227</sup> *Ibid.*, p. 9.

Dans l'arrêt Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° G 99-87.251 D., la Cour de cassation a validé un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans qui avait admis une preuve par *testing*, mettant en évidence l'existence d'un accès différencié à une discothèque selon l'origine ethnique des clients.

<sup>2228</sup> G. CALVÈS, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *op. cit.*, p. 9.

<sup>2229</sup> M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, *La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, *op. cit.*, p. 104. Voir aussi F. HÉRAN, *Inégalités et discriminations : Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations, La Documentation Française, 5 février 2010, 265 p.

<sup>2230</sup> Cass. Crim. 11 juin 2002, n° 2002-014851.

<sup>2231</sup> Dispositif dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de contrôler la constitutionnalité, malgré l'introduction d'une Question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation a estimé que la question ne présentait pas un caractère suffisamment sérieux pour être transmise 'dès lors que, tout en facilitant la constatation des comportements discriminatoires, l'article 225-3-1 du Code pénal ne prévoit aucune dérogation aux règles de poursuite et de jugement des infractions ; qu'en outre, il [...] ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties [...] », Cass. Crim., 4 février 2015, *Sté d'exploitation de jeux automatiques champenois*, n° 14-90048. QPC, *Bull. Crim.*, n° 26.

<sup>2232</sup> M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, p. 648.

<sup>2233</sup> Au-delà de ce problème, son manque de fiabilité et d'impartialité est également souvent pointé du doigt, lorsqu'il est réalisé par des associations militantes. Voir M. DRÉANO, *op. cit.*

probablement pas un instrument pertinent pour la mesure des désavantages subis par une catégorie d'individus toute entière.

**731.** Malgré le reproche récurrent de l'« encouragement à l'ethnicisation des problèmes sociaux »<sup>2234</sup> par les statistiques, certainement intéressant, nous pensons que la lutte contre les discriminations raciales et religieuses peut difficilement en faire l'économie si elle veut sortir du simple effet d'annonce<sup>2235</sup>. D'ailleurs, au niveau européen, le *European Social Survey* qui réalise une grande enquête biennale, contient des questions sur la perception des discriminations. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a recommandé en 2010 à la France de recenser sa population sur la base d'une auto-identification des individus « purement volontaire et anonyme », afin d'« identifier et d'avoir une meilleure connaissance des groupes ethniques présents sur [son] territoire, des types de discriminations dont ils sont ou peuvent être victimes, d'apporter les réponses et les solutions adaptées aux formes de discriminations identifiées, et, enfin, de mesurer les progrès effectués »<sup>2236</sup>. L'identité constitutionnelle française, si elle n'empêche plus que se développe la collecte de statistiques ethniques et religieuses, paraît toutefois loin de permettre un recensement ethnique systématique comme au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas. L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française est encore plus problématique quant il s'agit d'imaginer mettre en place des mesures d'action positive ethno-raciales. Comme nous l'avons montré précédemment, telle est la raison de la préférence française pour le critère territorial.

## **2- L'impossibilité des mesures d'action positive ethno-raciales**

**732.** François Stasse écrit que l'« ethnicité de la politique américaine ne choque personne et l'on sait que de nombreux documents administratifs officiels font état du groupe ethnique d'appartenance de l'individu concerné. En France, une telle classification est exclue, sauf, exceptionnellement, à titre statistique [...]. En outre, une politique fondée sur des critères ethniques serait contraire aux grandes traditions politiques et culturelles françaises. Elle heurterait frontalement l'universalisme des Lumières »<sup>2237</sup>.

---

<sup>2234</sup> Question et reproche de Jean-luc PRIMON in « La statistique est-elle indispensable ? Un débat français », *Migrations Société*, vol. 131, n° 5, 2010, pp. 117-132.

<sup>2235</sup> M.-C. CERRATO DEBENEDETTI, *La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, 256 p.

<sup>2236</sup> CEDR, *Observations finales sur la France*, 25 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19 § 12.

<sup>2237</sup> F. STASSE, « Pour la discrimination positive », *op. cit.* Voir aussi D. LOCHAK, « Les références à la "race" dans le droit français », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, *op. cit.*, p. 27 : elle compare avec le

**733.** Loin d'être un simple « héritage des Lumières »<sup>2238</sup>, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française entre en conflit avec l'idée de toute différence de traitement fondée sur un motif racial, ethnique ou religieux<sup>2239</sup>. « Le risque d'instituer une société multiculturelle est perçu avec gravité : on rejette la discrimination positive "ethnique" pour ne pas avoir à échanger sa "communauté des citoyens" contre le communautarisme »<sup>2240</sup>. La similarité formelle entre discriminations ethno-raciales et religieuses et mesures d'action positive ethno-raciales et religieuses pose un problème au regard de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. « Une mesure de discrimination positive ne se distingue en rien d'une mesure de discrimination hostile et illégale »<sup>2241</sup>. Aucun autre motif ne se trouve, pour l'heure, inscrit dans la constitution comme empêchant toute distinction<sup>2242</sup>. Le législateur ne peut opérer de distinction sur le fondement direct de la race, de l'origine ethnique ou de la religion sans violer la Constitution, tandis qu'il le peut pour les autres motifs. Les deux seules manières de sortir de cette situation serait, par modification constitutionnelle, de faire disparaître une partie de l'article 1<sup>er</sup>, ou d'ajouter une possibilité de dérogation pour les mesures d'action positive. Pour cette raison, nous avons montré précédemment que la France préférerait le critère territorial pour viser indirectement les catégories ethno-raciales minoritaires et discriminées de sa population<sup>2243</sup>.

**734.** Des tentatives ont pourtant eu lieu pour échapper à cet interdit fondamental. Sous la présidence de Nicolas Sarkozy<sup>2244</sup> avait été institué un Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, pour envisager de supprimer l'interdiction de distinguer selon l'origine, la race ou la religion. Son rapport, rendu en décembre 2008<sup>2245</sup> répondait défavorablement à ce projet. Un second Comité pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations fut

---

Royaume-Uni qui « n'hésite pas à aborder ouvertement la question des "relations inter-raciales" [...] ou de l'égalité des races ».

<sup>2238</sup> X. MARTIN, « L'héritage des Lumières », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU, *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, pp. 15-24.

<sup>2239</sup> « 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 ».

<sup>2240</sup> E. KESLASSY, *De la discrimination positive*, op. cit., p. 13.

<sup>2241</sup> G. CALVÈS, « La discrimination positive "à la française" », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, p. 36.

<sup>2242</sup> Le dernier projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable, dont l'examen a été reporté à janvier 2019, envisage toutefois de faire disparaître le terme de « race » et de faire apparaître celui de « sexe » à l'article 1<sup>er</sup>.

<sup>2243</sup> Voir §§ 433 et s.

<sup>2244</sup> En 2004, Nicolas Sarkozy alors Ministre de l'Intérieur se fit le promoteur d'une discrimination positive « à la française » en annonçant la nomination d'un « préfet musulman », « brisant le tabou de la discrétion sur les origines et les religions ». In M.-C. CERRATO-DEBENEDETTI, *La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, p. 43.

<sup>2245</sup> Rapport du Comité présidé par Simone Veil, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La documentation française, décembre 2008, 208 p.

alors mis en place, dit « Comité Sabeg » du nom du Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances. Son but était une réflexion sur une réforme, certes pas constitutionnelle, « mais dont l'ampleur n'en est pas moins considérable »<sup>2246</sup>, afin de mesurer les discriminations subies par les personnes « issues de la diversité ». L'abandon du projet de légiférer fut finalement annoncé dans son rapport adopté le 5 février 2010<sup>2247</sup>.

**735.** Ainsi en France, comme dans les autres États qui interdisent les distinctions raciales et religieuses, toute action positive fondée sur de tels critères est impensable. Seules des mesures indirectes, en apparence neutres, sont envisageables. Or, cette « identité constitutionnelle » prédomine sur le continent européen, les États autorisant le recueil statistiques ou recensement de leur population en fonction de critères ethno-raciaux et religieux, autant que la discrimination positive, restent très minoritaires. Sur ce point, les directives 2000/43 et 2000/78 pour la religion ou les convictions n'auront que peu d'impact dans ces États membres, qui ignoreront l'autorisation d'adopter des mesures correctrices pour l'égalité des chances.

**736. Conclusion du Chapitre.** Comment activer une dérogation qui repose sur des catégories insuffisamment définies ou volontairement indéterminées<sup>2248</sup> ? Comment évaluer ensuite l'intensité des désavantages subis par certaines catégories alors qu'elles font l'objet de protections particulières destinées à les invisibiliser, au nom de l'égalité ? Les caractéristiques individuelles que le droit de l'Union autorise à prendre en compte pour mettre en place des mesures correctrices ne sont pas, paradoxalement, dans une position équivalente. Certaines sont visibles, et le choix de leur révélation peut échapper au contrôle de l'individu, d'autres peuvent être dissimulées et il est alors nécessaire d'obtenir le concours de l'individu pour connaître son appartenance à la catégorie. On peut classifier la population en fonction de certaines, d'autres se refusent à toute collecte statistique systématique dans certains États.

**737.** Nous y voyons une importante difficulté de l'action positive et de son régime en droit de l'Union. Elle n'est vraisemblablement pas destinée à « profiter » à toutes les catégories

---

<sup>2246</sup> G. CALVÈS, « Le Comité Sabeg, une menace pour la démocratie », *Observatoire des inégalités*, 7 avril 2009, URL : [https://www.inegalites.fr/Le-Comite-Sabeg-une-menace-pour-la-democratie?id\\_mot=25](https://www.inegalites.fr/Le-Comite-Sabeg-une-menace-pour-la-democratie?id_mot=25)

<sup>2247</sup> F. HÉRAN, *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, La Documentation française, 5 février 2010, 265 p., en ligne.

<sup>2248</sup> Jean FOUGEROUSE parle de « l'indétermination intrinsèque » de l'âge par exemple, in « La discrimination à raison de l'âge », in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations, op. cit.*, p. 83.

discriminées de la même manière. La lutte contre les discriminations ethno-raciales et religieuses, en raison de l'histoire commune du continent européen, de la seconde guerre mondiale et de la Shoah, s'est inscrite profondément dans certains textes constitutionnels, comme ceux de l'Allemagne et de la France. Tous régimes conduisant à opérer des différences de traitement sur ces fondements, même au nom de l'objectif louable de l'égalisation des conditions de départ, ravivent des souvenirs collectifs douloureux. L'ampleur de ces discriminations, régulièrement rappelées par des statistiques<sup>2249</sup>, oblige toutefois à s'interroger sur l'efficacité de l'action législative se limitant à un principe de non-discrimination, sans mesures compensatrices ou préférentielles.

**Conclusion du Titre.** *Le champ d'application de l'action positive, révélateur de son manque d'unité.*

**738.** L'étendue de la dérogation, à la fois matérielle et personnelle, a été déterminée avec nombre de difficultés et d'incertitudes. Le choix des domaines de l'autorisation se révèle étroitement cloisonné par la répartition des compétences entre l'Union et les États et par les consensus que les États parviennent à faire émerger ou non, selon les motifs de discrimination. Les motifs de l'âge, du handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle se voient attribuer le champ d'application *ratione materiae* le plus restreint pour la seule raison qu'aucun consensus n'a été trouvé au Conseil de l'Union en vue de l'étendre. Le champ d'application personnel de l'action positive est, quant à lui, limité par les choix de motifs de l'article 19 du TFUE, et par les inégales possibilités de mise en œuvre de mesures d'action positive selon ces motifs. Si l'on peut s'efforcer de dégager des points communs entre les différents régimes d'action positive permis par le droit dérivé afin de parler d'un régime de l'action positive en droit de l'Union, l'étude de son champ d'application fait plutôt apparaître d'importantes fragmentations en son sein.

**739.** Son régime paraît toutefois plus homogène dans l'étude du contrôle juridictionnel des mesures adoptées par les États tel qu'il est exercé par le juge de l'Union. Ces mesures, lorsqu'elles prennent la forme de différences de traitement dérogatoires doivent être conciliées avec le principe de l'égalité de traitement. Le juge doit s'efforcer de « rechercher des points

---

<sup>2249</sup> Le 10<sup>e</sup> baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi du Défenseur des droits et de l'OIT publié en 2016 révèle que dans le monde professionnel français, les personnes les plus touchées par la discrimination restent les « femmes perçues comme noires, arabes ou asiatiques » (65% de l'échantillon), les « hommes perçus comme arabes, noirs ou asiatiques » (59% de l'échantillon) (Voir schéma p. 12).

d'équilibre, même si l'équilibre trouvé est périlleux et instable »<sup>2250</sup>, entre deux aspirations contraires. Ici, l'importance des motifs ou bénéficiaires de l'action s'efface et l'action positive ne souffre plus d'une fragmentation, mais d'une certaine instabilité liée à l'imprévisibilité de ces équilibres dégagés par le juge. Du fait des limites strictes que le juge lui impose, en vue de garantir le principe de l'égalité de traitement, l'action positive demeure une notion dont la portée, autant que la pertinence, peuvent paraître difficiles à saisir.

---

<sup>2250</sup> O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589.





## TITRE 2. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL STRICT DES MESURES D'ACTION POSITIVE DÉROGATOIRES

740. Les mesures d'action positive font partie de cet ensemble hétéroclite composé des différentes dérogations au principe de l'égalité de traitement et autres différences de traitement légitimes ou imposées par celui-ci. Comme nous l'avons vu, toutes les mesures d'action positive ne sont pas dérogatoires au sens où elles ne consistent pas forcément en un traitement préférentiel réservé à une catégorie d'individus. Néanmoins, les contrôles que la Cour de justice a eu l'occasion d'effectuer ont porté sur des mesures prenant la forme de différences de traitement, suspectes au regard de l'interdiction de discriminer sur l'un des six motifs. L'étude du contrôle juridictionnel se limite donc aux mesures d'action positive dérogatoires, étant donné qu'elles placent le juge face à un conflit, « résolu à l'occasion des cas d'espèce, en vertu de règles régulatrices, extérieures ou supérieures »<sup>2251</sup>. Nous avons vu que, d'un point de vue théorique, le législateur comme le juge avaient recours à l'égalité des chances pour réguler le conflit entre égalité de traitement et discriminations positives. Mais ceci ne suffit pas à résoudre pleinement et de manière opérationnelle la question centrale de notre étude : « dans quelle mesure le droit [de l'Union] est-il prêt à tolérer la discrimination "positive" à titre d'exception »<sup>2252</sup> ? La question est récurrente dans tous les contextes où elle est étudiée<sup>2253</sup>.

741. Puisque les « directives taisent la question des conditions concrètes auxquelles doivent satisfaire les actions positives pour être admises »<sup>2254</sup>, c'est au juge qu'il incombe « de vérifier que la "faveur" accordée ne dissimule pas un favoritisme pur et simple »<sup>2255</sup>. Pour opérer cette régulation entre règles antagonistes, le juge utilise, *in casu*, les outils de contrôle classiques qui irriguent non seulement le droit de la non-discrimination mais aussi bien d'autres champs

---

<sup>2251</sup> L. HEUSCHLING « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 85.

<sup>2252</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle. Les actions positives au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, p. 12.

<sup>2253</sup> Voir par exemple, dans le contexte français, J.-L. AUTIN, « Les discriminations compensatoires entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in P. DE DEKKER, J.-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 109 : « Mais jusqu'où aller dans cette voie et comment justifier l'atteinte ainsi portée au principe traditionnellement entendu ? ».

<sup>2254</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, et al. (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 194.

<sup>2255</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, p. 34.

du droit de l'Union. D'abord, les mesures d'action positive dérogatoires sont d'interprétation stricte, « pour ne pas dire restrictive »<sup>2256</sup>. Rappelons de nouveau que si « le principe d'égalité de traitement n'empêche pas » les États d'adopter ou maintenir de telles mesures<sup>2257</sup>, il ne les facilite certainement pas pour autant. « La prohibition de la discrimination serait un principe sans aucune valeur normative si l'on pouvait justifier n'importe quelle distinction en la qualifiant de mesure d'action positive »<sup>2258</sup>. La première conséquence de la conciliation avec le principe générale est donc l'interprétation stricte de la dérogation.

742. « On a du mal à penser la non-discrimination [...] sans les caractères de la différenciation opérée (sa rationalité, sa proportionnalité...) »<sup>2259</sup>. D'apparence, le juge suit un raisonnement parfaitement classique dans son contrôle des mesures d'action positive prenant la forme d'une différence de traitement. Il vérifie d'abord que les mesures sont bien légitimes dans le but poursuivi (Chapitre 1). Ensuite, le juge procède à un contrôle de proportionnalité comme dans le cadre de toute atteinte portée à un droit fondamental (Chapitre 2). Le juge fait-il preuve de « prudence et subtilité »<sup>2260</sup> dans ces contrôles, de sévérité ou de frilosité ? C'est ce que nous allons à présent traiter et ce qui nous permettra d'apporter la dernière pierre à notre édifice : définir l'action positive et son régime en droit de l'Union.

---

<sup>2256</sup> M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 93.

<sup>2257</sup> Article 7 §1 et §2 de la directive 2000/78 ; article 5 de la directive 2000/43 ; article 6 de la directive 2004/113.

<sup>2258</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 108.

<sup>2259</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 53.

<sup>2260</sup> S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination : quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 104.

# CHAPITRE 1. LE CONTRÔLE DE L'OBJECTIF DES MESURES D'ACTION POSITIVE

**743.** Dans la première partie, nous avons distingué deux catégories de mesures permettant d'instaurer des différences de traitement compatibles avec l'interdiction de discriminer. D'abord, des mesures non-déroatoires au principe de l'égalité qui sont obligatoires en vertu de celui-ci parce qu'elles prennent en considération une différence objective de situations. Ce n'est pas réellement le motif normalement interdit qui est visé, mais plutôt une situation particulière. Il s'agit des aménagements dans l'emploi en faveur du travailleur handicapé et de la femme enceinte, accouchée ou allaitante. La seconde catégorie se divise elle-même en deux sous-groupes<sup>2261</sup>. La première est celle que nous avons appelée « les dérogations apparentes », dans le sens où elles sont contrôlées comme des dérogations à l'interdiction de discriminer, alors qu'elles devraient puiser leur légitimité dans l'existence d'une différence de situations objectives. Elles ne sont pourtant qu'une faculté laissée aux États et ne sont pas obligatoires. Il s'agit des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Le dernier groupe est celui des dérogations à proprement parler, qui sont formellement des discriminations et ne sont justifiées que par l'objectif poursuivi par l'auteur de la différence de traitement. Seul le bien-fondé de l'objectif permet de valider de telles mesures. Pour cette dernière catégorie, l'on peut parler de « discriminations nécessaires », comme le sont les différences fondées sur l'âge qui servent un objectif de politique social particulier.

**744.** Les « discriminations positives », traitées de manière plus ou moins explicite comme des dérogations par le juge, appartiennent à la seconde catégorie. Nous avons précisément choisi le terme de « discrimination positive » pour nommer l'action positive dérogatoire parce qu'il permet de mettre en lumière son fondement de manière évidente : elle appartient à la catégorie des différences de traitement qui, bien que formellement identiques à des discriminations, sont autorisées du fait de la légitimité de l'objectif qu'elles poursuivent (Section 1).

---

<sup>2261</sup> Voir l'annexe 2. « Tableau récapitulatif. Les différences de traitement compatibles avec l'interdiction de discriminer », p. 539 et s.

745. Pour autant, nous pouvons nous interroger sur les raisons qui nous poussent à ne pas voir dans l'action positive une « dérogation en apparence », c'est-à-dire fondée en réalité sur l'absence de comparabilité des situations, comme c'est le cas de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Nous démontrerons pourquoi cette piste devait être écartée, en interrogeant le lien complexe entre action positive et critère de comparabilité (Section 2).

## Section 1. L'action positive justifiée par son objectif légitime

746. « Aucune règle n'est, en tant que telle, attentatoire au principe de non-discrimination. Celui-ci a simplement pour fonction d'imposer à l'auteur de la règle de justifier la différence de traitement qu'il a établie »<sup>2262</sup>. Le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme ne prévoit pas d'exception à l'interdiction de discriminer. Il a parfois été considéré, à tort<sup>2263</sup>, que la Cour européenne avait consacré une obligation positive d'adopter des mesures de discrimination positive dans l'arrêt *Thlimmenos*<sup>2264</sup>. Cet arrêt consacre en réalité, comme nous l'avons vu, la portée « bidimensionnelle » de l'interdiction de discriminer. Selon la Cour, le principe de non-discrimination est violé « lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »<sup>2265</sup>. Dans l'arrêt *Stec*<sup>2266</sup>, la Cour européenne voit clairement dans les mesures nationales de discrimination positive des différences de traitement suspectes, parmi d'autres, qui nécessitent à ce titre une « justification objective et raisonnable »<sup>2267</sup> et un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>2268</sup>.

---

<sup>2262</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 51.

<sup>2263</sup> C'est également l'avis de P. J. PARARAS, « La réticence européenne au regard des discriminations positives », in Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 453 ; de G. GONZALEZ, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 273-274 et de M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 53.

<sup>2264</sup> CEDH (GC), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97. Voir le commentaire de 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 », *RTD Civ.*, 2000, p. 434. Le problème vient, une fois de plus, de l'absence de consensus sur la notion de « discrimination positive », telle qu'elle est employée par l'auteur dans son commentaire.

<sup>2265</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>2266</sup> CEDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, 65900/01.

<sup>2267</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>2268</sup> *Ibid.*

747. Dans le droit de l'Union européenne, la discrimination positive est une dérogation prévue et l'objectif poursuivi est explicite. C'est parce qu'elle vise à « remédier aux inégalités de faits »<sup>2269</sup> selon l'ancienne formule, et « à assurer concrètement une pleine égalité »<sup>2270</sup>, voire « pleine égalité dans la pratique »<sup>2271</sup>, que l'action positive est compatible avec l'interdiction de discriminer (§1). Bien que nous ayons abordé la question de l'égalité des chances précédemment, il est nécessaire de revenir ici sur le sens de l'objectif fixé, en nous concentrant sur l'approche juridictionnelle et non théorique de celui-ci. C'est au contrôle en lui-même que nous nous intéresserons ensuite, car il présente certaines ambiguïtés (§2).

### §1) L'objectif d'instaurer « la pleine égalité »

748. En règle générale, le contrôle de l'objectif d'une mesure par le juge est celui qui vise à imposer « une certaine transparence dans l'exercice du pouvoir »<sup>2272</sup> législatif ou réglementaire. L'objectif d'assurer la « pleine égalité » dans la pratique est celui qui a supplanté l'objectif apparemment plus restrictif de promotion de l'égalité des chances que visait la directive 76/207. Pour autant, les développements sur l'égalité des chances ne sont pas à oublier, puisque la directive 2006/54 lui offre une place de choix dans son intitulé. La « pleine égalité » visée par les mesures d'action positive est *a minima* l'égalité des chances sur différents marchés, mais elle n'exclut pas l'idée d'une progression vers un objectif encore plus exigeant (A). Cet objectif se traduit aussi dans l'analyse contentieuse par un rejet catégorique de tout renforcement des déterminismes sociaux. Ainsi l'égalité des chances ou la pleine égalité porte l'ambition complémentaire d'améliorer l'intégration des individus sur les marchés, en les libérant autant que possible de leurs appartenances innées ou sociales (B).

---

<sup>2269</sup> Selon l'ancienne formule de l'article 2 §4 de la directive 76/207.

<sup>2270</sup> Selon l'article 157 §4 du TFUE.

<sup>2271</sup> Selon les différentes expressions que l'on trouve dans les directives 2000/78, 2000/43 et 2004/113.

<sup>2272</sup> M. SWEENEY, « La diversité des sources de l'exigence d'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 46.

### ***A) L'objectif a minima de promotion de l'égalité des chances sur le marché***

749. Dans notre première partie, nous avons adopté une approche très théorique de l'égalité des chances, en tant que règle conciliatrice permettant au législateur d'aménager la coexistence de la règle de l'égalité de traitement et l'action positive<sup>2273</sup>. Ici, nous allons concentrer notre attention sur le contrôle contentieux d'une telle notion, en tant qu'objectif présenté par l'auteur de la différence de traitement suspecte. L'on peut déjà noter qu'en l'absence de contentieux suffisamment important sur les bases juridiques de l'action positive les plus récentes, il est difficile de savoir s'il faut accorder ou non de l'importance à l'évolution de l'égalité des chances vers la « pleine égalité » dans la pratique (1). Ce qui demeure certain, c'est la nécessité de caractériser une situation de concurrence imparfaite résultant des discriminations subies par des catégories d'individus (2).

#### **1- L'ouverture possible de l'objectif de l'action positive**

750. Nous sommes tentés de voir dans les formulations récentes de l'action positive l'achèvement du mouvement de concrétisation du principe de l'égalité, déjà amorcé par la prohibition de la discrimination indirecte et de la discrimination matérielle en droit de l'Union européenne. Quoi de plus ambitieux et concret en effet que d'aspirer à « la pleine égalité dans la pratique »<sup>2274</sup>, au sens de l'article 7 de la directive 2000/78 ou article 5 de la directive 2000/43 ?

751. Le choix du législateur de renoncer à la référence à l'égalité des chances dans les dispositions sur l'action positive pourrait représenter une volonté d'ouverture de l'objectif de ces mesures, ou du moins suggérer un assouplissement du contrôle de proportionnalité<sup>2275</sup>. Il nous paraît néanmoins douteux que la Cour décide de renier à l'avenir toute son analyse développée sur la base de l'article 2 §4 de la directive 76/207, étant donné qu'elle la confirme encore dans des arrêts très récents et qu'elle avait déjà refusé d'opérer un changement avec

---

<sup>2273</sup> Voir notre développement aux §§ 346 à 360.

<sup>2274</sup> À ce sujet, nous notons que le protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 2000, relatif à l'interdiction générale de la discrimination, a introduit un fondement aux actions positives dans le système conventionnel européen. Selon l'alinéa 3 de son préambule, « le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une *égalité pleine et effective*, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ». On retrouve cet objectif de promotion d'une « pleine égalité ».

<sup>2275</sup> Nous aborderons cette question dans le chapitre suivant.

l'article 141 §4 du TCE (157 §4 du TFUE)<sup>2276</sup>. Toutefois, une telle possibilité n'est pas à exclure totalement et la Cour pourrait très bien considérer, à plus long terme, que les droits nationaux relatifs à la discrimination positive se généralisant et gagnant en ambition, le temps est venu d'admettre un objectif plus ambitieux aux actions positives. Des mesures dépassant le strict cadre de l'égalisation des conditions de départ pourraient alors passer le contrôle de validité du juge de l'Union. L'auteur de la mesure d'action positive pourrait parvenir à démontrer avec succès, un jour, que l'égalisation des conditions d'arrivée, fait partie de l'objectif de « pleine égalité ».

**752.** D'ailleurs, même dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 76/207, l'objectif de l'égalité des chances a vu fleurir quantité de formulations annexes et de périphrases visant à expliciter cet objectif poursuivi. L'avocat général Tesauro concluait que « l'article 2 §4 de la directive permet uniquement *d'éliminer les disparités de fait* dont souffrent les femmes, mais certainement pas au moyen de discriminations à rebours pures et simples »<sup>2277</sup>. La Cour de justice a maintes fois répété que les mesures d'action positive doivent viser « effectivement à éliminer ou à réduire les *inégalités de fait* pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »<sup>2278</sup>. Dans le cadre de la directive 2000/78, l'avocat général Bobek estime qu'elles peuvent chercher à « *compenser* un traitement moins favorable dans le passé »<sup>2279</sup>. Qu'elles soient passées ou présentes, un lien doit être fait entre l'objectif poursuivi par la mesure de discrimination positive et les inégalités de fait qui touchent ou ont touché la catégorie bénéficiaire. « La non-discrimination n'interdit pas de distinguer en droit pourvu qu'en fait l'inégalité régresse »<sup>2280</sup>.

**753.** Cette notion d'inégalité de fait ou inégalité sociale participe au phénomène de factualisation du droit caractéristique du droit de la non-discrimination<sup>2281</sup>. Il faut trouver, face à ce phénomène, une manière de ne pas « s'hypnotiser sur les particularités des hommes situés jusqu'à perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents, ou à l'inverse, de se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle en

---

<sup>2276</sup> Voir notre analyse aux §§ 321 à 234.

<sup>2277</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93. Nous soulignons.

<sup>2278</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 26 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 32 ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, C-319/03, pt 22 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt 47. Nous soulignons.

<sup>2279</sup> Conclusions de l'avocat général M. Michal BOBEK présentées le 25 juillet 2018, aff. C-193/17, pt 106.

<sup>2280</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55.

<sup>2281</sup> J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 68 : « L'État doit l'encourager concrètement, redresser effectivement les disparités naturelles ou sociales, éliminer les obstacles, en particulier non juridiques, à une réelle égalité ».

négligeant les obstacles que les inégalités de fait opposent à l'épanouissement de la personne »<sup>2282</sup>. Voilà sans doute une manière pertinente de résumer l'équilibre qu'entend ménager l'égalité des chances et que doit respecter l'auteur d'une différence de traitement justifiée par l'action positive. La sociologie nous apprend que les inégalités sociales sont des différences entre individus ou groupes sociaux portant sur des avantages ou des désavantages dans l'accès à des ressources socialement valorisées. Ces inégalités sociales ne sauraient se réduire ni aux seules disparités d'ordre économique, ni à une simple question de répartition des droits. Pour savoir s'il est face à des inégalités de fait, le juge de l'Union cherche en fait à caractériser une situation de concurrence imparfaite entre les individus sur un marché particulier.

## **2- L'objectif implicite de compensation d'une situation de concurrence imparfaite**

**754.** Dans l'affaire *Marschall*, où la Cour avait validé le dispositif allemand en cause, les observations du Land et d'autres États intervenants sont révélatrices. D'abord, « la règle de priorité prévue par cette disposition introduit un critère supplémentaire de promotion, à savoir la qualité de femme, qui vise à neutraliser la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent les candidats féminins par rapport à leurs concurrents masculins. À qualifications égales, l'employeur aurait en effet tendance à promouvoir un homme plutôt qu'une femme, du fait de l'application de certains critères traditionnels de promotion défavorisant en pratique les femmes, tels que l'âge, l'ancienneté et la considération que le candidat est chef de famille assurant seul le revenu du ménage »<sup>2283</sup>. Ensuite, le Land observait « que la priorité accordée aux candidats féminins vise à faire contrepoids aux critères traditionnels de promotion sans toutefois les supplanter. Le gouvernement autrichien [intervenant dans la procédure] considère qu'une règle nationale, telle que celle en cause, est destinée à corriger des processus discriminatoires de sélection du personnel »<sup>2284</sup>. « Les gouvernements finlandais, suédois et norvégien ajoutent que la règle nationale en cause favorise l'accès des femmes à des postes de responsabilité et contribue ainsi à rééquilibrer les marchés de travail qui, dans leur état actuel, sont encore largement cloisonnés en fonction du sexe en ce qu'ils concentrent le travail féminin dans les postes inférieurs de la hiérarchie professionnelle. Selon le gouvernement finlandais,

---

<sup>2282</sup> J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discriminations 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, T. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343.

<sup>2283</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 4.

<sup>2284</sup> *Ibid.*, pt 15.



l'expérience du passé montre notamment que les actions se bornant à intervenir sur l'orientation et la formation professionnelles des femmes ou sur la répartition des responsabilités professionnelles et familiales ne suffisent pas pour mettre fin à ce cloisonnement des marchés de travail »<sup>2285</sup>. Ces très longues citations mettent en valeur l'idée commune et univoque que les États se font des mesures de discrimination positive. La concurrence entre les individus est biaisée ou imparfaite dans telle situation ou sur tel marché, une intervention des pouvoirs publics est nécessaire en vue de la rétablir.

**755.** Le droit de l'Union ne préjuge en rien de la forme de la mesure apte à corriger cette imperfection, mais il exige que tel soit l'objectif poursuivi. « L'action repose, au départ, sur le constat de disparités de fait, préalables et objectives, qui empêchent de réaliser l'égalité des chances entre les individus »<sup>2286</sup>, afin « d'améliorer les capacités de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité »<sup>2287</sup> avec les autres. « La notion de discrimination n'a de sens qu'appliquée à une situation de concurrence pour des biens rares, appropriables par une seule personne à la fois mais convoités par plusieurs »<sup>2288</sup>, elle « n'est absolument pas dirigée contre les règles du marché »<sup>2289</sup>. La discrimination positive, sous le contrôle du juge de l'Union, n'est pas davantage tournée contre ces règles.

**756.** Telle est bien l'idée de l'avocat général Maduro, pour qui « l'adoption de mesures de type compensatoire est indispensable au regard du fait que l'application, sur une base non discriminatoire, des règles sociétales actuelles est structurellement biaisée en faveur des membres des groupes surreprésentés »<sup>2290</sup>. Prenons l'exemple de l'arrêt *Lommers*, dans lequel était en cause la décision du Ministère de l'Agriculture néerlandais de réserver les places dans une garderie subventionnée aux enfants de fonctionnaires féminins<sup>2291</sup>. Nous sommes effectivement dans une situation de concurrence entre les fonctionnaires masculins et féminins du Ministère pour obtenir une ressource limitée : une place en garderie subventionnée pour ses enfants. Si l'on établit qu'il existe un lien plutôt défavorable entre le fait d'avoir des enfants en bas âge à sa charge et le fait de s'investir pleinement dans sa carrière, alors le fait d'accorder

---

<sup>2285</sup> *Ibid.*, pt 16.

<sup>2286</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 99.

<sup>2287</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.*, pt 27.

<sup>2288</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 51.

<sup>2289</sup> G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 37.

<sup>2290</sup> Conclusion de l'avocat général M. M. POIARES MADURO présentées le 29 juin 2004, aff. C-319/03, pt 49.

<sup>2291</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*

en priorité lesdites places en garderie aux femmes aura pour effet de les avantager dans la poursuite de leur carrière, au détriment des hommes ayant à leur charge des enfants en bas âge.

**757.** Selon la jurisprudence de la Cour, l'auteur de la discrimination positive doit apporter la preuve de l'absence de concurrence véritable, au sens de libre et non faussée, sur le marché. En l'espèce, il devait mettre en évidence que le jeu de la concurrence ne s'exerçait pas librement entre les fonctionnaires féminins et masculins au sein du Ministère, étant donné les *inégalités de fait* dans la répartition de la charge relative à l'éducation des enfants, au détriment des femmes. Dans ce cas la mesure correctrice est légitime et justifie que l'on écarte l'application du principe d'égalité de traitement. « Commence alors pour le juge, tout un travail d'analyse, qui cherche à évaluer la manière dont se trouve justifiée (ou non), la suspension des normes d'attribution du bien »<sup>2292</sup>, c'est-à-dire, en principe, sur la base de l'égalité de traitement entre les travailleurs.

**758.** Le requérant au principal dans l'affaire *Lommers* fit justement valoir que le Ministère de l'Agriculture « n'avait pas démontré que le nombre de femmes restant en fonction après leur congé de maternité avait augmenté grâce au système subventionné de garderie mis en place »<sup>2293</sup>. La Cour s'appuya également sur l'avis d'une Commission « égalité de traitement » nationale établissant qu'une « insuffisance avérée de structures d'accueil adéquates et abordables pour les enfants est de nature à inciter plus particulièrement les travailleurs féminins à renoncer à leur emploi »<sup>2294</sup>. D'ailleurs, pour le cas spécifique de l'égalité entre les sexes, la recommandation 84/634/CEE du Conseil précisait que la lutte contre les inégalités de fait signifie « éliminer ou compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes qui travaillent ou qui cherchent un emploi, résultent d'attitudes, de comportements et de structures fondées sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles »<sup>2295</sup>. Ce point précis est transposable en dehors de l'égalité entre hommes et femmes, car on peut imaginer qu'il existe aussi une forme de « répartition traditionnelle des rôles » liée à d'autres motifs que le sexe.

**759.** En définitive, les inégalités de fait résultant de comportements discriminatoires sont considérées comme des facteurs qui biaisent la concurrence entre travailleurs ou individus sur le marché. L'on admet de la distordre une nouvelle fois pour supprimer ou atténuer ces biais.

---

<sup>2292</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.*, p. 52.

<sup>2293</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*, pt 20.

<sup>2294</sup> *Ibid.*, pt 37. Elle renvoie aussi aux 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> considérants de la recommandation n° 92/241/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants, JO L 123, p. 16).

<sup>2295</sup> Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (JO L 331, p. 34).

« Sont considérés comme des actions positives tous les actes, qu'ils soient prévus au niveau législatif ou administratif, qui instituent des instruments en faveur d'un groupe spécifique désavantagé (pour des raisons naturelles ou historiques) afin de lui assurer une égalité des chances au niveau social »<sup>2296</sup>. C'est par exemple le fait que « l'un des candidats peut tout simplement avoir été confronté à de plus grandes difficultés que l'autre pour l'acquisition de ses qualifications »<sup>2297</sup> qui justifiera une action positive en faveur du candidat pour faciliter l'acquisition desdites qualifications à l'avenir.

**760.** La place des règles relatives à la concurrence<sup>2298</sup> dans le droit de l'Union, historiquement notamment<sup>2299</sup>, explique que l'objectif de l'action positive ait été lui-même lié à celles-ci, à travers l'égalité des chances. Comme pour la plupart des dispositifs mis en place par le législateur de l'Union en matière sociale, on retrouve cette imbrication presque totale entre le domaine social et économique. Les règles sociales apparaissent autant comme des moyens de sauvegarder le « libéralisme régulé »<sup>2300</sup> et le fonctionnement loyal du marché intérieur, que comme des outils destinés à améliorer les conditions de vie et de travail des individus<sup>2301</sup>. Pierre Rodière se demande même si les premières directives en matière sociale auraient vu le jour « si elles n'avaient pas d'abord et avant tout intéressé la politique économique, le droit de la concurrence plus précisément »<sup>2302</sup>. Cette même idée est défendue à propos de *l'affirmative action* aux États-Unis. Elle « ne vise pas à aider tel ou tel groupe, mais à purifier le fonctionnement d'un marché de l'emploi qui n'est pas encore normé par la seule prise en considération des mérites et talents individuels »<sup>2303</sup>.

**761.** La Cour de justice a d'ailleurs eu l'occasion de faire explicitement le lien entre les règles de concurrence, le « bien-être dans l'Union »<sup>2304</sup> et l'intérêt général. Cette « valorisation du marché en tant que source de bien-être collectif »<sup>2305</sup> est un marqueur de la construction

---

<sup>2296</sup> Conclusions de l'avocat Général M. Antonio SAGGIO présentées le 10 juin 1999, aff. C-158/97, pt 20.

<sup>2297</sup> Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pt 30.

<sup>2298</sup> Depuis le Traité de Lisbonne, le marché intérieur figure parmi les « objectifs de l'Union », article 3 §3 TUE et le protocole n° 27 annexé aux Traités est dédié à la concurrence non faussée.

<sup>2299</sup> Voir C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149-188.

<sup>2300</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>2301</sup> Voir à ce sujet l'analyse que fait F. BENOÎT-ROHMER de la place de la « liberté d'entreprendre » dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in « Économie de marché et liberté d'entreprise dans l'Union européenne », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 3-22.

<sup>2302</sup> P. RODIÈRE, « Compétences et incompétences législatives de l'Union », in S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT, P. RODIÈRE, *Les frontières de l'Europe sociale*, op. cit., p. 19.

<sup>2303</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, op. cit., p. 38.

<sup>2304</sup> CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52-09, pt 22.

<sup>2305</sup> C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 185.

européenne et l'action positive s'inscrit assez logiquement dans une telle perspective. Ainsi, les règles sociales, de même que les droits fondamentaux<sup>2306</sup>, se sont inscrites « avant tout dans la logique économique et concurrentielle »<sup>2307</sup>, elle-même recherchant la préservation des intérêts sur le marché intérieur. L'égalité des chances remplit ce rôle en ce qui concerne l'action positive et il n'est guère certain que ce « seuil » ou « concept restreint », selon la Cour elle-même, soit un jour dépassé.

**762.** Dans cette perspective de performance économique du marché, l'action positive ne saurait avoir pour effet de renforcer des inégalités de fait qu'il faudrait au contraire neutraliser, pour rétablir la concurrence par les mérites. Si la discrimination est « un exercice d'exclusion »<sup>2308</sup>, la discrimination positive ne saurait être qu'un outil d'inclusion, destiné à améliorer l'intégration des individus au marché du travail. En étudiant ce que la « pleine égalité » n'est pas selon la Cour de justice, on comprendra encore mieux ce qu'elle est. L'objectif de l'égalité des chances contient une dimension implicite de liberté et d'émancipation individuelle qui passe par l'intégration à l'emploi et au travail que le juge tient à protéger.

### ***B) L'objectif complémentaire de faciliter l'intégration au marché***

**763.** L'outil qu'est l'action positive est ainsi fortement imprégné de l'ambition intégrative du droit de l'Union, « conforme à l'idée de justice sociale et aux exigences de l'intégration européenne au niveau non seulement de l'économie mais aussi des peuples »<sup>2309</sup>. L'intégration des travailleurs et travailleuses sur un pied d'égalité, de la proclamation de l'égalité de rémunérations en 1957 jusqu'à la directive 2010/41, est un objectif constant, même s'il a évolué. L'objectif de la lutte contre les discriminations est devenu de « protéger les agents économiques contre eux-mêmes, en évitant qu'ils se rendent coupables de comportements irrationnels car fondés sur le préjugé »<sup>2310</sup>. L'action positive, dans le domaine de l'emploi et du

---

<sup>2306</sup> S. CRUZON, « Fundamental Rights and the Internal Market », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109-129.

<sup>2307</sup> J. GOETSCHY, « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, op. cit., p. 178.

<sup>2308</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, et al. (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 179.

<sup>2309</sup> Conclusions de l'avocat général M. TRABUCCHI, présentées le 10 juin 1975, aff. 7/75.

<sup>2310</sup> O. de SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001, p. 22.

travail, perpétue cette ambition intégrative originelle des catégories sous-représentées ou discriminées. En réparant le biais à la libre concurrence, on espère amener le maximum de travailleurs autrefois exclus vers l'emploi et développer ainsi le marché intérieur, et conséquemment, le bien-être dans l'Union.

**764.** Cet objectif a permis à la Cour de justice de poser une limite stricte au « concept restreint d'égalité des chances », limite qui sera certainement reprise dans la jurisprudence sur les directives en vigueur. L'action positive ne saurait servir de fondement au maintien ou à l'adoption de mesures qui sont « plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes »<sup>2311</sup>. Plus généralement, toute mesure qui a pour but ou pour effet de renforcer les inégalités de fait qui biaisent la concurrence au lieu de les combattre, est invalide. La Cour cherche à débarrasser les individus de toute entrave à l'exercice de leur libre-choix, celui de choisir son mode de vie et de mener sa carrière dans les meilleures conditions. Nous y voyons un rejet des mesures renforçant les « déterminismes »<sup>2312</sup> sociaux incompatibles avec l'intégration selon le juge (1). Nous y voyons aussi les prémices d'une lutte active contre les stéréotypes comme sources de discriminations (2).

### **1- Le rejet des mesures renforçant les « déterminismes » sociaux**

**765.** Il est évident que l'auteur de la différence de traitement suspecte ne revendiquera jamais qu'il cherche à maintenir ou créer un dispositif discriminatoire qui entrave la liberté individuelle sur le marché du travail ou ailleurs. Dans certains cas examinés par la Cour de justice, malgré un objectif louable affiché par l'auteur de la différence de traitement, elle put juger qu'il s'était en quelque sorte « trompé de méthode » et que l'effet produit n'était pas cohérent par rapport à l'objectif poursuivi. La frontière est indiscutablement très ténue entre le contrôle de l'objectif et celui de l'adéquation de la mesure pour réaliser l'objectif, qui relève plutôt du contrôle de proportionnalité<sup>2313</sup>. Toutefois, la Cour ne distingue pas toujours les différentes étapes de son contrôle de manière évidente, surtout lorsqu'elle qualifie la différence de traitement de discrimination directe ou indirecte. Il nous semble malgré tout que, la Cour

---

<sup>2311</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, *op. cit.*, pt 41 ; CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 36 ; CJUE, 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, C-222/14, pt 50.

<sup>2312</sup> Nous empruntons ce terme à la théorie sociologique. Voir « Déterminisme », dans R. BOUDON, F. BOURRICAUD (dir.), *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 2011, pp. 160-167.

<sup>2313</sup> Voir le dernier chapitre de notre thèse.

présentant cet aspect plutôt au tout début de son raisonnement, et non comme une seconde phase dédiée à la proportionnalité, nous pouvons l'intégrer au contrôle de l'objectif lui-même.

**766.** « Le défi majeur des actions positives revient à traiter les inégalités sans sacrifier la liberté de chacun »<sup>2314</sup>. En sociologie, le déterminisme social est l'hypothèse selon laquelle la société, ses normes, institutions et structures, influencerait les individus au point que ceux-ci ne pourraient que reproduire les comportements individuels passés<sup>2315</sup>. La Cour ne parle pas explicitement de déterminisme social, mais a estimé que certaines mesures qui se veulent destinées « à abolir une inégalité de fait » pouvaient « également risquer de contribuer à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes »<sup>2316</sup>, en maintenant « les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale »<sup>2317</sup>. Cette inégale répartition des rôles en fonction des sexes dans la société est une forme de déterminisme que la Cour cherche à éradiquer et que l'action positive ne doit pas contribuer à pérenniser.

**767.** La Cour a évolué progressivement sur ces questions, et nous oserons dire qu'elle « revient de loin »<sup>2318</sup>. Mais depuis 1988<sup>2319</sup>, les mesures perpétuant une répartition figée des rôles entre hommes et femmes, dans la parentalité notamment, sont systématiquement censurées par la Cour de justice. Elle a affirmé plusieurs fois que « la situation d'un travailleur masculin ayant la qualité de parent et celle d'un travailleur féminin ayant également cette qualité sont comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants »<sup>2320</sup>. Pour cette raison, la Cour considéra, dans les arrêts *Griesmar*, *Roca Alvarez* et *Maistrellis*, que les mesures de discrimination positive en cause étaient « loin d'assurer concrètement une pleine égalité entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle »<sup>2321</sup>. Il faut noter toutefois que l'arrêt *Lommers*<sup>2322</sup> représente un cas un peu particulier au sein de cette jurisprudence, puisque la Cour

---

<sup>2314</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 236.

<sup>2315</sup> Dans son ouvrage *Les Règles de la méthode sociologique* de 1895, Emile DURKHEIM définit les faits sociaux comme « des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui ». Voir *Les Règles de la méthode sociologique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2007, p. 5.

<sup>2316</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*, pt 41.

<sup>2317</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 36.

<sup>2318</sup> Voir par exemple notre développement sur l'arrêt *Johnston* dans le cadre des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. § 82-83.

<sup>2319</sup> CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, C-312/86, pt 14.

<sup>2320</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Maistrellis*, *op. cit.*, pt 47 ; CJCE, 29 novembre 2001 *Griesmar*, C-366/99, pt 56 ; CJCE, 26 mars 2009, *Commission/Grèce*, C-559/07, pt 69.

<sup>2321</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Maistrellis*, *op. cit.*, pt 50 ; CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, *op. cit.*, pt 36.

<sup>2322</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

a validé, comme nous l'avons rappelé plus haut, une mesure avantageant les travailleuses dans l'exercice de la parentalité<sup>2323</sup>. C'est sans doute l'adaptabilité du dispositif – toute urgence pour un travailleur père pouvait faire l'objet d'une appréciation par l'employeur – qui permit à cette discrimination positive de trouver grâce aux yeux de la Cour. Mais cet aspect relève de la question de la proportionnalité des mesures, que nous étudions dans le chapitre suivant.

**768.** Hormis ce cas exceptionnel, on peut dire que l'égalité des chances entre hommes et femmes implique « le libre choix entre le foyer et le travail »<sup>2324</sup>, pour les femmes autant que pour les hommes d'ailleurs. La Cour réfute l'idée répandue qu'il « existe un "lien spécial" entre la mère et l'enfant, en dehors de celui auquel croit la société »<sup>2325</sup>. La protection de la femme accouchée, allaitante et jeune mère doit se limiter à la protection d'une condition biologique et non la perpétuation d'une répartition des rôles socialement construite. On peut même penser que la Cour européenne des droits de l'Homme a été influencée par la Cour de justice sur ce point<sup>2326</sup>, quand elle rejeta fermement en 2012, dans l'arrêt *Konstantin Markin*, « l'argument selon lequel les femmes ont un rôle social particulier à jouer dans l'éducation des enfants » et qu'elle admit que, « loin de corriger un handicap dont souffriraient depuis toujours les femmes, une politique donnant seulement à celles-ci le droit de prendre un congé parental ne ferait que perpétuer les stéréotypes liés aux sexe ainsi que les inégalités et difficultés découlant du rôle traditionnel des femmes consistant à rester au foyer pour s'occuper des enfants au lieu d'exercer une activité professionnelle rémunérée »<sup>2327</sup>. En fin de compte, il est désormais admis devant les juges de Strasbourg que « des références aux traditions, présumés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe »<sup>2328</sup>.

**769.** Le libre choix est protégé et les déterminismes sociaux sont boutés hors des cours européennes. De telles prises de position sont-elles exemptes de critiques au regard de la mise en œuvre de la discrimination positive ? Nous avons expliqué qu'elle devait servir à compenser des inégalités de fait, résultant des comportements discriminatoires, faussant la concurrence

---

<sup>2323</sup> *Ibid.*, pt 11 : « Les services de garde d'enfants sont, en principe, réservés exclusivement aux collaboratrices du Ministère, sous réserve de cas d'urgence, qui relèvent de l'appréciation du directeur ».

<sup>2324</sup> J. MOULY, *Droit du travail*, 6<sup>e</sup> éd., Rosny-sous-Bois, Bréal, 2012, p. 123.

<sup>2325</sup> C. BOVIS, C. CNOSEN, « Stereotyped Assumptions versus Sex Equality: A Socio-Legal Analysis of Equality Laws in the European Union - Part 1 », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 12, n° 1, 1996, p. 19.

<sup>2326</sup> On doit même le penser puisque la Cour européenne renvoie aux arrêts *Griesmar* et *Roca Alvarez* de la Cour de justice de l'Union, §§ 65-70 de CEDH, (GC) 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06.

<sup>2327</sup> CEDH (GC) 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 104.

<sup>2328</sup> *Ibid.*, § 127.

méritocratique. La Cour de justice accepte que les femmes soient prioritairement embauchées par exemple, lorsque la preuve est apportée d'un déséquilibre objectif de représentation dans la sphère professionnelle considérée. En revanche, elle refuse presque toujours que la parentalité puisse être le lieu de déséquilibres objectifs entre les hommes et les femmes justifiant des mesures compensatoires et préférentielles, parce qu'elles excluent les hommes. La discrimination produite pour les hommes est acceptable dans le premier cas, intolérable dans le second. Pourtant, les déséquilibres sur l'exercice de la parentalité peuvent faire l'objet de démonstration objective (grâce au recueil de statistiques souvent produites par les États notamment) tout autant que les déséquilibres en termes de représentation dans la sphère professionnelle.

**770.** La seule explication de ces divergences d'appréciation est la volonté des juges d'émanciper les individus, laquelle passe par l'intégration au marché, notamment du travail. L'égalité des chances doit servir cette intégration et non contribuer à l'exclusion de celles et ceux qui ont déjà des difficultés d'accès particulières. En conséquence de l'individualisation<sup>2329</sup> des droits fondamentaux, « l'individu ne supporte plus aucune prédétermination et entend disposer entièrement de son être »<sup>2330</sup>. L'embauche, la formation ou la promotion, sont autant de leviers pour améliorer la carrière professionnelle. Assumer seul toute la charge de la parentalité est en revanche un facteur qui rend l'intégration au travail plus ardue. Les premiers facilitent l'accès à l'emploi, le second produit ou renforce une inégalité sociale. Een filigrane de cette analyse se trouve l'idée que les stéréotypes négatifs à l'encontre de certaines catégories d'individus concourent à leur exclusion. Du rejet des mesures accentuant le déterminisme social à la lutte active contre les stéréotypes, il semble n'y avoir qu'un pas. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a d'ailleurs franchi avec l'arrêt *Konstantin Markin* précité, où la discrimination est établie en l'absence d'objectif légitime, elle-même démontrée par l'existence de stéréotypes liés au sexe<sup>2331</sup>.

---

<sup>2329</sup> Celle-ci est critiquée par exemple par B. MATHIEU, in « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 455. Il emploie même l'expression critique de « l'hyper-individualisation » des droits fondamentaux.

<sup>2330</sup> *Ibid.*

<sup>2331</sup> Voir A. TIMMER, « Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 11, n° 4, pp. 707-738 et D. THARAUD, « Le refus d'octroyer un congé parental au père : quand la Cour européenne des droits de l'Homme décide de pourfendre les stéréotypes », *RDSS*, n° 6, 2012, pp. 1041-1048.



## 2- Les prémices d'une lutte active contre les stéréotypes

771. S'intéresser au rôle des stéréotypes négatifs qui existent contre certaines catégories d'individus dans la naissance des discriminations ne va pas de soi en droit. Le stéréotype n'est *a priori* pas un outil juridique mais bien sociologique ou psychologique<sup>2332</sup>. La Cour a de nombreux exemples au niveau international qui pourraient l'influencer pour prendre cette voie audacieuse (a). Elle montre pour l'heure des réserves que nous tenterons de comprendre (b).

### *a- Les influences internationales*<sup>2333</sup>

772. Cette dimension de la lutte contre les discriminations a intégré assez largement le droit international des droits de l'Homme. D'abord comme nous l'avons vu, la Cour européenne a expressément établi que « les stéréotypes liés au sexe [...] ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante [d'une] différence de traitement, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle »<sup>2334</sup>. Dans l'affaire *Aksu contre Turquie* du 15 mars 2012, la grande chambre avait abordé la question des stéréotypes ethniques à l'encontre des Roms, mais sous l'angle de l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale et non de l'article 14 interdisant la discrimination<sup>2335</sup> et n'avait *in fine* pas condamné l'État turc. La Cour demandait

---

<sup>2332</sup> Si le terme de « stéréotype » existe depuis le XVIIIème siècle dans le domaine de l'imprimerie, c'est Walter LIPPMANN, dans son œuvre *Public Opinion* en 1922, qui l'utilise pour la première fois dans son acception psychologique. Le terme est utilisé pour désigner les images mentales qu'un individu se construit au sujet d'un groupe de personnes, qu'il entend unifier selon des caractéristiques communes. (W. LIPPMANN, *Public opinion*, Paris, Broché, 1997, 272 p.).

<sup>2333</sup> Il existe également des influences autres : la Cour Suprême canadienne a par exemple eu l'occasion d'affirmer que l'interdiction de la discrimination par la Charte canadienne des droits et libertés avait pour but d'empêcher « l'imposition de désavantages », les « stéréotypes » et « préjugés politiques ou sociaux », *in Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, (1999) 1 RCS 497, § 51.

<sup>2334</sup> CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, *op. cit.*, § 143.

Déjà dans l'arrêt CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, les requérants alléguaient qu'ils avaient été révoqués de l'armée de l'air britannique au seul motif de leur homosexualité, à la suite d'une enquête menée sur eux. Cette révocation constituerait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pris isolément et combiné avec l'article 14. La Cour européenne avait relevé l'existence d'un contexte au sein de l'armée d'« attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles » (§ 97). Ces attitudes « correspond[ant] aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits » des requérants. La Cour conclut donc à une violation de l'article 8, mais n'examina pas la plainte d'une violation de cet article combiné à l'article 14 (§§ 114-116).

<sup>2335</sup> CEDH (GC), 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n° 4149/04 et 41029/04. Cette solution de la grande chambre était d'ailleurs différente sur ce point de celle de la chambre, CEDH, 27 juillet 2010, *Aksu c. Turquie*, n°4149/04 et 41029/04, qui avait retenu le grief fondé sur l'article 14. Nicolas HERVIEU estimait que pour cette raison, la condamnation restait ambivalente. *In* « La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et Tsiganes » *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 mars 2012.

tout de même aux États de « promouvoir l'esprit critique des élèves et leur fournir les outils nécessaires pour identifier et pour réagir aux stéréotypes »<sup>2336</sup>. La Cour européenne a poursuivi cet élan à l'occasion de l'arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais* du 25 juillet 2017<sup>2337</sup>, qui permet « d'affiner la politique jurisprudentielle de la Cour sur la méthode à employer quand il s'agit d'identifier et de sanctionner les stéréotypes »<sup>2338</sup>. C'est cette fois la « conception traditionnelle de la sexualité féminine comme essentiellement reliée à l'objectif de procréation »<sup>2339</sup> qui est au cœur de l'arrêt, considéré comme ayant une portée théorique majeure<sup>2340</sup>.

773. Au niveau de l'ONU ensuite, plusieurs Traités contiennent une disposition spécifiquement consacrée à la lutte contre les stéréotypes<sup>2341</sup>. L'article 5 de la CEDAW oblige par exemple les États parties à prendre les mesures appropriées pour :

- « a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio- culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ;
- b) Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

Le paragraphe b) n'est pas sans rappeler la position de la Cour de justice de l'Union quand elle estime que des mesures écartant les hommes du bénéfice du congé parental au profit des seules femmes ne constituent pas des actions positives mais des discriminations directes, en ce qu'elle perpétue une répartition jugée traditionnelle des rôles entre les sexes<sup>2342</sup> au lieu de corriger une telle répartition. Si l'on conjugue discrimination positive et lutte contre les stéréotypes, l'action positive devrait plutôt consister à inciter les hommes à recourir au congé parental, et non à le réserver aux femmes.

---

<sup>2336</sup> *Ibid.*, § 85

<sup>2337</sup> CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15.

<sup>2338</sup> L. BURGOGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (janvier-juillet 2017) », *AJDA*, 2017, p. 1768.

<sup>2339</sup> CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15, § 52.

<sup>2340</sup> Voir REGINE, « Droit et genre », *D.*, 2018, p. 919.

<sup>2341</sup> Respectivement dans les trois Conventions citées, il s'agit de l'article 5 ; l'article 7 et l'article 8.

<sup>2342</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, C-222/14.

774. La Commission interaméricaine des droits de l'Homme participe et précède même largement cette tendance juridique novatrice. Dans la décision *Morales de Sierra contre Guatemala*<sup>2343</sup> de 2001, elle relevait que le Code Civil guatémaltèque contenait des notions stéréotypées sur le rôle des hommes et des femmes, qui perpétuaient *de facto* une discrimination à l'encontre des femmes. En conséquence, les hommes se trouvaient empêchés de remplir leur rôle dans la sphère du mariage et de la famille<sup>2344</sup>. En 2012, c'est au tour de la Cour interaméricaine de condamner les stéréotypes liés au sexe, dans l'affaire *Atala Riffo et filles contre Chili*<sup>2345</sup>. Elle y rejette la conception traditionnelle du rôle social des femmes – cantonné à la maternité –, et le stéréotype selon lequel une femme devrait donner la priorité à l'éducation de ses enfants, au détriment d'autres aspects essentiels de son identité<sup>2346</sup>. Les juges de l'Union restent étonnamment en retrait face à ce mouvement jurisprudentiel international.

*b- La réserve des juges de l'Union*

775. La Cour de justice n'a pas encore affirmé de manière explicite que l'utilisation de stéréotypes fondés sur l'un des motifs protégés était de nature à constituer une discrimination<sup>2347</sup>. Le terme ou d'autres formulations proches avait parfois surgi dans des conclusions d'avocats généraux<sup>2348</sup> et des développements intéressants sont apparus dans la jurisprudence à propos des demandeurs d'asile homosexuels<sup>2349</sup>. Plus récemment, l'avocate générale Juliane Kokott, dans ses conclusions présentées pour l'affaire *G4S Secure Solutions*, a envisagé cette voie. Pour elle, l'interdiction de porter des signes ostentatoires religieux ou convictionnels dans l'entreprise en cause aurait dû être considérée différemment par le juge s'il

<sup>2343</sup> Com. IDH, 19 janvier 2001, *Morales de Sierra c. Guatemala*, 11.625, rapport n° 4/01.

<sup>2344</sup> *Ibid.* § 44. Voir le commentaire de R. J. COOK, S. A. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2009, dans le deuxième chapitre « Naming Gender Stereotyping ».

<sup>2345</sup> Cou. IDH, 24 février 2012, *Atala Riffo c. Chili*, Série C, n° 239.

<sup>2346</sup> *Ibid.*, § 140 : « the Court considers that to require the mother to limit her lifestyle options implies using a "traditional" concept of women's social role as mothers, according to which it is socially expected that women bear the main responsibility for their children's upbringing and that in pursuit of this she should have given precedence to raising her children, renouncing an essential aspect of her identity ».

<sup>2347</sup> D. ROMAN, « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit » in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 101.

<sup>2348</sup> Par exemple, l'avocat général M. Georges COSMAS dans ses conclusions présentées le 8 octobre 1998, aff. C-50/96 ; C-234/96 et C-235/96 ; C-270/97 et C-271/97, pt 85 : il parle « de travailleurs qui faisaient systématiquement l'objet de discriminations fondées sur le sexe, en règle générale les travailleurs féminins, du fait des structures traditionnelles et des stéréotypes existant encore dans nos sociétés » ; l'avocat général M. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER dans ses conclusions présentées le 27 novembre 2007, aff. C-506/06, évoque le « stéréotype » de la « présumée faiblesse du sexe féminin » (note n° 29).

<sup>2349</sup> Nous renvoyons à notre article A. de TONNAC, « Les stéréotypes saisis par le juge européen en matière d'asile », *RDLF*, chron. n° 28, 2015, en ligne.

s'était avéré qu'elle reposait sur « des stéréotypes ou des préjugés contre une ou plusieurs religions données, ou même contre les convictions religieuses en général. Il [aurait fallu] alors sans aucun doute constater l'existence d'une discrimination directe sur la base de la religion »<sup>2350</sup>. Elle concluait que « l'interdiction faite à une travailleuse de religion musulmane de porter un foulard islamique au travail ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion [...] si cette interdiction [...] ne repose pas sur des stéréotypes ou des préjugés relatifs à une ou plusieurs religions déterminées ou aux convictions religieuses en général »<sup>2351</sup>. La Cour n'a pas repris ce pan de l'analyse de l'avocate générale pourtant très intéressant.

776. Sans doute l'interdiction générale du travail de nuit des femmes avait-elle été jugée discriminatoire par la Cour dans l'arrêt *Stoeckel*<sup>2352</sup> afin de ne pas entériner un stéréotype paternaliste qui apparaissait implicitement dans les justifications de l'État français : les femmes seraient par nature plus vulnérables et moins capables d'assurer un travail de nuit. Encore une fois, l'action positive ne peut consister en une mesure rendant plus difficile l'accès à l'emploi et au travail, fût-t-il de nuit. Dans l'arrêt *Marschall*, la Cour avait relevé discrètement l'existence de « certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active »<sup>2353</sup>. C'est surtout dans l'arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* que l'on peut déceler une condamnation plus ferme des stéréotypes comme discriminations. La pratique bulgare en cause, consistant à placer les compteurs électriques en hauteur dans un quartier densément peuplé de Roms en Bulgarie, pourrait bien selon la Cour « reposer sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique »<sup>2354</sup>. Elle relève le « caractère offensant et stigmatisant de cette pratique »<sup>2355</sup> et conclut à la qualification de discrimination directement fondée sur l'origine ethnique pour cette pratique.

777. Delphine Tharaud défend l'idée que « la notion de préjugé est la quintessence des discriminations positives qui doivent en conséquence être définies par son intermédiaire [...] ». La présence de préjugés intéresse avant tout une relation interindividuelle qui fait apparaître un rapport de force entre les acteurs en présence »<sup>2356</sup>, que la discrimination positive aurait pour but de corriger. C'est une proposition intéressante qui a le mérite de constituer une méthode de systématisation des discriminations positives, car ce qui relève de la discrimination et de la

---

<sup>2350</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 31 mai 2016, aff. C-157/15, pt 55.

<sup>2351</sup> *Ibid.*, pt 141.

<sup>2352</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89.

<sup>2353</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 29.

<sup>2354</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, pt 82.

<sup>2355</sup> *Ibid.*, pt 87.

<sup>2356</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 136.

discrimination positive est souvent insaisissable et profondément variable d'un système à l'autre. En droit de l'Union toutefois, la lutte contre les stéréotypes n'ayant pas véritablement intégré le droit de la non-discrimination, on ne peut suivre une telle suggestion. On peut aussi douter du caractère opérationnel d'une telle solution, vu que les préjugés sont difficiles à déceler, souvent dissimulés derrière des intentions louables. La preuve en est que, si l'on estime que les femmes sont, du fait de la répartition traditionnelle des tâches entre les sexes, davantage amenées à quitter le monde du travail, interrompre leur carrière ou refuser des promotions pour s'occuper de leurs enfants, alors toute mesure visant à faciliter la conciliation des vies familiale et professionnelle devrait être bienvenue. Il n'y a qu'un pas entre ce constat et le fait de décider de *réserver* aux femmes ce type de mesures favorables, ce qui est jugé discriminatoire pour les hommes.

**778.** Il faut trouver dans le contrôle de l'objectif de l'égalité des chances ou de la pleine égalité par le juge de l'Union une ligne directrice plus claire que la lutte contre les stéréotypes. L'action positive pour les femmes doit avoir pour « but d'améliorer leurs possibilités de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes »<sup>2357</sup>. De manière générale, l'action positive en droit de l'Union doit poursuivre un *objectif intégratif sur le marché* de l'emploi et du travail, comme sur le marché des biens et services ou dans le domaine de la protection sociale et de l'éducation. À ce titre, on comprend aisément que l'éducation ait été intégrée au champ d'application de la directive 2000/43, en tant que moyen d'assurer plus tard une intégration égalitaire, c'est-à-dire avec les mêmes chances, dans l'emploi et le travail. Toute mesure qui a pour effet d'exclure ou de pérenniser une exclusion dans l'accès à des ressources rares, est une discrimination. Ainsi, on se focalise sur les *effets* de la mesure, davantage que sur ses causes, trop difficiles à appréhender et à mesurer objectivement. Si nous avons tenté d'explicitier encore l'objectif en tant que tel, le contrôle de celui-ci, tel qu'il est opéré par le juge, présente certaines ambiguïtés.

## **§2) Les ambiguïtés du contrôle de l'objectif**

**779.** Les ambiguïtés, au sens de manque de clarté, du contrôle du juge de l'Union des mesures nationales d'action positive sont de deux ordres. D'abord, on peut avoir des doutes sur

---

<sup>2357</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pts 52 à 55 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 33.

l'intensité du contrôle déployé<sup>2358</sup> (A). On peut ensuite s'interroger sur les modalités de réalisation de ce contrôle (B).

### *A) Une incertitude quant à son intensité*

**780.** Il y a de bonnes raisons d'estimer que la Cour, malgré les apparences, se trouve dans l'impossibilité de mettre en œuvre un contrôle strict de l'objectif des mesures d'action positive, en raison de son obligation de respecter la marge d'appréciation de l'autorité la mieux placée, à savoir le juge national (1). Le contrôle de l'objectif se résume en réalité bien souvent à la vérification de son existence. Il faut que la mesure ne soit manifestement pas dépourvue d'objectif légitime (2).

#### **1- Le respect de la marge d'appréciation de l'autorité la mieux placée**

**781.** « La mise en œuvre du principe de non-discrimination implique [...] une obligation permanente de justification, de la part de l'autorité qui prend une mesure susceptible d'être non conforme au principe de non-discrimination [...]. La mesure nationale fait l'objet d'un contrôle strict »<sup>2359</sup>. En réalité, le contrôle de l'objectif ne saurait être qualifié de strict de manière générale, car la Cour doit respecter la marge d'appréciation de l'autorité la mieux placée pour contrôler l'objectif, c'est-à-dire le juge national. Lui seul peut apprécier la réalité des inégalités de fait censées fonder la mesure dans le contexte national propre à chaque État<sup>2360</sup>. L'essentiel du contentieux devant la Cour de justice provient de l'activation du mécanisme préjudiciel par les juges nationaux, ils restent donc l'autorité compétente pour prendre *in fine* la décision de la

---

<sup>2358</sup> Celui de la Cour européenne des droits de l'Homme est clairement variable en fonction du motif de la discrimination suspectée. M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 187 : « La nationalité, la race ou l'origine ethnique, le sexe et d'une façon générale, ce qui touche à la vie intime de l'individu conduisent à un contrôle plus strict de la Cour européenne : une gradation par motif est instituée avec l'idée sous-jacente que certaines discriminations sont plus graves que d'autres et ne pourraient être justifiées que par des raisons sérieuses ou impérieuses ».

<sup>2359</sup> S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 81.

<sup>2360</sup> C. O'CONNOR estime que l'exigence de justifications raisonnables et objectives permet d'attirer l'attention sur le « need to diagnose the existence of disadvantage and to identify with due care and precision the appropriate remedial steps », in « Positive Action and the Limits of Existing Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, p. 358.

compatibilité de la mesure, du comportement, de la pratique en cause<sup>2361</sup>. « Le juge national doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à venir »<sup>2362</sup>, selon la formule de la Cour de justice.

**782.** Le juge de l'Union, dans le cas de l'action positive comme d'autres règles dérogatoires ou non-dérogatoires que nous avons présentées, fait face à deux exigences contradictoires. D'un côté, il doit respecter l'importante marge d'appréciation en matière sociale, et de l'autre veiller au respect du principe de l'égalité de traitement considéré comme fondamental et structurel de l'ordre juridique de l'Union, dépassant la matière sociale. À nouveau, l'action positive l'oblige à une opération de conciliation délicate, liée aux spécificités de l'ordre juridique unioniste. La crainte de laisser les États mettre en place des mesures incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement oblige le juge à déployer un contrôle qui ne soit pas illusoire ou en tout cas à donner des éléments suffisants au juge national pour opérer ce contrôle. « La portée de cette responsabilité du juge [national] dépend de la manière dont la Cour conçoit une réponse utile »<sup>2363</sup>.

**783.** Il est intéressant de reparler ici de l'article 6 §1 de la directive 2000/78 qui autorise les différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elles sont justifiées « par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle ». Dans l'arrêt *Age Concern*<sup>2364</sup>, la Cour précisa que les seuls objectifs légitimes dans le cadre de cette dérogation sont ceux « relevant de la politique sociale »<sup>2365</sup>. Il peut arriver que la détermination de l'objectif plus précis soit complexe, comme dans l'affaire *Kücükdeveci* où les conclusions de l'avocat général Bot et la solution retenue par la Cour divergeaient sur ce point<sup>2366</sup>. Au-delà de sa détermination, qui ne pose la plupart du temps pas de problème, son contrôle est extrêmement restreint vu qu'il s'agit de choix de politique sociale des États. Ce n'est donc généralement pas sur le terrain du contrôle de l'objectif que la Cour peut invalider les mesures nationales fondées sur l'article 6§1<sup>2367</sup>.

---

<sup>2361</sup> Pour un ouvrage général sur l'office du juge national et européen, voir E. NEFRAMI, V. SKOURIS (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, 347 p.

<sup>2362</sup> CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, pt 41.

<sup>2363</sup> V. MICHEL, « Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », in E. NEFRAMI, V. SKOURIS (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 211.

<sup>2364</sup> CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07.

<sup>2365</sup> *Ibid.*, pt 46.

<sup>2366</sup> Voir Conclusions de l'avocat général M. Yves BOT présentées le 7 juillet 2009, aff. C-555/07, pts 46 et 47 ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, pts 35 et 36.

<sup>2367</sup> Dans l'arrêt CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, par exemple, la Cour avait invalidé la disposition en cause sur le fondement de la proportionnalité, mais elle avait en revanche reconnu que « la poursuite d'une

**784.** *A contrario*, l'objectif d'assurer « la pleine égalité », pour « prévenir ou compenser des désavantages » est infiniment plus complexe à cerner puisqu'il implique une plongée dans le contexte social spécifique de l'État, les données et analyses sociologiques, tous les indices pertinents pour mesurer les inégalités sociales. Et surtout, l'objectif n'est pas seulement un choix de politique sociale de l'État, c'est l'égalité entre les individus elle-même. On retrouve cette spécificité de l'action positive parmi toutes les dérogations au principe de l'égalité de traitement, elle est la seule qui le fait au nom d'une « autre égalité ». Comment contrôler cet objectif d'égalité concrétisée qui nécessite une analyse des « inégalités factuelles »<sup>2368</sup> poussée et qui sort du champ purement social pour entrer plutôt dans celui des droits fondamentaux ?

**785.** La Cour peut-elle se contenter d'un contrôle restreint, au-delà du fait que son office est réduit dans le cadre des questions préjudicielles ? La question des indicateurs pertinents nécessaires dans la mesure des inégalités de fait ne se posent pas vraiment devant le juge de l'Union. Toutes données, rapports, avis, arguments peuvent servir à étayer la justification de l'auteur d'une discrimination positive<sup>2369</sup>, c'est avant tout le juge national qui décide des éléments de l'affaire au principal qu'il renvoie à la Cour de justice. Cette dernière est donc tributaire de la décision du juge national. Le contrôle de l'objectif ressemble à celui que la Cour opère dans le cadre de l'article 6 §1, ce que l'on peut regretter car nous pensons que la nature complexe de l'objectif de l'action positive justifierait un contrôle plus poussé. La Cour pourrait proposer une méthodologie plus précise aux juges nationaux.

## **2- Un contrôle limité à l'existence de l'objectif**

**786.** Globalement, on peut affirmer que le contrôle mis en place dans le cadre de la discrimination positive est elliptique, la volonté de l'État de compenser des « déséquilibres » n'est jamais discutée. Dans l'arrêt *Briheche* par exemple, l'objectif fut validé par la seule mention que, « dans ses observations, le gouvernement français fait valoir que la réglementation nationale en cause au principal a été adoptée en vue de limiter les inégalités de fait constatées entre les hommes et les femmes, notamment à cause du fait que les femmes assument l'essentiel du travail domestique, surtout lorsque la famille comporte des enfants, et en vue de faciliter

---

politique de l'emploi active autorise bien la mise en place de dispositifs visant les seuls seniors afin de renforcer leur employabilité et leur insertion ou leur maintien dans l'emploi », in O. LECLERC, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.*, 2006, p. 557.

<sup>2368</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>2369</sup> Par exemple dans l'arrêt CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*, on a vu que la Cour se fondait pour répondre à la question sur un avis d'une Commission « égalité de traitement » nationale.



l'insertion des femmes au travail »<sup>2370</sup>. Certes, dans les cas où la Cour rejette des mesures renforçant les déterminismes sociaux, on peut imaginer que le contrôle de l'objectif est plus détaillé. La Cour paraît effectivement aller plus loin, dans l'arrêt *Griesmar*<sup>2371</sup> par exemple, où elle procéda à une analyse très poussée de la législation française en cause. Mais une observation rigoureuse nous conduit à infirmer cette hypothèse, car c'est sur la question de l'adéquation de la mesure envisagée par rapport à l'objectif que le contrôle se focalise<sup>2372</sup>, et non sur l'objectif lui-même. Une telle question relève du contrôle de la proportionnalité que nous étudierons ensuite. La légitimité de l'objectif de « tenir compte d'une réalité sociale, c'est-à-dire les désavantages que [l]es fonctionnaires [féminins] subissent dans l'évolution de leur carrière professionnelle du fait du rôle prépondérant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants »<sup>2373</sup> n'est pas discutée.

**787.** Nous ne pouvons donc rejoindre les auteurs qui qualifient ce contrôle de strict ou approfondi car si la mesure de discrimination positive paraît strictement contrôlée, ce n'est pas par le biais de son objectif. « Les données mises à disposition de la Cour peuvent expliquer le plus ou moins grand renvoi au juge national » dans le cadre du renvoi préjudiciel<sup>2374</sup>. L'objectif légitime de l'action positive étant profondément lié à des données factuelles complexes, le juge s'en tient à une vérification de l'existence de l'objectif. La mesure doit être bien « présentée » comme ayant vocation à éradiquer des inégalités en pratique. Mais l'objectif doit être présenté avec une clarté et une transparence suffisante<sup>2375</sup>. La Cour admet par exemple que la priorité au recrutement accordé aux candidats du sexe sous-représenté peut reposer sur des critères d'apparence neutre mais qui « favorisent en général les femmes » parce qu'ils « visent *manifestement* à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141, paragraphe 4, CE, des désavantages dans la carrière

---

<sup>2370</sup> Dans l'arrêt CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, *op. cit.*, pt 26. C'est le test de la proportionnalité que la mesure ne parvient pas à passer.

<sup>2371</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*

<sup>2372</sup> *Ibid.*, pts 51-56.

<sup>2373</sup> *Ibid.*, pt 51.

<sup>2374</sup> V. MICHEL, « Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », *op. cit.*, p. 220.

<sup>2375</sup> On peut considérer que dans l'arrêt CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op. cit.*, pt 50, étant donné qu'il « ne ressort pas de la réglementation suédoise applicable que l'appréciation de la qualification des candidats au regard des impératifs du poste vacant est fondée sur des critères clairs et certains de nature à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté », l'existence de l'objectif légitime faisait défaut.

professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté »<sup>2376</sup>. L'adverbe « manifestement » explicite la limitation du contrôle de la Cour. Tant que ce sont les causes de moindre chance qui sont visées entre les individus, l'objectif des mesures d'action positive est valide. Si l'objectif n'est *manifestement* pas de faciliter l'intégration des personnes souffrant d'exclusion sur le marché, alors la mesure est invalidée, tout aussi rapidement. Ainsi l'objectif n'est certainement pas déterminant en pratique devant le juge de l'Union, mais il pourrait l'être en revanche devant le juge national dont le travail de vérification doit être beaucoup plus approfondi. Le contrôle est plus ambivalent quant à ses modalités d'exercice. Le juge paraît ici encore pris entre des impératifs contraires, découlant du principe de l'égalité de traitement, qui l'amène à des prises de positions contradictoires.

### ***B) Une ambivalence quant à ses modalités***

**788.** La mise en place d'un traitement préférentiel en faveur d'une catégorie protégée doit se justifier par l'existence d'inégalités de fait entre les individus en raison de leur appartenance catégorielle, entravant leurs chances dans la concurrence. L'outil privilégié de la mesure des inégalités de fait est indubitablement le recueil de statistiques. Le juge ne peut donc ignorer la pertinence de cet outil dans le cadre du contrôle de l'objectif de l'action positive, comme il y fut confronté dans la jurisprudence sur la discrimination indirecte (1). Pourtant, une évolution récente dans sa jurisprudence semble annoncer une sorte de réticence au recours à la statistique pour fonder une différence de traitement, alors qualifiée de « discrimination statistique »<sup>2377</sup> par certains auteurs (2).

#### **1- S'appuyer sur l'outil statistique**

**789.** Si les différences de traitement fondées sur l'action positive doivent avoir pour objectif le rééquilibrage de situations de concurrence déséquilibrées sur un marché, il faut être en mesure d'évaluer le déséquilibre, selon des critères objectifs. La Cour estime que prendre en considération « les capacités et l'expérience acquises dans l'exercice de tâches familiales » et

---

<sup>2376</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *op. cit.*, pt 48 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*, pts 31 et 32. Souligné par nous. Ce sont des critères tels que « les capacités et l'expérience acquises dans l'exercice de tâches familiales ».

<sup>2377</sup> Expression que nous empruntons à Gwenaële CALVÈS, *in* « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645.

ne pas prendre en considération en revanche « l'ancienneté, l'âge et la date de la dernière promotion [...] de même, la situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire [...], les congés et les retards pour l'obtention du diplôme de formation liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins », sont des critères qui, « bien que formulés en des termes neutres quant au sexe, et dont peuvent donc également bénéficier les hommes, favorisent en général les femmes »<sup>2378</sup>. Sur quoi la Cour fonde-t-elle de tels propos ? Bien qu'elle ne le précise pas, ce sont évidemment des statistiques<sup>2379</sup> qui peuvent mettre en lumière ce type d'impacts différenciés selon le sexe. Mesurer, quantifier, analyser la répartition des rôles et des ressources selon les catégories d'individus dans la société est au fondement des programmes d'action positive mis en œuvre par les États comme par les institutions de l'Union<sup>2380</sup>.

**790.** La Commission européenne, dans sa proposition de directive de 2012 visant à adopter un quota de 40% du sexe sous-représenté dans les conseils d'administration des sociétés cotées<sup>2381</sup>, justifiait en premier lieu sa proposition par des statistiques démontrant que les femmes demeurent moins présentes dans les conseils d'administration que les hommes partout sur le continent européen<sup>2382</sup>. Le préambule de la directive 2006/54 précise qu'« afin de mieux comprendre la différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail et d'emploi, il convient de continuer à développer et à analyser des statistiques comparables, ventilées par sexe, et de les rendre accessibles aux niveaux appropriés »<sup>2383</sup>. Un règlement de 2004 relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans la coopération au développement prévoit dans son article 4 §1 de promouvoir « la collecte, la diffusion, l'analyse et l'amélioration des

---

<sup>2378</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*, pts 31 et 32.

<sup>2379</sup> P. SIMON, « La mesure des discriminations ethniques et raciales : comparaisons internationales », in E. FASSIN, J.-L. HALPÉRIN, *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La documentation française, 2008, p. 131 : « La place stratégique qu'occupent les données statistiques dans les stratégies de lutte contre les discriminations est maintenant bien connue ».

<sup>2380</sup> Voir la place des statistiques dans les rapports de la Commission européenne. Par exemple, Commission européenne, *Gender segregation in the labour market. Root causes, implications and policy responses in the EU*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2009, 111 p. ; *Progrès accomplis en matière d'égalité entre les femmes et les hommes en 2011. Une initiative d'Europe 2020*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2012, 48 p.

<sup>2381</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, COM/2012/0614 final, 31 p.

<sup>2382</sup> *Ibid.*, p. 1 : « Ce déséquilibre est marquant dans l'ensemble des États membres de l'UE, les moyennes nationales oscillant entre 5 % environ [...] et 25 % environ [...]. La proportion de femmes varie d'un État membre à l'autre : de 3 % à 28 % environ pour ce qui concerne les administrateurs non exécutifs et de 0 % à 21 % environ pour ce qui concerne les administrateurs exécutifs. Voir le rapport de suivi intitulé « Les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'Union européenne », mars 2012 ([http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-onboards\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-onboards_fr.pdf)).

<sup>2383</sup> Directive 2006/54, préambule, pt 37.

statistiques ventilées en fonction des critères de sexe et d'âge, ainsi que l'élaboration et la diffusion de méthodologies, de lignes directrices, d'évaluations de l'impact des actions sur l'égalité des sexes »<sup>2384</sup>.

**791.** L'avantage des statistiques est de permettre une certaine objectivité dans l'observation de l'histoire et du présent des inégalités de fait. Cet avantage n'est pas négligeable car la discrimination positive subit le reproche récurrent d'être arbitraire dans l'octroi de traitements préférentiels. Anne-Marie Le Pourhiet suggère par exemple « aux juges français s'agissant du principe d'égalité [de] déterminer et appliquer effectivement des critères objectifs et rationnels concrets au lieu de se contenter de formules abstraites et incantatoires visant un vague objectif d'intérêt général ou d'imperceptibles différences de situation »<sup>2385</sup>. Le reproche vise directement l'appréciation excessivement subjective qui serait faite de la différence de situation à l'origine de la mesure préférentielle. Les statistiques permettent de révéler des inégalités de fait, peu importe leurs causes, et peuvent justifier que l'on entreprenne une action pour les corriger. Le droit belge pose des exigences plus précises sur l'action positive légitime, puisqu'il « doit exister une inégalité manifeste » et « la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir »<sup>2386</sup>. Par inégalité *manifeste*, on entend l'exigence d'une démonstrabilité de l'inégalité dans les faits, par tous moyens notamment statistiques. Manifeste signifie que l'inégalité est suffisamment établie et étayée pour ne pas être contestable – ou du moins trop contestable.

**792.** La Cour de justice a admis dans le cadre de la discrimination indirecte que la preuve du « désavantage particulier » subi par la catégorie protégée puisse être apportée par la combinaison d'une approche quantitative et qualitative<sup>2387</sup>. On peut imaginer la même solution pour la discrimination positive, bien que la question ne se pose pas pour le juge de l'Union qui ne fait que contrôler l'existence de l'objectif et non sa réalité et son opportunité. Elle se pose en revanche pour le juge national.

**793.** Comme le note Ségolène Barbou des Places, « le juge analyse la réalité sociale nationale et cherche la réalité du groupe auquel appartient la personne. Alors que la

---

<sup>2384</sup> Règlement (CE) n°806/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans la coopération au développement.

<sup>2385</sup> A.-M. LE POURHIET, « Deux conceptions du droit », *Le Débat*, vol. 5, n° 117, 2001, pp. 175-178.

<sup>2386</sup> Article 10 §2, deux conditions sont ajoutées : « - la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ; - la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui ».

<sup>2387</sup> Voir §§ 123 et s.

discrimination directe se révèle dans l'identité de la mesure contestée, la discrimination indirecte ne peut se révéler qu'au regard de la situation d'ensemble des membres du groupe auquel la victime appartient»<sup>2388</sup>. Dans le cas de l'action positive, le juge national doit effectivement analyser cette réalité sociale, mais le juge de l'Union ne s'y aventure pas lui-même. L'outil statistique semble destiné à occuper une place grandissante dans un contentieux de la non-discrimination qui cherche à appréhender une réalité plus complexe et à adapter sans cesse le principe d'égalité. Pourtant, la Cour a estimé que la statistique pouvait aussi devenir discriminatoire, de par la généralisation qu'elle provoque sur une catégorie d'individus, niant justement un droit à faire valoir son individualité.

## 2- Lutter contre la « discrimination statistique »

794. Les questions fondamentales et délicates soulevées à l'occasion de l'arrêt *Test-Achats* du 1<sup>er</sup> mars 2011<sup>2389</sup> n'ont pas manqué de faire réagir la doctrine dans des sens différents et parfois irréconciliables. Ces tensions illustrent une fois de plus la situation complexe dans laquelle se trouve le principe d'égalité de traitement dans l'ordre juridique européen, principe qui paraît malléable, orientable, pour servir des visées politiques diverses<sup>2390</sup>.

795. L'arrêt *Test-Achats* concernait la directive 2004/113 et plus précisément son article 5 qui instaure un principe d'égalité entre les sexes en matière de primes et de prestations d'assurance. Alors que, comme le note Laurence Burgorgue-Larsen<sup>2391</sup>, les deux directives 2000/43 et 2000/78 ont fait l'objet d'un abondant contentieux devant la Cour<sup>2392</sup>, cet arrêt fut le premier rendu sur la directive 2004/113. Sa seconde particularité est qu'il s'agissait d'un renvoi préjudiciel opéré par la Cour constitutionnelle belge, en appréciation de validité et non en interprétation. Le juge belge appelait la Cour de justice à se prononcer sur la validité de l'article 5 §2 de la directive, au regard du principe d'égalité de traitement notamment assuré par les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux. Ce paragraphe de l'article 5 constituait une clause d'ouverture par rapport au premier paragraphe, puisqu'il permettait aux États d'autoriser « des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les

---

<sup>2388</sup> S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, op. cit. p. 84.

<sup>2389</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, C-236/09.

<sup>2390</sup> E. BREMS, « Kalanke », op. cit., p. 178, « In last instance, the choice between competing conceptions of equality, which is at issue in this case, is a policy choice ».

<sup>2391</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, n° 17, 2011, pp. 967-973.

<sup>2392</sup> *Ibid.*

assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises ». La Cour conclut à l'invalidité de cette disposition par rapport à la Charte, notamment parce que la dérogation prévue ne contenait aucune limitation dans le temps. La place des statistiques dans le droit de la non-discrimination était au cœur de l'arrêt.

**796.** Notons d'abord que la dérogation aménagée par l'article 5 §2 ne reposait pas sur une logique d'action positive, dans le sens où elle viserait à corriger une inégalité de fait entre les hommes et les femmes. Au contraire, cette disposition était le fruit d'une concession obtenue par les assureurs, par rapport à l'application rigoureuse du principe d'égalité de traitement, pour protéger une pratique bien établie dans leur secteur consistant à segmenter le marché selon les catégories d'individus, sur la base de données actuarielles<sup>2393</sup>. Les assureurs gardaient donc la possibilité de cibler les individus selon leur sexe, à titre d'exception au droit individuel à l'égalité. Gwenaële Calvès n'hésite pourtant pas à faire le parallèle avec l'action positive : « une mesure d'action positive, par exemple, est une "mesure spécifique destinée à prévenir ou compenser des désavantages liés au sexe" qui, à l'instar de la discrimination statistique, vise les femmes en tant que groupe doté de caractéristiques moyennes différentes du groupe des hommes »<sup>2394</sup>. On peut d'autant plus parler de *discrimination* statistique<sup>2395</sup> que la Cour a jugé qu'une telle exception ne constituait pas une dérogation légitime au principe de l'égalité de traitement, mais bien une discrimination directe qui ne saurait être maintenue dans la directive, étant donné l'absence de limitation dans le temps de la dérogation.

**797.** Laurence Burgorgue-Larsen conclut son commentaire de l'arrêt par cette exclamation : « que les femmes se le disent, leur égalité avec les hommes induit (évidemment) que tous les traitements de faveur qui leur étaient accordés disparaissent lentement mais sûrement ! »<sup>2396</sup>. En effet, bien que l'article 5 §2 ne préjuge en rien du type de traitement mis en place, la pratique assurantielle en Belgique consistait à faire payer des tarifs moindres aux

---

<sup>2393</sup> J.-M. BINON, « L'égalité de traitement en droit européen et ses applications au droit de l'assurance, obligation morale ou croisade idéologique ? », *Journal des Tribunaux, Droit européen*, 2005, p. 235.

<sup>2394</sup> G. CALVÈS, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645.

<sup>2395</sup> *Ibid.* : « la théorie de la discrimination statistique, formulée par l'économiste Edmund Phelps, est fondée sur la théorie des coûts d'information (information-costs theory). Elle décrit une pratique familière à tous : "une caractéristique personnelle identifiable (appelons-la A) est corrélée, positivement mais imparfaitement, à une autre caractéristique B, peut-être cachée. Nous préférons discriminer entre les individus sur le fondement de la caractéristique B mais, pour des raisons de commodité, de coût administratif ou autre, nous utilisons A comme substitut ou indice de B, bien que la corrélation entre A et B ne soit pas parfaite" » (E. PHELPS, « The Statistical Theory of Racism and Sexism », *American Economic Review*, vol. 72, 1972, p. 659).

<sup>2396</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux ... », *op. cit.*

femmes qu'aux hommes, en raison des différences comportementales par rapport à certains risques, révélées dans les statistiques. La justification des assureurs consistait à affirmer que « les hommes et les femmes ne sont pas égaux devant certains risques ou, plus exactement, ils sont en moyenne inégaux devant certains risques », or « l'assureur, pour évaluer le coût du risque dont un individu est porteur, ne peut se fonder que sur des généralités statistiques »<sup>2397</sup>. On peut tout à fait apprécier la validité d'un tel point de vue et son effet positif pour la catégorie des femmes qui payera moins cher son assurance. En revanche, un homme qui prend peu de risques, subira la généralisation fait sur son sexe et paiera plus cher. Le problème majeur réside donc dans le fait qu'une telle pratique conduit à nier l'unicité de chaque situation individuelle et à essentialiser les personnes selon leur appartenance à un sexe. Or, à la protection de l'individualité et de l'émancipation de chacun, nous avons vu que la Cour de Justice est attachée.

**798.** Dans ses conclusions sous l'arrêt *Lindorfer contre Conseil* en 2007<sup>2398</sup>, l'avocat général Jacobs, à propos là aussi d'une distinction suspecte entre hommes et femmes, écrivait : « ce qui est critiquable (et donc interdit) dans une pareille discrimination, c'est le recours à des caractéristiques extrapolées de la catégorie vers l'individu, au lieu d'utiliser les caractéristiques qui distinguent authentiquement l'individu d'autres individus et qui peuvent justifier une différence de traitement »<sup>2399</sup>. Dans ses conclusions sous l'affaire *Test-Achats*, l'avocate générale Juliane Kokott s'était placée sur le même registre rhétorique<sup>2400</sup>. Ce n'est pas la pratique des données statistiques pour fonder une différence de traitement en tant que telle qui est remise en cause<sup>2401</sup>, mais son insuffisance en l'espèce pour justifier la discrimination directe opérée entre les hommes et les femmes face à l'assurance.

**799.** La situation se complique encore si l'on compare maintenant l'arrêt *Test-Achats* avec l'analyse de la Cour dans l'affaire *Geoffrey Léger*, sur l'interdiction pour les hommes ayant eu une relation sexuelle avec un homme de donner leur sang en France<sup>2402</sup>. La Cour reconnaît que l'exclusion est susceptible de constituer une discrimination contraire au principe

---

<sup>2397</sup> G. CALVÈS, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne ... », *op. cit.* Les arguments des assureurs sont largement défendus par M. ROBINEAU dans son commentaire de l'arrêt, « L'assurance à la croisée des chemins », commentaire de l'arrêt CJUE, Association belge des consommateurs Test-Achats et a., 1er mars 2011, C-236/09, *Dalloz*, mai 2011, p. 1592.

<sup>2398</sup> CJCE, 11 septembre 2007, *Lindorfer / Conseil*, C-227/04 P.

<sup>2399</sup> Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS présentées le 27 octobre 2005, aff. C-227/04 P, pt 59.

<sup>2400</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 30 septembre 2010, aff. C-236/09, pt 63.

<sup>2401</sup> *Ibid.*, pt 59.

<sup>2402</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, C-528/13.

d'égalité de traitement pour les hommes sur le fondement *indirect* de leur orientation sexuelle. Toutefois, les États ont le droit de prévoir des exclusions temporaires pour les « sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang », ou permanentes pour les « individus dont le comportement sexuel [...] les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang »<sup>2403</sup>. C'est donc une analyse des risques que présente la catégorie d'individus, indirectement définie par son orientation sexuelle, qui doit présider au choix de l'exclusion appropriée. Dans le domaine de la santé, le risque s'évalue par rapport à des données actuarielles, elles sont d'ailleurs effectivement à l'origine de la législation française<sup>2404</sup>.

**800.** Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine<sup>2405</sup> en ce qu'elle aurait pour effet d'entretenir des préjugés à l'encontre des hommes homosexuels et bisexuels. En admettant que l'État puisse justifier une telle exclusion, si l'analyse des risques révélait qu'une telle exclusion est nécessaire et proportionnée pour protéger la santé des receveurs, la Cour validerait l'idée que les homosexuels et bisexuels ont *en général* des comportements risqués, entretenant de multiples rapports non protégés. Or, cette généralité statistique l'emporterait sur l'individualisation des droits des hommes homosexuels et bisexuels. Edouard Dubout, particulièrement sévère, explique que « le lien entre statistiques et préjugés sociaux explique que la Cour de justice s'était jusqu'à présent montrée réticente à admettre les données statistiques comme élément justifiant une différence de traitement à l'égard d'un groupe social » et il renvoie précisément à la décision *Tests-Achats*. Dans l'arrêt *Geoffrey Léger* au contraire, elle « admet que l'utilisation des données statistiques puisse être autorisée pour désavantager un groupe social, ce qui semble particulièrement discutable ». L'auteur parle d'un « paradoxe du modèle universaliste dans lequel les statistiques sont prohibées pour identifier des inégalités, mais autorisées pour les justifier »<sup>2406</sup>.

---

<sup>2403</sup> Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, JO L 91, 30 mars 2004, pp. 25-39.

<sup>2404</sup> L'arrêté du 12 janvier 2009 (NOR : SJSP0901086A), Annexe II-B ne fait que reprendre l'exclusion déjà en vigueur depuis la circulaire DGS/3B n° 569 du 20 juin 1983 relative à la prévention de l'éventuelle transmission du SIDA par transfusion sanguine qui classait les personnes homosexuelles parmi les « populations à risque ».

<sup>2405</sup> Alina TRYFONIDOU, « Block exclusion on blood donation by gay and bisexual men: a disappointing CJEU ruling », 30 avril 2015, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2015/04/block-exclusion-on-blood-donation-by.html>  
E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 22 Juin 2015, p. 737 ; D. SIMON, « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *Europe*, n° 6, Juin 2015, comm. 213.

<sup>2406</sup> E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *op. cit.*



**801.** Il peut en effet sembler que l'exclusion dans la législation française « tient non pas tant à l'appartenance à un groupe statistiquement plus touché, mais à une croyance en ce que ce taux de contamination provient d'un mode de vie particulier »<sup>2407</sup>. Pourquoi la Cour ne se montre-t-elle pas aussi prompte à traquer cette éventuelle discrimination statistique que dans l'arrêt *Test-Achats* ? Est-ce parce que le motif est celui de l'orientation sexuelle et non du sexe ? Est-ce parce que l'intérêt invoqué est celui de la santé publique et non des pratiques particulières du domaine assurantiel ?<sup>2408</sup> Il est difficile de répondre. Ce qu'il faut sans doute retenir de la confrontation de ces deux arrêts est que la discrimination statistique, directe et indirecte, est bien identifiée dans les deux cas, à défaut d'être systématiquement condamnée.

**802.** Ce qui pose des difficultés pour notre étude est la transposition du raisonnement de la Cour sur la discrimination statistique à l'action positive. La nécessité de mettre en place des mécanismes correcteurs en faveur de certaines catégories trouve sa source dans le constat par les États ou autorités locales de discriminations persistantes dans la société. « Les femmes » sont *en général* moins promues dans leur carrière ; elles interrompent *davantage* leur carrière parce qu'elles assument *souvent* la charge des tâches familiales. L'exemple se décline évidemment à l'infini ou presque (« les jeunes » rencontrent des difficultés au moment de leur insertion dans le marché du travail, « les Roms » sont exclus de l'emploi, les « personnes issues de l'immigration » échouent davantage face aux concours d'entrée sélectifs de certaines écoles). Pourtant, fonder une différence de traitement, directement ou indirectement, sur ce genre de considérations actuarielles n'est-il pas constitutif d'une discrimination statistique au sens de l'arrêt *Test-Achats* ou *Léger* ? L'existence de cas particuliers qui contredisent la tendance ne permet-elle pas de fonder un droit à l'individualisation du traitement ou au contraire à un traitement identique pour tous ? Les données statistiques, lorsqu'elles peuvent être recueillies de manière satisfaisante<sup>2409</sup>, sont suspectes parce qu'elles généralisent sur le fondement d'un critère particulier de l'individu.

**803.** La question profondément problématique à notre sens que font ressortir les arrêts *Test-Achats* et *Geoffrey Léger* est celle de l'existence d'une *différence des situations*, entre les sexes dans le premier cas, ou entre les personnes selon leur orientation sexuelle dans le second, qui devrait permettre de justifier une différence de traitement. En d'autres termes, les statistiques auraient pour finalité de démontrer l'existence non pas seulement d'inégalités

---

<sup>2407</sup> *Ibid.*

<sup>2408</sup> Nous rappelons que la Cour a déjà condamné des approches jugées stéréotypées et donc discriminatoires sur le fondement de l'orientation sexuelle. CJUE, 2 décembre 2014, *A., B. et C.*, C-148/13, C-149/13, C-150/13.

<sup>2409</sup> Voir §§ 714 et s.

factuelles en tant que but poursuivi, mais bien de situations objectivement incomparables. Nous pensons qu'une telle analyse confond la portée dérogoire de l'action positive, liée à son objectif légitime, et le défaut de comparabilité fondant certains aménagements de l'emploi à des situations particulières.

## **Section 2. L'action positive et le critère de la comparabilité**

**804.** Il n'est plus à démontrer que « le critère dit de la comparabilité est fondamental dans l'application du principe de non-discrimination »<sup>2410</sup>. Comme nous avons cherché à le démontrer précédemment, l'incomparabilité des situations permet, non pas de déroger à l'interdiction des discriminations, mais de sortir de son champ d'application. En revanche, l'incomparabilité reste dans le champ du principe de l'égalité de traitement, dans le sens où celui-ci peut alors obliger à appliquer un traitement différencié des situations différentes. Nous avons également expliqué que l'action positive ne fondait aucune obligation d'instaurer un traitement préférentiel, contrairement aux aménagements pour les personnes handicapées et pour la grossesse et la maternité. Pourtant, plusieurs auteurs rangent l'action positive dans la catégorie des inégalités de traitement « établies sur la base de la "théorie" des différences de situation »<sup>2411</sup>. Il nous faut donc envisager comment s'explique cette « tentation » de l'incomparabilité, sur quoi elle pourrait éventuellement se fonder et comment (§1). Même si la tentation de l'incomparabilité constitue une voie pour émanciper l'action positive de son statut dérogoire, nous pensons qu'il est indispensable d'affirmer l'utilité de l'action positive sans renoncer à la comparabilité (§2).

### **§1) La tentation de l'incomparabilité comme fondement de l'action positive**

**805.** La question fondamentale que nous posons ici n'est pas celle de savoir si l'action positive est une obligation ou non, puisque nous avons montré que le droit de l'Union ne conçoit celle-ci qu'à titre facultatif et dérogoire par rapport à l'interdiction de discriminer. Nous

---

<sup>2410</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de non-discrimination dans le droit européen » in F. LEMAIRE, B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions CUJAS, 2012, p. 57.

<sup>2411</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 212.

posons ici la question de savoir si l'on pourrait, en théorie, chercher à fonder la technique de la discrimination positive sur une incomparabilité des situations entre les catégories d'individus<sup>2412</sup>. Est-il imaginable que le juge de l'Union découvre une obligation d'adopter une action positive compensatrice, étant donné la différence de situations entre les catégories comparées, dans certains cas, et comment ?

**806.** La logique des aménagements exigés pour le travailleur handicapé et pour la travailleuse enceinte, accouchée et allaitante, est-elle transposable à l'action positive dérogatoire, de sorte que celle-ci représenterait une sorte d'aménagement catégoriel, au niveau de l'entreprise comme d'autres aspects de la vie sociale ? Quelles particularités pourraient invoquer les catégories bénéficiaires de la discrimination positive qui soient suffisamment objectives, pour nécessiter un traitement préférentiel ? Poser de telles questions n'est pas illégitime, notamment aux fins de déterminer le développement possible de l'action positive à l'avenir. La logique de l'aménagement raisonnable repose en droit de l'Union sur deux éléments conjoints : il doit correspondre à une situation objectivement différente, et le motif visé doit être effectivement lié à cette situation objectivement différente. Pour cette raison, les aménagements visent bien « la grossesse et la maternité », et non le sexe. Nous allons interroger tour à tour ces deux éléments, dans le cadre de l'action positive.

**807.** L'existence de « désavantages »<sup>2413</sup> pourrait fonder la différence de situations entre la catégorie visée par la discrimination positive et les catégories exclues. Ces désavantages, qui regroupent comme nous l'avons dit différentes inégalités factuelles résultant des discriminations persistantes dans la société, des stéréotypes négatifs, ou des normes établies rendant l'accès plus difficile pour ces catégories de personnes, pourraient représenter la différence de situations (A). Il faudrait pouvoir faire ensuite le lien entre le critère retenu pour la différence de traitement (le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion ou les convictions) et cette différence de situation (B).

---

<sup>2412</sup> Jean-Louis AUTIN envisage également les deux pistes que nous suivons dans l'étude du droit français. D'abord, l'application du « critère de la différence de situation » pour justifier d'aménager le principe d'égalité devant le Conseil d'État, ensuite, « l'invocation de l'intérêt général comme justificatif d'une différenciation de traitement ». Dans la jurisprudence interne, aucune de ces deux pistes ne lui paraît convaincante. Voir « Les discriminations compensatoires entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », *op. cit.*, pp. 112-113.

<sup>2413</sup> Article 157 §4 du TFUE et les dispositions précitées des directives pertinentes.

### *A) Première hypothèse : les inégalités factuelles comme différence de situations*

**808.** Le terme d'inégalités factuelles, ou « inégalités de fait qui affectent les chances » selon l'ancienne formule de l'article 2 §4 de la directive 76/207, interroge. Quelles sont ces inégalités factuelles qu'il faudrait prendre en compte pour tenter de démontrer l'existence d'une différence de situations (1) ? Ensuite, le problème de leur mesure et de la preuve revient ici, comme il est apparu plusieurs fois dans notre étude, en tant que défi majeur dans le contentieux de la non-discrimination (2).

#### **1- La question des inégalités factuelles à prendre en compte**

**809.** « Les règles propres aux catégories de personnes naissent de la réaction à une inégalité de fait observée »<sup>2414</sup>. Delphine Tharaud, dans la conception très large de la discrimination positive qu'elle retient pour son travail, inclut tous les mécanismes sanctionnant des différences de situations, comme celles que peut engendrer le handicap<sup>2415</sup>. Discriminations positives et aménagements raisonnables sont donc confondus comme autant de différenciations juridiques dont la nature ne serait pas réellement différente. Elle voit dans la présence de préjugés négatifs contre certaines catégories la destruction « de la relation égalitaire »<sup>2416</sup>. « Les situations doivent être différentes par la faute des conséquences négatives des préjugés »<sup>2417</sup>. Elle se heurte néanmoins à la difficulté que « le préjugé n'a pas de nature concrète. Tout au plus peut-on constater l'existence des conséquences négatives de telles attitudes discriminatoires »<sup>2418</sup>. Les effets de ces préjugés seraient différentes inégalités factuelles : au niveau structurel, des inégalités sociales persistantes et au niveau ponctuel et interindividuel, des comportements discriminatoires. Les inégalités de fait pertinentes seraient alors celles qui résulteraient plus ou moins directement des discriminations dans la société, et non celles qui existent « par la force des choses ». Une égalité *de facto* absolue entre les individus ne saurait exister ou être instaurée par le droit.

---

<sup>2414</sup> A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 221.

<sup>2415</sup> Voir le Titre second « Les situations différentes dues à un préjugé retenues dans le champ des discriminations positives » de la thèse de D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, pp. 136-253.

<sup>2416</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>2417</sup> *Ibid.*

<sup>2418</sup> *Ibid.*, § 206.

**810.** Nous voyons bien la difficulté émerger, pratique et conceptuelle. Il faudrait trier entre les inégalités factuelles « justes » et « injustes », en ne remédiant qu'à celles qui seraient injustes. Les premières s'expliquent par les mérites, les expériences, les qualités différentes des individus<sup>2419</sup>, qui ont pour conséquence que les individus n'atteignent pas tous le même « point d'arrivée » dans la société, en termes de revenus, d'opportunités, d'épanouissement. Les secondes sont produites par le racisme, le sexisme, l'homophobie, ou autres systèmes de pensée procédant à une hiérarchie de valeurs entre les individus.

**811.** Prenons d'abord l'exemple du handicap pour avancer dans cette réflexion. Deux différenciations juridiques sont envisagées : les aménagements raisonnables dans l'emploi sont obligatoires si nécessaires, et les actions positives si l'État le juge opportun. En cela, le handicap constitue un motif unique dans le paysage antidiscriminatoire. La situation de handicap est perçue dans le droit de l'Union comme la source d'une différence de situation objective face à l'emploi, qu'il faut prendre en compte, et comme la source de discriminations où la différence ne devrait pas être prise en compte. Le handicap oblige à la différenciation et interdit la discrimination. Où et comment placer une telle frontière ?

**812.** Dans la conception sociale du handicap, l'on considère que ce n'est pas le handicap en lui-même qui crée des besoins spécifiques, parce que la personne serait par essence inadaptée à son environnement. L'état de la société en général et l'emploi en particulier sont à l'origine de ces besoins, étant donné qu'ils sont normés en fonction des personnes n'étant pas en situation de handicap. Lorsque l'article 5 de la directive 2000/78 impose aux employeurs de prendre en compte la situation du travailleur handicapé, « en fonction des besoins dans une situation concrète » dans l'emploi<sup>2420</sup>, ce sont la relation de travail, les exigences de celle-ci et le poste qui génèrent les besoins particuliers du travailleur, et non son handicap *in abstracto*<sup>2421</sup>. Il en va de même pour la grossesse et la maternité, où l'on adapte cette fois ponctuellement l'environnement de travail à cette situation particulière expérimentée par certaines femmes. Par ailleurs, les discriminations qui participent à créer un environnement plutôt défavorable aux

---

<sup>2419</sup> C'est l'idée en tout cas de la méritocratie, mais le choix des « qualités » valorisées est toujours discutable, comme le montre par exemple G. VEDEL dans « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation Française, 1990, pp. 175-180.

<sup>2420</sup> Article 5 de la directive 2000/78.

<sup>2421</sup> La Recommandation (92)6 du Comité des ministres du 9 avril 1992 relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées définit le handicap comme « le désavantage social pour un individu donné, résultant d'une déficience ou d'une incapacité qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle normal (en rapport avec l'âge, le sexe, les facteurs sociaux et culturels), par cette personne.

personnes handicapées, sont identifiées et combattues par le biais d'actions positives. Mais *in fine*, l'objectif est celui d'une meilleure intégration des personnes handicapées dans la société.

**813.** Prenons à présent l'exemple du sexe. La « situation de sous-représentation importante des femmes » dans certains secteurs et aux « postes de grade supérieur »<sup>2422</sup>, la « distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes »<sup>2423</sup>, le « rôle subsidiaire » des hommes par rapport aux femmes « en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale »<sup>2424</sup>, sont-ils des facteurs créant un environnement inadapté aux femmes, parce qu'il serait normé par rapport aux besoins des hommes ? « L'exclusion des femmes, ainsi que d'autres catégories, de la reconnaissance des droits »<sup>2425</sup>, inscrite dans l'histoire des sociétés européennes et dont les effets sont toujours présents, peut-elle être appréhendée comme une source de différence de situations ? Louis Charpentier pense que « le principe de différence est un élément essentiel dont l'égalité ne signifie pas la négation, mais l'élimination des conséquences défavorables et, à ce titre, appelle l'adoption d'actions positives. En effet, ouvrir la voie des actions positives c'est refuser l'absolutisme de l'égalité par la fusion, par l'effacement de toute différence et de toute spécificité »<sup>2426</sup>. On a bien du mal en effet à savoir quelles spécificités justifient une prise en compte juridique et quelles autres ne doivent au contraire jamais être reconnues. L'avocate générale Juliane Kokott, dans ses conclusions pour l'arrêt *Test-Achats*, rappelait qu'« une inégalité de traitement directe fondée sur le sexe n'est licite que lorsqu'il peut être constaté avec certitude qu'il existe entre les hommes et les femmes des différences pertinentes rendant une telle inégalité de traitement nécessaire »<sup>2427</sup>. Toute la question est donc celle de ces « différences pertinentes » ou suffisantes, qui conduisent à sortir du champ du raisonnement discriminatoire qui ne fonctionne qu'en cas de comparabilité<sup>2428</sup>.

**814.** L'opération de comparaison qui précède toute appréciation d'une différence de traitement, contient un certain caractère artificiel, du fait de la subjectivité de l'autorité qui compare<sup>2429</sup>. Pourquoi ne pas imaginer dès lors, d'élargir les inégalités factuelles nécessitant

---

<sup>2422</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*, pt 36.

<sup>2423</sup> *Ibid.*, pt 41.

<sup>2424</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09, pt 36.

<sup>2425</sup> E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, Université Paris-Ouest Nanterre, 2018, p. 31.

<sup>2426</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité » *RTDE*, 1996, p. 28.

<sup>2427</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 30 septembre 2010, aff. C-236/09, pt 60.

<sup>2428</sup> Voir O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 587.

<sup>2429</sup> Le Conseil d'État a récemment considéré que « les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe », ce qui, du point

une différenciation juridique ? Il n'y aurait plus, entre les aménagements raisonnables et l'action positive, qu'une différence de degré, et non de nature<sup>2430</sup>. Toute la problématique vient du fait que, lorsqu'il s'agit d'individus, et non de biens ou de marchandises<sup>2431</sup>, tout est à la fois comparable et incomparable, selon le critère de référence et le point de vue adoptés. « On ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes »<sup>2432</sup>. Les juridictions ne donnent souvent pas d'indication sur la nature de ces différences, mais plutôt sur le fait qu'elles doivent être avérées et suffisamment importantes<sup>2433</sup>.

**815.** On peut penser en effet qu'il y a un « travail de dévoilement de ce qui "est là" mais de manière invisible ou inaudible, implicite, indirecte »<sup>2434</sup> à faire, à la fois sur les normes et sur la société. Les préjugés, les discriminations, les inégalités sociales importantes ne doivent pas être niées et les juridictions européennes œuvrent de plus en plus à ce « travail de dévoilement ». Pour autant, leur appréciation est extrêmement délicate, notamment du fait de la difficulté de mesure et de la subjectivité de l'autorité qui les apprécie. Les appréhender et en faire une différence de situations entre les individus sont deux choses différentes.

## **2- Les difficultés d'utilisation de ces inégalités factuelles**

**816.** « L'appréciation de la licéité d'une différence de traitement s'avère [...] plus délicate lorsque cette dernière ne résulte pas d'une différence biologique et donc

---

de vue des associations militantes pour les droits des personnes LGBT, n'est pas le cas. CE, 28 septembre 2018, n° 421899, inédit.

<sup>2430</sup> Julie RINGELHEIM présente toutes ces mesures dans l'ensemble des mesures ayant pour but « d'adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs ». Voir « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs. Le pouvoir transformateur de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, pp. 57-82. Elle inclut dans « l'obligation d'aménagement », le fait de « reconnaître que la lutte contre la discrimination justifie qu'on exige des employeurs qu'ils prennent des mesures positives pour assurer aux travailleurs des chances égales d'accès à l'emploi, en remédiant aux désavantages que connaissent certains d'entre eux » (p. 82).

<sup>2431</sup> La Cour de justice suit une méthodologie de comparaison beaucoup plus approfondie et clarifiée quand il s'agit de non-discrimination fondée sur la nationalité sur les biens et marchandises sur le marché intérieur. Voir par exemple CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C 127/07 pts 25 à 38. La Cour compare « les secteurs de la sidérurgie, de la chimie et des métaux non ferreux » de manière très poussée.

<sup>2432</sup> D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 784.

<sup>2433</sup> Le Conseil d'État Français par exemple, a posé trois conditions pour instaurer une différence de traitement conforme au principe d'égalité : la différenciation doit résulter d'une loi, il doit exister entre les administrés des différences de situation appréciables et la différenciation doit résulter d'une nécessité d'intérêt général. CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n° 88032 et 88148, *Lebon*, confirmé par arrêt CE, 23 octobre 2009, *Oullins*, n° 329076.

Sur l'appréciation de ce critère, le Conseil d'État a aussi précisé qu'il faut que « la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit » CE Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, n° 220361, Rec. 586. Le Conseil constitutionnel français a la même approche. Voir par exemple, Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 14.

<sup>2434</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, « Théories du genre et théorie du droit » *Savoir/agir*, n° 20, juin 2012, pp. 54-55.

incontestable<sup>2435</sup>». Dans l'appréciation de rapports interindividuels, le droit court le risque de s'enliser dans une subjectivité inévitable et contestable. Trier et mesurer les inégalités sociales relève certainement de la mission impossible, étant donné que, généralement, la « situation discriminatoire [est] engendrée par un comportement collectif et inconscient »<sup>2436</sup>. Le caractère structurel de tels comportements et leur infiltration à tous les niveaux de la société rend terriblement vaine la question de leur mesure. Comment « saisir la réalité sociale des inégalités »<sup>2437</sup> ? La possibilité de manipuler les faits, ou d'orienter en tout cas les données récoltées pour appuyer un argument sur l'état d'une société et la nécessité d'adopter telle ou telle mesure est réelle et ne peut pas être négligée. Une « justification, à la fois politique et juridique consiste plus précisément à invoquer des faits qui s'imposeraient, en raison de leur connotation d'objectivité, à l'autorité qui pose ou maintient l'exception »<sup>2438</sup>. Cette connotation d'objectivité est trompeuse, particulièrement dans les données statistiques qui peuvent être utilisées voire manipulées à des fins très diverses. « Les faits sont tels que l'exception ne peut pas ne pas être ! »<sup>2439</sup>

**817.** Revenons ici au débat français autour de l'opportunité de collecter ou non des données ethno-raciales. Certains de ses farouches opposants, empreints de bonnes intentions, prétendent que le recueil de telles statistiques pourrait avoir pour effet pervers de valider des discours racistes. Si des statistiques venaient par exemple à révéler que les personnes issues de l'immigration africaine peuplaient plus abondamment les prisons, ou commettaient plus fréquemment des actes de délinquance, loin de produire une interrogation sur les causes de cette inégalité factuelle, elles pourraient au contraire étayer des propos racistes. Michel Troper parlait de la « mystérieuse transformation du fait en droit »<sup>2440</sup>. Orienter les faits pour rendre applicable un régime particulier et dérogatoire est un risque important. Emile Durkheim explique que l'on peut « faire appel aux faits » sans systématisme, « à titre d'exemples ou de preuves

---

<sup>2435</sup> H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, n° 57, 2004, p. 141.

<sup>2436</sup> B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, n° 31, 1997, p. 427.

<sup>2437</sup> E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, Université Paris-Ouest Nanterre, 2018, p. 425.

<sup>2438</sup> L. JANICOT, « L'exception et l'adaptation du droit aux faits », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>2439</sup> *Ibid.*

<sup>2440</sup> M. TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 137.



confirmatoires »<sup>2441</sup>. Il conclut que la méthode, consistant à aller des « idées aux choses », « ne saurait donner de résultats objectifs »<sup>2442</sup>.

**818.** Dans une certaine mesure, le handicap physique ou psychique est une donnée objective, constatée par un médecin, de même que la situation de grossesse<sup>2443</sup>. Mais comment définir les « désavantages » que l'action positive doit compenser, selon quelle méthodologie et à partir de quelle importance nécessitent-ils que le droit s'adapte au fait<sup>2444</sup>, ou que les faits créent un droit ? L'aménagement raisonnable vient prendre en considération une réalité jugée pérenne, même si l'on peut imaginer une société sans handicap ou totalement adaptée à toutes les formes de handicap. À l'inverse, les inégalités sociales évoluent, s'accroissent ou se résorbent, car elles peuvent être combattues par des moyens extra-juridiques. Guy Carcassonne parlait de se prémunir « contre l'illusion, souvent calamiteuse, qui consiste à prétendre apporter des réponses juridiques à des problèmes qui, étant sociaux, n'ont de réponses que sociales »<sup>2445</sup>.

**819.** Le droit ne peut vraisemblablement pas s'adapter à tous les particularismes et appréhender la complexité sociale dans ses moindres nuances. Laetitia Janicot alertait aussi sur la « rhétorique de la nécessité [qui] dissimule derrière "l'alibi des faits" une politique juridique »<sup>2446</sup>. Toute norme juridique et tout contrôle juridictionnel doivent reposer sur des critères définis et objectifs, autant que possible. Non pas dans le sens où l'on devrait nier l'existence d'une subjectivité dans le travail à la fois d'élaboration des normes et dans celui d'interprétation de celles-ci, mais dans le sens où une rationalisation est possible, en posant des critères préalablement déterminés et aussi objectifs que possible. Nous avons vu que la question de la mesure des effets inégalitaires d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique, dans le cadre de la discrimination indirecte, avait posé au juge un défi particulièrement grand. La mesure de ces effets inégalitaires est au cœur du raisonnement sur l'action positive. Non pas pour éradiquer les sources de ceux-ci, comme dans la lutte contre les discriminations indirectes, mais pour les compenser par une mesure préférentielle. On peut penser que si la Cour de justice a été capable de rationaliser son appréciation du « désavantage particulier » dans le cadre de la discrimination indirecte, elle pourrait le faire tout autant dans sa mesure des inégalités de fait

---

<sup>2441</sup> E. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2007, pp. 15-16.

<sup>2442</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2443</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 10 : « attribuer aux seules femmes un congé maternité ou une protection juridique pendant la grossesse ne ruine pas la logique universaliste dans la mesure où seules les femmes ont la possibilité d'enfanter ».

<sup>2444</sup> C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, p. 253.

<sup>2445</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Point, 2013, p. 44.

<sup>2446</sup> L. JANICOT, « L'exception et l'adaptation du droit aux faits », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 231.

et ainsi, donner les moyens de démontrer que des inégalités de fait sont suffisantes pour qu'un traitement différencié, sous forme de discrimination positive, soit requis. C'est le parti pris d'un certain nombre de défenseurs de cet outil.

**820.** Si la première hypothèse est éventuellement concevable, à condition que le juge rationalise sa méthode de prise en compte des inégalités sociales de manière plus approfondie, comme dans le cadre des discriminations indirectes, la seconde hypothèse qui permettrait d'éliminer la comparabilité des situations est bien plus incertaine voire, selon nous, dangereuse.

### ***B) Deuxième hypothèse : le lien entre les inégalités factuelles et les catégories protégées***

**821.** Les inégalités factuelles produites par les discriminations de toutes sortes qui existent au sein d'une société sont-elles liées au motif sur lequel se fondent les discriminations ? La piste de la vulnérabilité, notion dont la « déferlante a été aussi forte que soudaine »<sup>2447</sup> dans les contentieux européens, pourrait représenter le lien qui s'opère entre les motifs choisis et l'existence des inégalités factuelles<sup>2448</sup>. En d'autres termes, les discriminations toujours persistantes dans la société seraient la source d'une situation objective de vulnérabilité plus grande, entraînant la nécessité d'une reconnaissance particulière dans les normes, sous la forme de règles spécifiques. Si la piste de la vulnérabilité est intéressante (1), elle présente un risque grave selon nous, celui d'essentialiser les catégories victimes de discrimination, à contresens de la vocation égalitaire du droit de la non-discrimination (2).

#### **1- La piste d'une vulnérabilité particulière des catégories protégées**

**822.** Il est possible de considérer que « la lutte contre les inégalités de fait [implique] la prise en compte par le droit d'une réalité sociale inégalitaire et donc un jugement de valeur quant à la vulnérabilité des groupes discriminés »<sup>2449</sup>. Les discriminations créeraient une réalité sociale particulière qui place toute personne appartenant à la catégorie discriminée dans une situation objective de vulnérabilité. Selon certains, le racisme, comme d'autres mécanismes

---

<sup>2447</sup> M.-H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 8.

<sup>2448</sup> Amélie GOGOS-GINTRAND va jusqu'à définir la « catégorie » par le biais de cette notion : « par catégories de personnes, nous désignons des groupes de personnes identifiés en droit par leur vulnérabilité », in *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, op. cit., p. 223.

<sup>2449</sup> E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation*, op. cit., p. 352.

d'oppression, est « constitutif de relations sociales spécifiques »<sup>2450</sup>. De cette vulnérabilité pourrait venir la possibilité d'établir l'incomparabilité des situations. « Ce qu'il y a de particulier dans la situation de l'individu stigmatisé, c'est que la société lui dit "qu'il est un être humain normal, mais qu'en même temps il est dans une certaine mesure "différent", et qu'il serait vain de nier cette différence »<sup>2451</sup>. Identifier ces catégories comme étant celles que l'on doit protéger des discriminations directes et indirectes serait en soi la reconnaissance de la spécificité de leurs situations par rapport à celles des autres.

**823.** Certaines catégories d'individus, strictement désignées, ont été identifiées par les juges européens pour leur fragilité particulière<sup>2452</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme, d'abord<sup>2453</sup>, a souligné à plusieurs reprises que, « du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable [qui a] dès lors besoin d'une protection spéciale »<sup>2454</sup>. Dans l'arrêt *D.H. c. République tchèque*, qui représentait pour certains « le "chaînon manquant" en matière de discriminations à l'égard des groupes »<sup>2455</sup>, la Cour s'appuie sur la vulnérabilité des Roms pour découvrir « une forte présomption de discrimination indirecte »<sup>2456</sup>. Elle a aussi eu l'occasion de souligner que les demandeurs d'asile forment également « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale »<sup>2457</sup>. La notion de vulnérabilité devient presque « un mode de désignation des problèmes sociaux »<sup>2458</sup>, qui résulte d'un certain « sentimentalisme »<sup>2459</sup> du juge. Dans ces deux cas, le juge européen cherche, en attirant l'attention sur la particularité d'une situation, à écarter l'égalité de traitement.

---

<sup>2450</sup> J. COHEN, J. LINDGAARD, « De l'Atlantique noir à la mélancolie postcoloniale. Entretien avec Paul Gilroy », *Mouvements*, n° 51, 2007, p. 91.

<sup>2451</sup> E. GOFFMAN, *Stigmate, les usages sociaux des handicaps*, Paris, Les Editions de minuit, 1975, p. 146.

<sup>2452</sup> Sur ce processus, voir par exemple : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, 246 p. Plus spécifiquement : P. PEDROT, « Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », *RDSS*, 2011, p. 796 ; A. SIMON, « La vulnérabilité de la personne détenue », in P.-V. TOURNIER (dir.), *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 35-47 ; P. LAGRANGE, « Les personnes vulnérables » in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 223-272.

<sup>2453</sup> F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SANCHEZ, *Protecting Vulnerable groups : The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 481 p.

<sup>2454</sup> CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République*, n° 57325/00, § 182. Nous soulignons.

<sup>2455</sup> C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2017, p. 236.

<sup>2456</sup> CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République*, n° 57325/00, § 195.

<sup>2457</sup> CEDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 251.

<sup>2458</sup> E. DUBOUT, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 31.

<sup>2459</sup> *Ibid.*

**824.** Explicitement, la Cour de justice ne se réfère pas à la notion de vulnérabilité aussi largement que le fait la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2460</sup>, mais elle parle par exemple de « la vulnérabilité de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante » pour justifier le « droit à un congé de maternité »<sup>2461</sup>. La reconnaissance de la vulnérabilité a toujours pour objectif, au niveau juridictionnel, l'octroi de droits spécifiques<sup>2462</sup>, pour lutter contre « l'exclusion du corps social »<sup>2463</sup> qui peut en découler. Dans l'arrêt *Milkova*, la vulnérabilité particulière des travailleurs handicapés, jugés plus fragiles face à une décision de licenciement, était avancée par le gouvernement hongrois pour justifier une mesure d'action positive fondée sur l'article 7 §2 de la directive 2000/78<sup>2464</sup>. La résolution du Conseil du 17 juin 1999 sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées rappelait d'ailleurs « l'importance d'accorder une *attention particulière* notamment au recrutement, au maintien dans l'emploi et à la formation et à l'apprentissage tout au long de la vie des personnes handicapées »<sup>2465</sup>. La rhétorique de la différence apparaît souvent pour fonder la revendication de traitements préférentiels.

**825.** En France, Françoise Gaspard, qui défendit activement l'idée d'imposer la parité entre hommes et femmes par le droit constitutionnel, se justifiait, « non parce que les femmes sont différentes des hommes mais parce que l'expérience des unes et des autres, en raison de la construction du genre, ont fait que les unes et les autres ont une appréhension différente, aujourd'hui, des mots et des choses, de l'espace et du temps »<sup>2466</sup>. *In fine*, elle affirmait bien une différence objective entre les sexes, même si elle n'était que socialement construite, par opposition aux thèses différentialistes classiques, fondées sur des différences d'ordre biologique. « J'agissais comme un homme mais j'étais jugée comme une femme »<sup>2467</sup> écrivait encore l'avocate Gisèle Halimi dans son récit autobiographique pour mettre en lumière les effets d'un environnement façonné par des comportements discriminatoires.

---

<sup>2460</sup> Pour une analyse complète, voir S. BESSON, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'Homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., pp. 59-87.

<sup>2461</sup> CJCE, 20 septembre 2007, *Kiiski*, C-116/06, pt 29.

<sup>2462</sup> S. BESSON, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'Homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit. p. 73 : parmi les fonctions matérielles de la vulnérabilité, on trouve la vulnérabilité « comme base d'adoption de mesures spéciales de protection des personnes vulnérables discriminées ».

<sup>2463</sup> E. DUBOUT, « La vulnérabilité saisie par la Cour de justice de l'Union européenne », op. cit., pp. 35-36.

<sup>2464</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15.

<sup>2465</sup> JO 1999, C 186, p. 3. Nous soulignons.

<sup>2466</sup> F. GASPARD, « La parité, pourquoi pas ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 118.

<sup>2467</sup> G. HALIMI, *Le Lait de l'oranger*, Paris, Nrf Gallimard, 1988, p. 237.

**826.** La Cour européenne identifie des catégories précises de personnes vulnérables, les « Roms », les « demandeurs d’asile » ou encore les « mineurs »<sup>2468</sup> et la « femme enceinte »<sup>2469</sup>. Or, les catégories protégées en droit de la non-discrimination de l’Union sont, comme nous l’avons dit, « neutres » dans le sens où elles ne préjugent en rien de la catégorie qui sera effectivement saisie. La désignation est donc très problématique, dans l’optique d’établir l’existence d’une vulnérabilité, surtout si celle-ci sert à écarter l’applicabilité de la règle de l’égalité de traitement. Si Delphine Tharaud n’hésite pas à affirmer que « les discriminations positives participent à la relation moderne qu’entretiennent l’égalité et la vulnérabilité »<sup>2470</sup>, il paraît dangereux de mêler ces deux notions.

## **2- Le risque de l’essentialisation<sup>2471</sup> des catégories**

**827.** Marc-Henry Soulet appelle à une modération vis-à-vis de la notion de vulnérabilité dont il déplore le « peu de sérieux analytique », « tant elle se donne à voir comme une catégorie du sens commun qui vient prendre le relais de notions plus anciennes comme la marginalité, l’exclusion »<sup>2472</sup>. La volonté d’écarter la comparabilité des situations, dans le cadre de la discrimination positive, présente indéniablement selon nous le « risque de réinstauration d’un droit fondé sur la différence et l’appartenance communautaire »<sup>2473</sup>. Non pas la pratique de la discrimination positive en elle-même, mais l’idée de la fonder sur l’incomparabilité pour exclure la règle de l’égalité de traitement *stricto sensu*. Si la position dérogatoire de la discrimination positive n’est pas satisfaisante dans le droit de l’Union en raison de l’interprétation stricte qui en découle, nous pensons que la voie de l’incomparabilité des situations n’est pas la bonne voie pour en sortir. « La prise en considération "compensatoire" ou "adaptative" de la grossesse et de la maternité, du handicap [...] se fonde sur une constatation de différence objective [...]. Le facteur à l’origine de la différence – naturelle ou culturelle –

---

<sup>2468</sup> CEDH, 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09.

<sup>2469</sup> CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, § 159.

<sup>2470</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>2471</sup> On peut définir l’essentialisation ou l’essentialisme comme « le présupposé selon lequel tous les membres d’un groupe donné partagent certaines caractéristiques identitaires essentielles qui les distinguent de façon exclusive des membres de tous les autres groupes ». J. MANSBRIDGE, « Les noirs doivent-ils être représentés par des noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 61.

<sup>2472</sup> M.-H. SOULET, « La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence », *op. cit.*, p. 12.

<sup>2473</sup> A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, *op. cit.*, p. 227.

entre deux individus est alors *endogène* : il naît par les personnes, leur est "intrinsèque" et "direct" »<sup>2474</sup>.

**828.** Même dans le cas du handicap, une telle affirmation d'objectivité est contestable. « Le handicap n'est pas seulement un problème de santé. Il s'agit d'un phénomène complexe qui découle de l'interaction entre les caractéristiques corporelles d'une personne et les caractéristiques de la société où elle vit »<sup>2475</sup>. La conception sociale qui se concentre sur l'environnement<sup>2476</sup> a gagné du terrain dans la doctrine institutionnelle internationale et consiste précisément à remettre en cause le caractère objectif du handicap pour en faire une question liée au point de vue adopté pour l'observer. Dans une société normée par rapport aux besoins des personnes non-handicapées, le handicap apparaît comme « la perte ou la limitation des possibilités de participer, sur un pied d'égalité avec les autres individus, à la vie de la communauté »<sup>2477</sup>. Le handicap évolue en même temps que l'environnement dans lequel il est placé, son objectivité est donc tout aussi relative. Malgré tout, l'idée d'une vulnérabilité et de la nécessité d'une action compensatrice en faveur des personnes handicapées est socialement plus acceptée. Pour les autres catégories, parler d'une vulnérabilité n'est guère acceptable.

**829.** Une partie du combat féministe a précisément consisté à sortir d'une vision essentialiste ou différencialiste des sexes<sup>2478</sup>, dans laquelle c'est la fragilité supposée de la femme, le « sexe faible », qui justifiait son infériorisation sociale. Un discours destiné à objectiver la vulnérabilité du sexe féminin, en la fondant sur de prétendues différences d'ordre biologique, permettait de valider l'existence de différences de traitement en droit<sup>2479</sup>. « La femme, l'indigène ou le Juif tout au long de l'histoire et jusqu'à des temps non si lointains, ont

---

<sup>2474</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, *et al.* (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, p. 228.

<sup>2475</sup> Voir le site officiel de l'Organisation Mondiale de la santé : <http://www.who.int/topics/disabilities/fr/>

<sup>2476</sup> Voir M. OZGA-ULLA, « Handicap et droit international et européen », in F. FABERON, S. URDICIAN (dir.), *Culture, droit et handicap*, Aix-en Provence, PUAM, 2017, p. 57.

<sup>2477</sup> Programme d'action mondiale concernant les personnes handicapées adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à sa trente-septième session, par sa résolution 37/52 du 3 décembre 1982, p.

<sup>2478</sup> E. GROSZ « A note on Essentialism and Difference », in S. GUNEW (dir.), *Feminist Knowledge: Critique and construct*, Londres, Routledge, 1990, pp. 332-344 ; E. BADINTER, « Non aux quotas de femmes », in M. AMAR (dir.) *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Paris, Hachette Littératures, 1999, p. 20 ; D. SALLENAVE, « La difficile gloire de la libre existence », in M. AMAR (dir.) *Le Piège de la parité, op. cit.*, p. 31 ; N. FRASER, M. PLOUX, « Multiculturalisme, anti-essentialisme et démocratie radicale. Genèse de l'impasse actuelle de la théorie féministe », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 36.

<sup>2479</sup> On peut en trouver une illustration percutante dans l'argumentation du Gouvernement néerlandais dans l'arrêt CEDH, 21 février 1997 *Van Raalte c. Pays Bas*, n° 20060/92, §37 : « lorsque la règle en question avait été adoptée, elle avait été justifiée par les attitudes sociales qui prévalaient à l'époque : on était parti de l'idée que les femmes qui n'avaient pas d'enfants et qui selon toute vraisemblance n'en auraient jamais souffraient de cette situation, et on avait jugé qu'il serait incorrect de leur imposer la charge émotionnelle supplémentaire d'avoir à verser des contributions au titre d'un régime d'allocations familiales ».

été pensés, sous couvert de naturalisme » comme des êtres inférieurs<sup>2480</sup>. Le droit a donc largement contribué à perpétuer des différences entre des catégories d'individus aujourd'hui reconnus comme égales<sup>2481</sup>, voire à les créer. Voir dans l'existence de discriminations, de préjugés et dans leurs effets structurels dans la société, une source différenciant les individus de manière objective, en fonction de critères d'appartenances, risque de perpétuer les exclusions, de figer les stéréotypes et l'idée que tous ne doivent pas être égaux en droit.

**830.** La vulnérabilité des catégories discriminées, si elle existe, n'a pas pour source l'appartenance à la catégorie, mais bien l'auteur de la discrimination dont il faut combattre les comportements. Faire le lien entre les inégalités factuelles et la caractéristique personnelle, comme le sexe, la race, etc., revient à déplacer l'attention sur la victime, au lieu de l'auteur des discriminations et leurs sources. La discrimination positive se présente comme une réparation des torts injustes subis par une catégorie, un « rachat de la discrimination »<sup>2482</sup>, la vulnérabilité essentialise au contraire la situation particulière de la catégorie.

**831.** Reprenons ici deux arrêts que nous avons déjà analysés, séparés de vingt ans. En 1991, dans l'arrêt *Stoeckel*<sup>2483</sup>, était en cause le dispositif du code du travail français interdisant le travail de nuit aux femmes « notamment dans les usines, manufactures et ateliers de quelque nature que ce soit ». En 2011, dans l'arrêt *Test-Achats*, était contestée la validité de la pratique des tarifs d'assurance différenciés entre les hommes et les femmes, en raison de statistiques divergentes selon le sexe des assurés face aux « comportements à risque »<sup>2484</sup>. Au cœur de ces deux affaires, à deux époques différentes, se trouve la question de la comparabilité entre les hommes et les femmes<sup>2485</sup>. Dans la première, le Gouvernement français invoquait un objectif de « protection de la main d'œuvre féminine »<sup>2486</sup> ; dans la seconde, les assureurs s'appuyaient sur l'existence d'une propension aux risques moins élevée chez les femmes. Dans les deux

---

<sup>2480</sup> A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, op. cit., pp. 261-262.

<sup>2481</sup> Voir par exemple l'article de référence d'H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, « Feminist approaches to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 613.

<sup>2482</sup> P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 2008, n° 264.

<sup>2483</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89.

<sup>2484</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, C-236/09.

<sup>2485</sup> *Ibid.*, pt 27 : « Le Conseil exprime ses doutes sur le point de savoir si les situations des assurés de sexe féminin et de sexe masculin, dans le cadre de certaines branches de l'assurance privée, peuvent être considérées comme étant comparables, étant donné que, du point de vue de la technique des assureurs, qui classent les risques sur la base des statistiques en catégories, les niveaux de risque assuré sont susceptibles d'être différents chez les femmes et les hommes ».

<sup>2486</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, op. cit., pt 15.

affaires, les mesures sont plutôt « avantageuses » pour les femmes que l'on cherche à protéger dans le premier cas, à faire payer moins cher leur assurance dans le second.

**832.** Dans l'arrêt *Stoeckel*, la Cour répond que « quels que puissent être les inconvénients du travail de nuit, il n'apparaît pas que, sauf en cas de grossesse et de maternité, les risques auxquels les femmes sont exposées dans un tel travail soient, de façon générale, différents par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes »<sup>2487</sup>. Dans l'arrêt *Test-Achats*, elle juge invalide le traitement différencié en matière d'assurances, sans développer sur la comparabilité. Elle fait toutefois primer l'objectif d'égalité de traitement de la directive 2004/113<sup>2488</sup>. On peut penser que « le degré d'exposition à certains risques peut varier en fonction de l'appartenance sexuelle *indépendamment de toute différence biologique* entre les deux sexes. L'écart de sinistralité s'explique alors par des comportements, des modes de vie ou de consommation qui varient statistiquement d'un sexe à l'autre sans explication physiologique »<sup>2489</sup>. On peut aussi penser que cette absence de différence « biologique » ou objective a effectivement été déterminante dans le raisonnement de la Cour de justice. « S'ils diffèrent statistiquement d'un sexe à l'autre, cela n'a rien à voir avec la nature ou les hormones : le sexe est ici le proxy du genre c'est-à-dire du "sexe social", ou de "la différence des sexes construite socialement, ensemble dynamique de pratiques et de représentations, avec des activités et des rôles assignés, des attributs psychologiques, un système de croyances" »<sup>2490</sup>. L'avocate générale allait même plus loin en suggérant qu'il n'était même plus possible de faire le lien entre le sexe social et les différences comportementales observées par les assureurs<sup>2491</sup>.

**833.** Valider une interdiction totale pour les femmes de travailler de nuit revenait à valider une sorte de différence essentielle entre les sexes face aux risques du travail nocturne<sup>2492</sup>. Comme nous l'avons dit, le stéréotype de fragilité supposée des travailleuses par rapport aux

---

<sup>2487</sup> *Ibid.*

<sup>2488</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, C-236/09, pt 30.

<sup>2489</sup> S. GROSBON, « La décision Test-achats c. Belgique, CJCE 1<sup>er</sup> mars 2001, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lecture d'un exemple concret », in D. ROMAN, M. MÖSCHEL, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 131.

<sup>2490</sup> G. CALVÈS, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *op. cit.* L'auteure cite F. THEBAUD, *Ecrire l'histoire des femmes*, 2<sup>e</sup> éd., ENS édition, 2007, p. 114.

<sup>2491</sup> Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane KOKOTT présentées le 30 septembre 2010, aff. C-236/09, pt 61 : « L'évolution sociale et l'importance décroissante des rôles traditionnels qui l'accompagnent ne permettent plus d'établir un lien univoque entre les effets de facteurs comportementaux sur la santé et l'espérance de vie d'une personne, d'une part, et son appartenance à un sexe déterminé, d'autre part ».

<sup>2492</sup> L'avocat général TESAURO, qui quelques années après fera des conclusions très hostiles aux mesures de discrimination positive pour l'arrêt *Kalanke*, estimait aussi qu'il n'y avait pas lieu d'évaluer différemment les risques auxquels sont exposés les femmes et les hommes face au travail de nuit, in Conclusions présentées le 24 janvier 1991, aff. C-345/89.



travailleurs a longtemps servi à exclure les femmes de certaines professions. Pour Jane Mansbridge, l'inconvénient le plus important des quotas destinés à améliorer la représentativité de certaines catégories discriminées est leur « propension à renforcer la tendance à l'"essentialisme" »<sup>2493</sup>. L'incomparabilité réveille des souvenirs historiques douloureux d'inégalités en droit et nous avons vu que la Cour refuse les mesures qui vont dans le sens d'un renforcement des rôles stéréotypés et des déterminismes sociaux.

**834.** Lier la vulnérabilité et les catégories discriminées en général, comme cela a pu être fait pour les Roms, est une piste à manier avec beaucoup de prudence et ne représente pas une voie de légitimation satisfaisante des discriminations positives. Il est indispensable d'affirmer l'utilité de l'action positive sans renoncer ni à la comparabilité ni à l'égalité de traitement.

## §2) L'affirmation de l'action positive sans renoncer à la comparabilité

**835.** Il est un discours, « à contrecourant de la conception révolutionnaire de la règle de droit, [qui] met en avant la plus grande efficacité, la meilleure acceptabilité sociale de la norme juridique édictée "sur mesure" »<sup>2494</sup>. Une égalité « sur mesure » impliquerait la reconnaissance d'un droit subjectif<sup>2495</sup> à la différence de traitement, qui coexisterait avec le droit individuel à l'égalité de traitement. Il est inconcevable de reconnaître l'existence d'un tel droit, permettant à tout individu capable de démontrer que des inégalités factuelles existent entre lui et un autre individu et que des droits particuliers devraient y correspondre (1). L'assimilation, même artificielle, entre les individus est la condition *sine qua non* d'un droit juste, c'est-à-dire d'un droit qui ne sombre pas dans l'arbitraire. Nous partageons donc, avec mesure, l'idée que « le principe d'égalité devant la loi n'est pas une valeur abstraite, mais un concept opératoire,

---

<sup>2493</sup> J. MANSBRIDGE, « Les noirs doivent-ils être représentés par des noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 61.

À l'inverse d'autres estiment qu'« il est impossible pour les hommes de représenter les femmes ». C. BOYLE, « Home Rule for Women : Power Sharing between Men and Women », *Dalhousie Law Journal*, vol. 7, n° 3, 1983, p. 797.

<sup>2494</sup> L. JANICOT, « L'exception et l'adaptation du droit aux faits », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 228.

<sup>2495</sup> Un droit subjectif, selon la théorie fondamentale établie par J. DABIN dans *Le droit subjectif*, 1<sup>e</sup> éd. 1952, Paris Dalloz, 2007, pp. 103-104, réunit trois éléments. D'abord, « un lien d'appartenance » entre une personne et une chose (un bien, un intérêt, une valeur) reconnu par le droit objectif, un « pouvoir de maîtrise » de la personne sur cette chose, qui s'impose « au respect de tout le monde » et ouvre l'accès à « des voies de droit » pour rendre ce droit effectif.

indispensable à l'intériorisation du lien social »<sup>2496</sup>. La Cour de justice marque fréquemment sa préférence pour ce qu'il y a de commun entre les individus et non pour ce qu'il y a de différent (B).

### **A) L'inconcevabilité d'un droit subjectif à la différence de traitement**

**836.** Parler de « droit à la différence », expression mal définie et pourtant couramment employée dans la doctrine<sup>2497</sup>, nous fait définitivement aborder une « zone de grand flou »<sup>2498</sup>. L'expression n'est jamais employée par la Cour de justice. Aucun texte ne peut permettre de fonder l'existence d'un tel droit subjectif en droit de l'Union. Pourtant, une partie de la doctrine n'hésite pas à voir en l'action positive un outil au service d'un « droit à la différence dont la substance demeure incertaine »<sup>2499</sup>. Ce manque de conceptualisation est dommageable car « toute interrogation sur la *différence* désorganise les discours juridiques »<sup>2500</sup>. Nous pensons qu'il est préférable d'adopter une approche restrictive de ce « droit à la différence ». Un tel droit subjectif n'existe que dans le cadre du droit, notamment international, au profit de certaines minorités nationales, dans un sens précis (1). L'assimilation de la discrimination positive ou de l'action positive en général à ce contexte précis est dommageable et confus, il nous paraît nécessaire de bien distinguer leur logique (2).

#### **1- Un « droit à la différence » limité à la protection des minorités nationales**

**837.** Nous pensons résolument, à l'instar de Geneviève Koubi, qu'il faut lier l'idée d'un droit à la différence à la question minoritaire et culturelle<sup>2501</sup>. Ainsi, c'est à propos de la

---

<sup>2496</sup> A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 143.

<sup>2497</sup> Voir D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, 256 p. ; N. ROULAND, (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 310 p. ; G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France », *RTDH*, 1993, p. 243 ; D. FIORINA, « Mode de vie : la consécration du droit à la différence », *D.*, 2002, p. 2758 ; D. TURPIN, « République et décentralisation », *AJDA*, 2003, p. 1577.

<sup>2498</sup> Expression de Danièle LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, novembre 1987, p. 780.

<sup>2499</sup> G. KOUBI, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in N. ROULAND, (dir.), *Le droit à la différence*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>2500</sup> *Ibid.*

<sup>2501</sup> *Ibid.*, p. 266. Voir aussi pour une approche complète, M. WIEWORKA, J. OHANA (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats*, Paris, Balland, 2001, 479 p.

« formation du droit des minorités et des peuples autochtones »<sup>2502</sup>, notamment en droit international<sup>2503</sup>, qu'il est le plus juste de parler d'un tel droit subjectif, collectivement accordé aux membres de ces minorités, et opposable. Les instruments visant à reconnaître et protéger les particularismes de certaines minorités se sont multipliés<sup>2504</sup>, à partir de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses, et linguistiques en 1992<sup>2505</sup>. Au niveau européen, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Convention cadre pour la protection des minorités nationales<sup>2506</sup> le 10 novembre 1994<sup>2507</sup>.

**838.** En l'absence de « définition universellement reconnue de la notion de minorité »<sup>2508</sup>, nous nous référerons au travail précieux de Yaël Attal-Galy, qui distingue bien la notion de minorité de celle de catégorie d'individus à laquelle nous nous référons pour l'action positive. « La notion de minorité est abordée sur la base de critères objectifs : le nombre, les particularismes des langues, des religions, des cultures et sur le fondement d'un critère subjectif : le sentiment d'identité du groupe minoritaire et la volonté de ses membres de conserver cette identité »<sup>2509</sup>. Elle ajoute que « les minorités sont comprises comme des groupes dont les caractéristiques culturelles, les conduites sociales ou les traditions spécifiques diffèrent de l'ensemble de la population d'un territoire et s'opposent à celles inculquées ou imposées par l'État »<sup>2510</sup>. La protection des minorités culturelles est tournée vers la promotion de la diversité<sup>2511</sup>, davantage que vers la lutte contre les discriminations, même s'il est évident que les groupes minoritaires ont tendance à les subir.

---

<sup>2502</sup> N. ROULAND, « L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les Conventions et Traités internationaux », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, op. cit., p. 191.

<sup>2503</sup> Voir I. CLAUDE, *National Minorities : An international Problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1955, 213 p.

<sup>2504</sup> Voir H. H. WEI, *A Dialogical Concept of Minority Rights*, Leiden, Nijhoff, 2016, pp. 7-67.

<sup>2505</sup> Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

<sup>2506</sup> Pour une étude, voir F. BENOIT-ROHMER, *Les minorités, quels droits ? Etude de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 175 p.

<sup>2507</sup> Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1998 et est ratifiée aujourd'hui par 39 Etats. La France ne l'a ni signée, ni ratifiée.

<sup>2508</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, op. cit., p. 205.

<sup>2509</sup> Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 11.

<sup>2510</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>2511</sup> Voir par exemple : Comité européen des droits sociaux, 19 octobre 2009, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France*, Décision sur le bien-fondé n° 51/2008 : « dans une société démocratique, il faut [...] percevoir la diversité humaine de manière positive », à propos du mode de vie tsigane.

O. de FROUVILLE « Le juge international », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 294 : « L'égalité s'affirme donc, dans cette perspective, comme un principe de diversité ».

Pour une critique, voir F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 2 : « N'est-il pas imprudent de multiplier les références à ce

**839.** La Cour permanente de justice internationale affirmait dès l'arrêt *Ecoles minoritaires en Albanie* en 1935<sup>2512</sup> que le droit international sur la protection des minorités a vocation « d'assurer à des groupes sociaux incorporés dans un État, dont la population est d'une race, d'une langue ou d'une religion autre que la leur, la possibilité d'une coexistence pacifique et d'une collaboration cordiale avec cette population, tout en gardant les caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité et en satisfaisant aux exigences qui en découlent ». La sauvegarde des différences, des particularités, est au cœur de la protection des minorités nationales.

**840.** La jurisprudence du juge interaméricain va dans le même sens<sup>2513</sup>, la protection des populations indigènes est un souci constant. Laurence Burgorgue-Larsen note que la Cour interaméricaine, dans l'affaire *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay*<sup>2514</sup>, « présente les deux éléments structurants de ce qui peut apparaître, à terme, comme un "droit indigène" qu'elle participe à construire »<sup>2515</sup>. L'article 24 de la Convention américaine des droits de l'Homme garantissant l'égalité devant la loi « sans discrimination d'aucune sorte », doit « se conjuguer avec la prise en considération du particularisme culturel »<sup>2516</sup>, en s'appuyant sur l'article 1 §1 de la Convention, obligeant les États à « garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ».

**841.** Il est en effet établi devant la plupart des organes et juridictions qui s'en sont préoccupés que la protection des minorités nationales ou peuples indigènes passe par l'octroi de droits différenciés<sup>2517</sup>. Le comité des droits de l'Homme reconnaît que les États devront « parfois prendre des *mesures positives* pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion, en

---

terme nouveau et très imprécis de diversité alors qu'il faudrait s'efforcer de donner pleine réalisation au droit des discriminations, du reste suffisamment complexe et souvent mal compris ? ».

<sup>2512</sup> CPJI, avis consultatif du 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64.

<sup>2513</sup> Voir L. BURGORGUE-LARSEN, « Le juge interaméricain et les minorités nationales », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 291 et s.

<sup>2514</sup> Cou. IDH, 17 juin 2005, Fond et réparations, *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay*, Série C, n° 125, § 51.

<sup>2515</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Le juge interaméricain et les minorités nationales », op. cit., p. 292.

<sup>2516</sup> *Ibid.*

<sup>2517</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « The rights of indigenous peoples », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES (dir.), *The inter-american Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp. 497-528.

commun avec les autres membres de leur groupe »<sup>2518</sup>. Plus spécifiquement le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommande aux États membres, dans leurs politiques éducatives, de dégager des « moyens adéquats et de structures souples indispensables pour refléter la diversité de la population rom/tsigane en Europe et pour tenir compte de l'existence de groupes roms/tsiganes ayant un mode de vie itinérant ou semi-itinérant. À cet égard, le recours à un système d'éducation à distance, s'appuyant sur les nouvelles technologies de la communication pourrait être envisagé »<sup>2519</sup>.

**842.** Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, ce sont aussi les requérants Roms et Tsiganes qui ont permis de faire une place aux revendications des minorités culturelles nationales, dans leur volonté de défendre leur mode de vie nomade<sup>2520</sup>. Bien qu'elle ne soit pas aussi avancée que le Comité européen des droits sociaux sur ce point<sup>2521</sup>, l'arrêt *Chapman* rendu en grande chambre en 2001<sup>2522</sup>, s'est engagé « résolument sur la voie de la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires »<sup>2523</sup>. Selon la Cour, « la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »<sup>2524</sup>, ce qui peut se traduire par des obligations positives à la charge des Etats, fondées sur la combinaison de l'article 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>2525</sup>.

**843.** L'on voit tout de suite ce qui distingue les bénéficiaires de ce droit à la différence, sauvegardant la diversité culturelle, et les bénéficiaires de l'action positive, qui sont potentiellement tous les individus placés dans une situation d'exclusion par rapport au marché, sans considération pour leur statut de « minoritaire ». Les femmes ne constituent certainement pas une « minorité » au sens que nous avons vu, quand bien même certains voient en elles une

---

<sup>2518</sup> Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 23 (article 27), 1994, § 6.2.

<sup>2519</sup> Recommandation (2000) 4 du Comité des Ministres sur l'éducation des enfants Roms/Tsiganes en Europe, adoptée le 3 février 2000, lors de la 696e réunion des Délégués des Ministres.

<sup>2520</sup> Voir J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, op. cit., p. 213.

<sup>2521</sup> Voir par exemple Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2004, *FIDH c. France*, Décision sur le bien-fondé n° 14/2003.

<sup>2522</sup> CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman. c. Royaume-Uni*, n° 24882/94, 27238/95, 24876/94, 25154/94, 25289/94.

<sup>2523</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités », op. cit., p. 214.

<sup>2524</sup> CEDH (GC), 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, op. cit., § 96.

<sup>2525</sup> En ce sens, voir l'analyse de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 197-222.

sorte de « minorité sociale »<sup>2526</sup>. En dépit de cela, il règne une grande confusion autour de la place du « droit à la différence », qui amène certains auteurs à des assimilations regrettables.

## 2- La confusion dommageable autour du « droit à la différence »

844. « La définition d'un *droit à la différence* ressort de l'énigme »<sup>2527</sup>, et pourtant, tout est affaire de définition. Sans définir ni la notion de minorité<sup>2528</sup>, ni celle de discrimination positive, certaines assimilations sont fréquemment faites. Petros J. Parapas, dans un article sur la « réticence européenne au regard des discriminations positives », évoque le fait que la Cour européenne ne met pas « à la charge de l'Etat une obligation d'adopter des mesures nécessaires à la jouissance du droit des membres de la minorité tzigane de suivre leur mode de vie traditionnel »<sup>2529</sup>, qui ressort clairement de la protection des spécificités culturelles des minorités<sup>2530</sup>. Marc de Vos, dans son analyse des actions positives adoptées par les États membres, parle des « arrangements institutionnels pour les minorités autochtones, la promotion de leur langue, la protection de leur territoire, des règles préférentielles relatives à leur représentation politique »<sup>2531</sup> en Allemagne. Il place donc sur le même plan ce qui relève selon nous de la protection des minorités nationales dans le but de préserver la diversité culturelle et des règles préférentielles pour améliorer leur représentation politique, qui sont effectivement des actions positives au sens du droit de l'Union. Laurence Burgorgue-Larsen parle aussi de « discriminations positives » découvertes par le juge interaméricain au bénéfice des peuples indigènes<sup>2532</sup>. Bertrand Seiller met sur le même plan « la revendication de l'instauration de discriminations positives » et le « droit à la différence »<sup>2533</sup>.

---

<sup>2526</sup> C'est-à-dire « dans le sens de groupe doté d'un moindre pouvoir », au-delà de la seule « disproportion numérique ». C. GUILLAUMIN, « Sur la notion de minorité », *L'Homme et la Société*, n° 77-78, 1985, pp. 101 et 102.

<sup>2527</sup> G. KOUBI, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in N. ROULAND, (dir.), *Le droit à la différence*, op. cit., p. 266.

<sup>2528</sup> À ce propos, voir P. RIGAUX, « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, 1997, vol. 30, pp. 155-175.

<sup>2529</sup> P. J. PARARAS, « La réticence européenne au regard des discriminations positives », in *Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 460.

<sup>2530</sup> O. DE SCHUTTER fait également cette assimilation, voir « Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », *RTDH*, 1997, pp. 47-93.

<sup>2531</sup> M. du VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 42.

<sup>2532</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Le juge interaméricain et les minorités nationales », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 291 et s.

<sup>2533</sup> B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 979-980.

**845.** Sans consensus sur les termes mobilisés, les positions doctrinales se confrontent et se contredisent. Timo Makkonen note par exemple que l'article 1 §4 sur les mesures spéciales de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a « causé une grande confusion »<sup>2534</sup>. Certains commentateurs y ont vu une remise en cause potentielle des droits des minorités, c'est-à-dire de ceux « qui préservent et développent leur identité et héritage culturels, linguistiques et religieux », étant donné que de telles mesures ne sont pas temporaires, comme l'exige l'article 1 §4<sup>2535</sup>. D'autres auteurs y ont vu au contraire une légitimation de tels droits. Pourtant, l'article 1 §4 ne concerne *a priori* pas les droits des minorités culturelles à la différence de traitement aux fins de respecter leurs particularités identitaires, mais bien les mesures destinées à favoriser l'inclusion des groupes ethniques et raciaux victimes de discriminations. Ces réactions sont tout à fait symptomatiques de la confusion qui règne autour des différentes différenciations juridiques autorisées dans les ordres juridiques, en dépit de la proclamation d'un principe d'égalité en droit.

**846.** Plutôt que le « refus de choisir entre l'assimilation et la différenciation, entre le droit à l'égalité et le droit à la différence »<sup>2536</sup>, nous pensons que c'est l'absence de définition claire entre les deux qui « ne contribue pas à la clarté des débats contemporains »<sup>2537</sup>. Une telle question devrait pourtant se poser d'autant moins dans l'ordre juridique de l'Union européenne qu'il n'est pas vraiment question de la protection des minorités nationales et culturelles<sup>2538</sup>. Si le préambule de la directive 2000/43 parle de « minorités », ce sont bien les « minorités ethniques »<sup>2539</sup> qu'elle vise, dans l'optique de favoriser leur intégration sociale, et non de valoriser leur identité culturelle, religieuse ou linguistique. Minorités est ici entendu dans un sens purement numérique, à savoir l'existence de communautés ethniques qui n'appartiennent pas à la majorité ethnique sur le territoire national et qui vivent la discrimination raciste et l'exclusion.

**847.** Il a été abondamment reproché aux droits de l'Homme « de transformer les désirs individuels les plus farfelus en droits subjectifs qui détruisent par pulvérisation les piliers de la

---

<sup>2534</sup> T. MAKKONEN, *Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe*, MartinusNijhoff Publishers, 2012, p. 133. Nous traduisons.

<sup>2535</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>2536</sup> A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice », *RFDA*, 1998, pp. 519-523.

<sup>2537</sup> *Ibid.*

<sup>2538</sup> Pour nuancer, voir R. YAKEMTCHOUK, « L'Union européenne et la protection des minorités nationales en Lettonie et Estonie », *Revue du Marché commun/Revue de l'Union européenne*, n° 476, 2004, pp. 160-168.

<sup>2539</sup> Préambule de la directive 2000/43, pt 8.

société »<sup>2540</sup>. Il faut donc se garder de faire de l'action positive, entendue au sens strict des textes du droit dérivé de l'Union, une quelconque consécration d'un droit à la différence au profit de toute catégorie socialement désavantagée. En réalité, la protection des minorités, telle que nous l'avons rapidement présentée, et l'action positive, diffèrent par leurs bénéficiaires autant que par leur objectif. Dans le premier cas, la minorité est définie par un faisceau d'indices, elle « désigne tout groupe social porteur de traits relativement indélébiles, tels que la langue, la religion, la fidélité à des traditions ancestrales »<sup>2541</sup>, et non nécessairement par rapport à une caractéristique isolément considérée comme dans les mesures d'action positive.

**848.** Ensuite, l'objectif de la protection des minorités nationales est de protéger les particularismes culturels de ce groupe, quand l'action positive vise l'intégration et l'égalité des chances. La Charte des droits fondamentaux ne mentionne les « minorités nationales » que pour interdire à son article 21 les discriminations fondées sur ce motif. En outre, son article 22 énonce que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». À partir de cela, et du fait que le principe d'égalité oblige à traiter différemment les situations objectivement différentes, on peut imaginer que la Cour de justice oblige les États à prendre des « mesures positives », pour reprendre l'expression du Comité des droits de l'Homme, afin protéger la diversité. Ces mesures positives ont le sens ici d'obligations positives, et non de mesures d'action positive.

**849.** La discrimination positive s'érige contre « des mécanismes d'exclusion dont tout indique qu'ils sont structurels » et cherche, « à terme, à éradiquer la discrimination "négative" »<sup>2542</sup>. En aucun cas elle n'a pour objectif de valoriser les différences et la diversité, puisque son objectif est au contraire l'égalisation. En ce sens, et vu cet objectif tout à fait conforme à la valeur de l'égalité, elle nourrit sans doute des fantasmes très excessifs et tenant souvent davantage à l'imagination du commentateur qu'à la réalité juridique. « L'infinie diversité de situations des hommes dans la société contemporaine » où « toute différence est

---

<sup>2540</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « Le contrôle de comparabilité des situations familiales par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 443.

Voir aussi, A.-M. LE POURHET, « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence, op. cit.*, p. 251 : « le propre du discours postmoderne est ainsi de transformer *a priori* en droit n'importe quelle revendication, aspiration, envie ou pulsion ».

<sup>2541</sup> F. RIGAU, « Le droit à la différence aux États-Unis d'Amérique », in N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence, op. cit.*, p. 45.

<sup>2542</sup> G. CALVÈS, « La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives : faut-il réviser la Constitution ? », in *Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, p. 229.



facilement ressentie comme injuste »<sup>2543</sup> est appréhendée par l'action positive, sans renoncer à la comparabilité des situations. Le juge de l'Union ne manque pas d'affirmer sa préférence pour le commun.

### **B) L'affirmation d'une préférence pour le commun**

**850.** La récurrence d'une rhétorique consistant à opposer, particulièrement en France, une « égalité formelle », définie comme égalité en droits, et toute différenciation juridique, empêche souvent qu'un vrai débat ait lieu sur le sens de l'égalité, qui ne saurait être que juridique. L'égalité est avant tout une valeur morale, philosophique et politique, que le juriste emprunte en tant qu'objectif, en déployant ses propres outils pour tenter de la réaliser. « Tandis qu'une appréciation concrète de l'égalité se satisfait, voire impose, une différenciation des personnes, l'égalité abstraite y est hostile »<sup>2544</sup>. Mais qu'est-ce que l'égalité abstraite, ou formelle, ou *de jure* ? Cette hiérarchisation sans fin opérée entre des conceptions divergentes de l'égalité semble parvenir au bout de son utilité, tant conceptuelle que pratique. Si le droit poursuit inlassablement l'égalité, il doit appréhender cet objectif dans toute sa complexité et non de manière limitée, comme seule égalité « en droits ». L'égalité par le droit a un rôle à jouer. La différenciation juridique apparaît donc, dans le cadre de la discrimination positive, non comme un objectif ou le contenu d'une norme, mais comme une méthode, un moyen destiné à atteindre l'objectif d'égalité (1). La place de la discrimination positive pourrait ne plus être dérogatoire si le juge de l'Union et *a fortiori* le législateur abandonnaient la hiérarchie entre les « objectifs égalitaires », comme le droit international invite à le faire (2).

#### **1- La différenciation juridique comme méthode pour parvenir à l'égalité**

**851.** Les auteurs français qui voient dans la discrimination positive un « scandale »<sup>2545</sup>, une « fissure »<sup>2546</sup> dans la logique du principe de l'égalité<sup>2547</sup>, confondent souvent deux niveaux

---

<sup>2543</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>2544</sup> A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 187.

<sup>2545</sup> A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 133.

<sup>2546</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 415.

<sup>2547</sup> Voir A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, p. 55.

de réflexion. D'abord, le niveau de l'objectif fixé par la norme, ensuite, celui des moyens déterminés par la norme pour l'atteindre. Toutes les directives que nous étudions fixent comme objectif l'égalité de traitement, voire l'égalité des chances, de manière en tout cas assumée par la directive 2006/54. Elles envisagent ensuite, comme l'un des moyens possibles que les États peuvent entreprendre pour atteindre cet objectif, la discrimination positive. Cette dernière n'est pas une norme ou un principe consacrant par son contenu un nouvel objectif de différenciation ou admettant des différences fondamentales entre les individus<sup>2548</sup>. Il n'y a pas de « rupture avec le principe d'égalité universelle des droits »<sup>2549</sup>. La discrimination positive est une méthode, un outil, qui consiste en l'instauration de traitements préférentiels. La norme substantielle est et demeure l'égalité. L'horizon reste l'égalité entre les individus, l'effectivité de leur droit à l'égalité de traitement sans discrimination. Elle doit être appréhendée, et critiquée le cas échéant, en tant que moyen de concrétiser l'universalité de la règle de l'égalité<sup>2550</sup>, en assurant un accès effectif à chaque individu à cette règle.

**852.** Il est tout à fait incorrect de voir dans le principe de l'égalité un refus de la catégorisation et de la différenciation juridique, puisque l'égalité de traitement ne joue qu'entre catégories jugées comparables. Même entre catégories comparables, la prise en compte de certaines spécificités n'empêche pas la recherche de l'égalité<sup>2551</sup>. Reprenons ici l'exemple de l'arrêt *D.H. c. République tchèque* pour voir ce que la Cour européenne des droits de l'Homme tire effectivement comme conséquences de cette vulnérabilité particulière qu'elle reconnaît aux membres de la Communauté Rom. La Cour rappelle d'abord deux principes essentiels. D'abord, « l'article 14 *n'interdit pas* à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux »<sup>2552</sup>. Pour nous, il s'agit ici de la possibilité offerte aux États d'adopter des discriminations positives, compatibles avec l'article 14. Ensuite, elle précise que « de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un

---

<sup>2548</sup> A.-M. LE POURHIET, dans sa critique véhémente, a le mérite de faire cette nuance. « La première observation qui s'impose est donc que le but des discriminations « positives » est de servir l'égalité. En ce sens, [...] l'on reste *a priori* dans une conception bien française, puisqu'il ne s'agit pas de maintenir ou de respecter des différences, mais, au contraire, d'uniformiser pour parvenir à une égalité réelle », in « Discriminations positives ou injustice ? », *op. cit.*, p. 519.

<sup>2549</sup> L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 746.

<sup>2550</sup> Voir D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in B. BADIE, M. SADOUN (dir.), *L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 179.

<sup>2551</sup> C'est l'égalité arrivée à son « troisième stade » selon l'analyse de Michel ROSENFELD, celle qui « cherche à dépasser à la fois ces inégalités et ces frustrations en englobant les différences plutôt que de les rejeter ». « le troisième stade résout les conflits des précédents stades et établit un équilibre approprié entre identité et différence en reformulant et remaniant leur relation ». In « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010, p. 177.

<sup>2552</sup> CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République*, n° 57325/00, § 175.

traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause »<sup>2553</sup>. Ce cas est celui où des inégalités factuelles sont si importantes qu'elles entraînent une incomparabilité des situations. Elles écartent alors l'indifférenciation juridique pour imposer la différence de traitement. La vulnérabilité particulière des Roms est-elle une inégalité factuelle de la première ou de la deuxième sorte ? La Cour ne mettant pas à la charge de l'État d'obligation positive d'instaurer une différence de traitement, c'est le premier principe qui s'applique. L'État doit avant tout faire cesser la discrimination indirecte, il reste néanmoins libre d'estimer que les inégalités factuelles pourraient commander de mettre en place des discriminations positives en faveur des Roms. Le registre de la discrimination indirecte confirme qu'il y a, pour la Cour, une comparabilité des situations.

**853.** La comparabilité ne signifie pas la négation des particularités et des difficultés vécues par certains individus dans la société plus que par d'autres. Le droit ne doit ni contester l'existence d'une infinité de situations, ni chercher à sortir de son « rôle » face à celles-ci. « L'égalité par la fusion »<sup>2554</sup> n'existe pas, le droit ne fait que représenter un arbitrage permanent et mouvant entre assimilation et différenciation<sup>2555</sup>, entre identité de traitement et différence de traitement<sup>2556</sup>. L'on peut effectivement considérer que, « dans une communauté politique où les différences entre les sexes ont été utilisées pour reléguer les femmes à un statut inférieur, la recherche d'une égalité basée sur le genre (la différence sexuelle) devrait insister sur l'identité au détriment de la différence »<sup>2557</sup>, comme pour les autres motifs que le sexe d'ailleurs.

**854.** La Cour ne fait pas des différences factuelles incontestables qui persistent entre les hommes et les femmes face à la parentalité une raison d'exclure la comparabilité entre hommes et femmes dans les droits liés à la parentalité, comme le droit au congé parental<sup>2558</sup>. En revanche, elle en fait une raison d'accepter que les femmes soient prioritaires pour avoir des places en garderie sur le lieu de travail<sup>2559</sup>. C'est sans doute cela le plus problématique. Non pas le fait

---

<sup>2553</sup> *Ibid.*

<sup>2554</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, 1996, p. 281.

<sup>2555</sup> Sur le cas précis de la différence entre les sexes, voir la thèse d'E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, Université Paris-Ouest Nanterre, 2018, 810 p.

<sup>2556</sup> M. ROSENFELD, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010, p. 177.

<sup>2557</sup> M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2000, p. 68.

<sup>2558</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, *op. cit.*, pt 47, Confirme CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, C-312/86, pt 14 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 56, et CJUE, 26 mars 2003, *Commission/Grèce*, C-559/07, pt 69.

<sup>2559</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99.

d'accepter que la question de l'égalité semble se résumer à un débat entre identité et différence, mais le fait que le juge ne devrait pas avoir pour rôle de déterminer où se place la frontière entre les deux<sup>2560</sup>.

**855.** Dans la jurisprudence de la Cour de justice, les inégalités factuelles sont tantôt minimisées par crainte que leur prise en compte ne fasse que les perpétuer<sup>2561</sup>, tantôt mises en doute<sup>2562</sup>, tantôt elles sont utilisées pour justifier une action correctrice<sup>2563</sup>. « Personne n'a jamais demandé clairement à la [Cour de justice] quel niveau de déséquilibre est requis pour qu'une discrimination positive soit légitime. La Cour a traité divers déséquilibres sans jamais devoir évaluer directement leurs caractéristiques »<sup>2564</sup>. Si le commun prévaut sur le différent, l'universel sur le singulier<sup>2565</sup>, l'on a bien du mal à savoir selon quels critères. L'aspect le plus déterminant pour l'auteur de la discrimination positive est donc aussi le plus insaisissable, car il est lié à des équilibres sociaux précaires, mouvants, et à des décisions de justice imprévisibles. « Face à la nécessité de réconcilier la discrimination positive avec le principe d'égalité consacrée dans le droit de l'Union, la Cour de justice montre des difficultés à dégager des principes cohérents et prévisibles »<sup>2566</sup>. Si l'enjeu principal pour le législateur ou le juge devient petit à petit de déterminer « quelles différences sont négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération »<sup>2567</sup>, il est impératif de clarifier ce processus et d'élaborer une méthodologie plus claire, fondée sur des critères objectifs.

**856.** L'on peut chercher à « donner une pleine expression à de telles différences au lieu de les minimiser ou de les restreindre »<sup>2568</sup> sans oublier que le droit ne peut reposer que sur la

---

<sup>2560</sup> On peut résumer la problématique par les deux questions que pose Marie-Claire BELLEAU : « a) À partir de quel moment le traitement différencié des personnes a-t-il pour effet de mettre l'accent sur ces différences, et de stigmatiser ces personnes à cause de cette différence ? b) À partir de quel moment le traitement similaire des personnes a-t-il pour effet de faire preuve d'insensibilité à leurs réalités et risque-t-il de les stigmatiser précisément parce qu'on ignore ces différences ? ». In « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 2001, p. 28.

<sup>2561</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, *op. cit.*

<sup>2562</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Test-Achats*, *op. cit.*

<sup>2563</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.* ; CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98 ; CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15.

<sup>2564</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>2565</sup> L'on pense au souhait de Louis Charpentier qui était de « retrouver la cohérence et la logique du concept d'action positive de sorte qu'il prenne enfin la place qui devrait être la sienne au cœur d'un droit de l'égalité fondé sur la réalité sociale et non pas sur une seule norme universelle ». « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, 1996, p. 281.

<sup>2566</sup> S. FREDMAN, « Affirmative Action and the European Court of Justice: a critical analysis », in J. SHAW (dir.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, p. 176 : « Faced with the need to reconcile reverse discrimination with the principle of equality embedded in Community law, the European Court has found it difficult to generate coherent and predictable principles ». Librement traduit.

<sup>2567</sup> B. RENAULD, « Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, p. 425.

<sup>2568</sup> M. ROSENFELD, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010, p. 177.

création de catégories, certes artificielles, qui réunissent les individus en fonction de traits communs. On ne saurait aller jusqu'à penser que « l'égalité concrète idéale [serait] que chaque situation reçoive un traitement adapté, et qu'il n'existe pas deux règles identiques puisque deux situations ne sont jamais parfaitement identiques ? »<sup>2569</sup>. Car alors il n'y aurait plus d'égalité dans son sens juridique, il ne resterait que des situations incomparables. Le droit doit trouver les « moyens pour corriger les inégalités, nécessairement guidé par le constat de vulnérabilité, d'infériorité, de fragilité de certaines catégories »<sup>2570</sup>, sans renoncer à ce qu'il y a de commun entre tous les individus. À la complexité de l'objectif égalitaire doit correspondre une pluralité de moyens pour y parvenir.

**857.** On peut toutefois penser que le droit de l'Union, comme d'autres systèmes desquels il s'est inspiré, est « piégé par sa logique interne »<sup>2571</sup> qui consiste à hiérarchiser entre différents objectifs égalitaires. Nous avons montré que le droit international des droits de l'Homme permettait d'envisager la complémentarité de ceux-ci. Cette idée que l'égalité des chances « vise à augmenter la probabilité qu'a chaque sujet d'exercer réellement ses droits »<sup>2572</sup> n'est-elle pas précisément la voie qui pourrait permettre de sortir de la logique dérogatoire qui tiraille le rapport entre discrimination positive et principe d'égalité de traitement ? « Le nombre important et croissant des exceptions ne conduit-il pas, au-delà, à une redéfinition du principe d'égalité ? »<sup>2573</sup>. La discrimination positive pourrait alors être appréhendée comme l'outil d'une égalité de traitement effective, et l'égalité des chances comme un prolongement de l'égalité de traitement<sup>2574</sup>.

## 2- L'abandon de la hiérarchie des objectifs égalitaires

**858.** L'action positive ne constitue pas un objectif concurrent à l'égalité, pas plus qu'elle ne poursuit un objectif autre que l'égalité. Elle sert l'égalité des chances, qui est un « facteur de transformation du principe d'égalité »<sup>2575</sup>. Loin d'écarter la règle de l'égalité de traitement, elle

---

<sup>2569</sup> G. PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 42.

<sup>2570</sup> M. GHEZA « De la discrimination positive en droit communautaire ou la tentative de mise à nu d'une notion discutée », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, op. cit., p. 151.

<sup>2571</sup> E. VOGEL-POLSKI, « Droit communautaire, l'égalité selon la Cour », *Parité-Infos*, n° 12, décembre 1995, p. 6-7.

<sup>2572</sup> M. SCHMITT, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », *Droit ouvrier*, n° 630, 2001, p. 56.

<sup>2573</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », op. cit., p. 223.

<sup>2574</sup> Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit., p. 336.

<sup>2575</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », op. cit., p. 221.

visé au contraire à assurer son application effective, en la faisant gagner en ambition. L'égalité des chances pourrait être un objectif intégré dans le principe d'égalité de traitement et non présenté comme une rupture. Il serait alors possible d'envisager de mettre fin à « l'opposition stérile et artificielle »<sup>2576</sup> entre égalité formelle et égalité réelle, car le droit ne saurait être au service d'une égalité qui ne serait pas « réelle ». Il doit concourir à la *réalisation* des objectifs qu'il se fixe, en luttant le plus activement contre tous les processus discriminatoires, individuels et structurels, entravant l'espoir d'une égalité de traitement effectivement garantie.

**859.** La Cour de justice a parfois exigé « une égalité des chances *effective* dans l'accès à l'emploi »<sup>2577</sup>. À partir du moment où le droit de l'Union ne proclame pas seulement un principe d'égalité devant la loi<sup>2578</sup>, mais un principe d'égalité de traitement défini comme absence de discriminations directes, indirectes et matérielles, essayer de concilier une règle générale et une règle dérogatoire qui poursuivent toutes deux l'égalité mène à l'impasse. L'égalité des chances est une reconnaissance des disparités entre des catégories d'individus, mais l'outil confectionné pour l'atteindre demeure largement secondaire, attise les méfiances et génère des incohérences. En France, le Conseil constitutionnel a par exemple refusé de voir dans l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales, de l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, « un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>2579</sup>. Cette disposition ne peut donc pas « être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », contrairement au principe d'égalité. Le droit à l'égalité des chances connaîtrait probablement le même sort si la question était posée à la Cour de justice.

**860.** Nous sommes bien dans une « situation déconcertante »<sup>2580</sup> où la Cour envisage que le principe d'égalité de traitement puisse imposer des différences de traitement, mais où les discriminations positives restent dérogatoires par rapport à celui-ci. « Dilemme »,

---

<sup>2576</sup> E. VOGEL-POLSKY, « Genre et droit, les enjeux de la parité », *Cahiers du Gedisst*, n° 17, 1996, p. 17.

<sup>2577</sup> CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, C-14/83, pt 17 ; CJCE, 22 septembre 1998, *Coote*, C-185/97, pt 27 ; CJUE, 17 décembre 2015, *Arjona Camacho*, C-407/14, pt 31.

<sup>2578</sup> Hormis dans la Charte, mais il s'accompagne d'un principe de non-discrimination.

<sup>2579</sup> Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université*, cons. 14.

<sup>2580</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 289.

« conceptions antagoniques et conflictuelles »<sup>2581</sup>, « paradoxe »<sup>2582</sup>, « tension »<sup>2583</sup>, « contradiction »<sup>2584</sup>, « conciliation »<sup>2585</sup>, les auteurs ne manquent pas de mots pour décrire le rapport entretenu entre les traitements préférentiels de discrimination positive et l'égalité. Si l'on s'acharne à limiter la portée du principe d'égalité de traitement de telle sorte que les traitements préférentiels ne puissent être que dérogatoires, on condamne l'auteur de toute discrimination positive à une posture bien inconfortable<sup>2586</sup>.

**861.** Sortir de ce « piège »<sup>2587</sup> de la confrontation pourrait être la seule solution viable pour le droit de la non-discrimination de l'Union européenne. Certains signes sont d'ailleurs encourageants. Nous avons vu dans les textes une évolution incontestable. Le Traité de Rome ne parlait que d'une égalité de rémunérations à interpréter comme stricte égalité de traitement. Dans l'emploi et le travail, la directive 76/207 mettait en œuvre le principe d'égalité de traitement, présenté par l'article 1<sup>er</sup> §1 comme l'objectif unique, tandis que l'article 2§4 autorisait la « promotion de l'égalité des chances » de manière nettement secondaire. L'avocat général Tesauro vit d'emblée dans le cadre de l'affaire *Kalanke*, une occasion de clarifier la « signification du principe de l'égalité »<sup>2588</sup> et la Cour de justice aborda l'article 2§4 comme une dérogation au principe de l'égalité de traitement<sup>2589</sup>. Déjà avec la directive 2002/73 modifiant la précédente, la doctrine avait vu la possibilité d'une approche plus proactive en matière d'égalité entre les hommes et les femmes<sup>2590</sup>.

---

<sup>2581</sup> Rapport final présenté par M. BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 30.

<sup>2582</sup> C. RESSOT, *La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisations des Nations Unies*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction d'E. DECAUX, Université Paris II Panthéon Assas, 2007, p. 69.

L'alinéa 6 du Préambule de la Convention justifie ce choix par le fait que « les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations ».

<sup>2583</sup> J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, p. 58.

<sup>2584</sup> A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *op. cit.*, p. 133 : « En tant qu'elle contredit ce principe, la discrimination positive constitue une entrave majeure au fonctionnement normal de la démocratie ».

<sup>2585</sup> Conclusions de l'avocat général M. M. POIARES MADURO présentées le 29 juin 2004, aff. C-319/03, pt 42 : « La Cour tente de concilier la discrimination positive et le principe général d'égalité ».

<sup>2586</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 22 : « Les discriminations positives apparaissent comme un véritable serpent de mer juridique tentant de louvoyer entre les différentes conceptions égalitaires ».

<sup>2587</sup> E. VOGEL-POLSKI, « Droit communautaire, l'égalité selon la Cour », *Parité-infos*, décembre 1995, n° 12, pp. 6-7.

<sup>2588</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93, pt 7.

<sup>2589</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 12.

<sup>2590</sup> Voir A. MASSELOT, « The new Equal Treatment Directive: Plus ça change... », *Feminist Legal Studies*, vol. 12, n° 1, 2004, p. 95. Voir aussi S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, *From Formal to Substantive Gender Equality: The Proposed Amendment of Directive 76/207-Comments and Suggestions*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

**862.** L'apparition de l'article 141 §4 dans le traité à partir de 1999 sembla changer la donne puisque « le principe d'égalité de traitement n'empêche pas le maintien ou l'adoption » de l'action positive, « pour assurer concrètement une pleine égalité ». Ce n'est pas une référence à l'égalité des chances qui fit son entrée dans le traité mais une vision concrétisée de l'égalité, comme objectif à atteindre. Mais paradoxalement, la nouvelle formulation centrée sur le fait que « le principe d'égalité de traitement n'empêche pas » l'action positive, reproduite dans les directives de 2000, renforce aussi l'antagonisme entre égalité de traitement et traitement préférentiels de discrimination positive. Delphine Tharaud et Véronique Van der Plancke estiment toutefois qu'on ne peut plus parler d'une « véritable exception » mais plutôt d'un « tempérament aux interdictions de discrimination directe et indirecte »<sup>2591</sup>. Encore plus optimiste, Pierre de Montalivet écrit que « ce qui était vu comme une dérogation à l'égalité formelle devient l'expression du principe de l'égalité substantielle, voire réelle »<sup>2592</sup>. On peut penser en effet que le rapport dérogoire s'est atténué.

**863.** La prise de conscience de plus en plus forte de l'insuffisante concrétisation de l'égalité a conduit d'abord à faire de la lutte contre les discriminations un remède, où l'on adopte résolument le « point de vue de la victime »<sup>2593</sup>. Ensuite, le législateur de l'Union a placé « le principe d'égalité des chances » en premier objectif de la directive 2006/54, dans son intitulé au moins. Le Parlement européen, dans ses amendements du projet de directive sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, proposait une nouvelle formulation intéressante : « l'interdiction de discrimination devrait être sans préjudice du maintien ou de l'adoption, par les États membres, de mesures » d'action positive<sup>2594</sup>. L'abandon de la référence au principe d'égalité de traitement pourrait être annonciatrice d'une interprétation jurisprudentielle nouvelle des mesures d'action positive à l'avenir.

**864.** Enfin, l'avocat général Saggio estimait que si la licéité « se fonde sur la possibilité de concilier l'action positive avec le principe de non-discrimination, il est tout aussi exact que le principe de non-discrimination ainsi que le principe de l'égalité des chances, fondements de

---

<sup>2591</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 193.

<sup>2592</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 224.

<sup>2593</sup> A. LYON-CAEN, « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 52.

<sup>2594</sup> Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), amendement sur l'article 1<sup>er</sup>.



l'action positive, ne sont pas tout à fait contradictoires »<sup>2595</sup>. Il expliquait que « si l'égalité substantielle se réalise par des mesures qui, par leur objet, revêtent un caractère discriminatoire, elle poursuit en réalité le même objectif que le premier principe » en remédiant à des difficultés auxquelles certaines catégories de la population « ne pourraient pas faire face dans le respect du principe général de non-discrimination »<sup>2596</sup>. Dans l'arrêt *Milkova*, la Cour ne fait aucune référence à un quelconque rapport dérogatoire entre l'article 7 de la directive 2000/78 permettant les actions positives et le principe d'égalité de traitement<sup>2597</sup> et parle de parvenir à « l'égalité substantielle » et non à l'égalité des chances. Ce cas étant isolé<sup>2598</sup>, il est difficile d'en déterminer la portée<sup>2599</sup>.

**865.** « L'état actuel de notre société montre que l'égalité des droits ne suffit pas à réaliser l'égalité des chances »<sup>2600</sup>. L'égalité matérielle, au sens d'une égalité où sont interdites les discriminations matérielles les plus flagrantes, n'y parvient pas suffisamment non plus. La conjugaison des objectifs égalitaires, sans renoncement, nous paraît être la seule voie pour éviter que l'égalité apparaisse « de plus en plus comme une norme vide de sens parce qu'elle n'est pas ressentie par une grande partie de la population »<sup>2601</sup>.

**866. Conclusion du Chapitre.** On est frappé par la complexité de la question de l'objectif des mesures d'action positive, largement accentuée selon nous par l'inutile profusion des conceptions de l'égalité, qui cherchent à diviser et cloisonner ce qui ne devrait être que

---

<sup>2595</sup> Conclusions de l'avocat général M. Antonio SAGGIO, présentées le 10 juin 1999, aff. C-158/97, pt 26.

<sup>2596</sup> *Ibid.*

<sup>2597</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, *op. cit.*, pt 47. La Cour de justice avait déjà en matière d'égalité entre hommes et femmes sur le fondement de la directive 76/207 atténuée l'idée de dérogation entre l'article 2§4 et l'égalité de traitement, sans rupture véritable.

<sup>2598</sup> Il sera très intéressant pour cette raison de voir ce que décidera la Cour de justice dans le cadre de l'affaire *Cresco Investigation*, aff. C-193/17, dans le cadre de l'action positive en faveur de catégories religieuses. Pour le moment, seules les conclusions de l'avocat général M. BOBEK ont été présentées le 25 juillet 2018.

<sup>2599</sup> En droit français aussi, on peut noter une évolution importante entre le rapport de 1996 du Conseil d'État qui estimait que « la non-discrimination [...] constitue une application stricte du principe d'égalité entre les sexes, affirmé par le préambule de la Constitution de 1946 toujours en vigueur. En revanche, elle ne peut avoir pour prétention de réaliser l'égalité réelle des hommes et des femmes dans tous les aspects de la vie sociale » (Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1998, p. 105) et l'adoption de la loi pour l'égalité réelle le 23 juillet 2014, dont l'objectif est clairement de « remédier aux échecs du droit français dans le domaine de la lutte contre les inégalités de genre, en adoptant une approche renouvelée du principe d'égalité » ; « la loi est ainsi tournée toute entière vers l'effectivité des droits, vers l'expérimentation et l'innovation sociale », in E. FONDIMARE « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 juillet 2014, consulté le 25 mai 2018.

<sup>2600</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 84. Voir également : J.-P. FITOUSSI, P. ROSANVALLON, *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, p. 75.

<sup>2601</sup> E. KESLASSY, *op. cit.*, p. 25.

complémentarité. Le droit international des droits de l'Homme représente ici une voie pertinente pour dégager le droit de l'Union européenne, de même que certains droits nationaux, de vives polémiques, bien souvent infondées. Le principe de l'égalité de traitement comme l'objectif d'égalité des chances tels qu'ils se développent en droit de l'Union restent toujours profondément marqués par l'histoire de la construction européenne et sa méthode. L'Europe sociale continue de se faire « par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »<sup>2602</sup>, passant par la consolidation d'un marché intérieur où travailleurs et citoyens jouissent d'un traitement égalitaire. Un gain en ambition a fait émerger un objectif de « pleine égalité » dans le Traité, qui signifie qu'il faut au moins améliorer les chances de chacun de s'intégrer au marché et de profiter de ce qu'il produit, dans des conditions justes et équitables. Cette vision marque profondément tout le développement de la notion d'action positive à travers la jurisprudence de la Cour de justice.

**867.** « L'importance du rôle du juge qui explique la tentation de certains de le transformer en *législateur positif* »<sup>2603</sup> est pourtant problématique. Il est attendu de lui qu'il règle toutes les questions que le législateur n'a pas su ou voulu régler lui-même. L'objectif des mesures d'action positive reste difficile à saisir car il implique une analyse de la complexité sociale, de la répartition des ressources socialement valorisées, que le juge de l'Union n'est certainement pas en mesure de mener de manière satisfaisante. Tout en gardant en apparence une certaine réserve liée à la marge d'appréciation des États en matière sociale, l'objectif de l'égalité permet au juge de s'infiltrer dans les choix de politiques étatiques. Etant donné cette tendance, il devient essentiel de clarifier les objectifs poursuivis par la législation européenne en matière d'égalité, et d'adopter selon nous une méthodologie claire pour identifier les situations nécessitant des mesures de discriminations positives. Une telle clarification ne devrait pas reposer sur l'idée que les situations des catégories discriminées de la société ne sont pas comparables à celles des autres et requièrent donc une différence de traitement. La comparabilité reste un élément fondamental à préserver, qui crée le liant entre les individus et évite l'essentialisation. La méthodologie manquante est celle qui permettrait d'évaluer les inégalités factuelles pertinentes pour adopter des mesures correctrices, autant quant à leur nature qu'à leur importance.

---

<sup>2602</sup> Discours de Robert Schuman du 9 mai 1950, en ligne.

<sup>2603</sup> H. SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *La non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 119-120.

**868.** Quoi qu'il en soit, si la légitimité des mesures d'action positive doit rester liée à leur objectif, et non au critère de la comparabilité, le contrôle de l'objectif ne suffit pas. Force est de constater que la Cour fait preuve de retenue pour contrôler l'objectif des politiques sociales des États membres, dont l'action positive fait souvent partie, mais que la proportionnalité constitue à l'inverse un terrain favorable à une forme d'activisme juridictionnel. La marge d'appréciation des États se révèle bien plus restreinte quand il s'agit de choisir les moyens nécessaires et appropriés pour atteindre l'objectif d'égalité des chances, c'est-à-dire la forme des mesures d'action positive concrètement validées ou invalidées par le juge.



## CHAPITRE 2. LE CONTRÔLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES D'ACTION POSITIVE

**869.** Le principe de proportionnalité encadre à la fois l'attribution des compétences à l'Union<sup>2604</sup> et la mise en œuvre de celles-ci<sup>2605</sup>. Il irrigue de manière de plus en plus saisissante les ordres juridiques et les domaines, dépassant les clivages territoriaux et culturels<sup>2606</sup>. « Irradiant l'ensemble du contentieux des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité pénètre inévitablement le contrôle de l'égalité »<sup>2607</sup>. Avant même d'envisager le rôle et le fonctionnement du principe de proportionnalité dans le contrôle juridictionnel de l'action positive devant la Cour de justice, on peut s'interroger sur ce qu'est la proportionnalité.

**870.** Sont proportionnelles des « grandeurs mesurables qui sont ou dont les mesures sont et restent dans des rapports égaux »<sup>2608</sup>. Cette définition met en lumière deux liens primordiaux : d'une part entre la proportionnalité et l'égalité, et d'autre part entre la comparaison et la proportionnalité, puisqu'il s'agit d'une mise en *rapport* de plusieurs grandeurs. « L'existence d'une proportionnalité exprime [...] fondamentalement une relation ou encore une analogie entre des choses liées par un rapport commun »<sup>2609</sup>. La définition vise ensuite plus précisément

---

<sup>2604</sup> Article 5 §4 TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

<sup>2605</sup> Voir par exemple A. M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varenne, collection des thèses, 2014, 546 p.

<sup>2606</sup> Petr MUZNY note que « sous l'angle du droit interne français tout d'abord, la proportionnalité dépasse tous les cadres artificiellement posés qui délimitent les différentes disciplines juridiques [...]. Sous l'angle externe au droit français, la proportionnalité se joue des frontières étatiques pour venir imprégner, notamment sous l'influence de la Cour EDH, tous les systèmes nationaux ». In *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*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, pp. 20-21.

Le nombre de travaux en témoigne : I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, 567 p. ; B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Paris, Dalloz, 2009, 474 p. ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014, 546 p. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 785 p. ; T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, 331 p. ; F. J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 267 p. ; H. KOMBILA IBOUANGA, *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction d'A. LEVADE, Université Paris-Est Créteil, 2013.

<sup>2607</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 542.

<sup>2608</sup> *Le Petit Robert*, 2018, p. 2047.

<sup>2609</sup> P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 23.

des grandeurs *mesurables*, ce qui ne pose pas de problème particulier lorsque les éléments comparés sont mathématiquement quantifiables. En revanche, cet aspect devient autrement plus complexe si ce sont des droits ou intérêts que l'on compare, comme c'est le cas devant un juge. L'idée de proportionnalité renvoie résolument au quantifiable, lors même que l'égalité se dérobe à toute tentative de quantification satisfaisante. C'est pourquoi Petr Muzny propose un rapport en termes d'équilibre plutôt qu'en termes d'égalité au sens mathématique, mettant en valeur le caractère proportionné ou disproportionné de ce que l'on contrôle et non le caractère proportionnel *stricto sensu*<sup>2610</sup>.

**871.** Le contrôle de la proportionnalité est l'objet de notre dernier développement car nous voulons insister sur son caractère déterminant dans le régime de l'action positive, et plus généralement des dérogations au principe de l'égalité de traitement. Mis à part dans quelques cas où le juge estime que des mesures sont illégitimes par nature<sup>2611</sup>, c'est en général parce que les mesures nationales *excèdent* ce qui est permis qu'elles sont invalidées par le juge de l'Union. *In fine*, le contrôle de proportionnalité est ce qui permet de placer réellement le curseur entre la discrimination positive et la discrimination, directe ou indirecte<sup>2612</sup>. Nous allons d'abord nous concentrer sur l'exigence transversale de proportionnalité de toute dérogation au principe de l'égalité de traitement, telle que la Cour de justice l'a construite, à partir des textes ou en les précédant (Section 1). Nous pourrions ensuite nous concentrer sur le contrôle de proportionnalité des mesures d'action positive, afin de mettre en avant ses éventuelles spécificités (Section 2).

---

<sup>2610</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>2611</sup> Comme le cas des mesures réservant aux femmes les droits facilitant la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle. Voir §§ 767 et s.

<sup>2612</sup> À propos du contrôle de l'*affirmative action* par la Cour Suprême américaine, Mathieu MAISONNEUVE écrit que « si l'extrême vigilance du juge est aisément compréhensible à l'égard des discriminations négatives, la question de l'application d'un degré de contrôle maximum aux discriminations positives a fait l'objet de nombreuses interrogations ». In « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, n° 3, 2002, pp. 561-572.

## Section 1. L'exigence transversale de proportionnalité des dérogations au principe de l'égalité de traitement

**872.** Si l'égalité de traitement constitue un droit individuel fondamental alors toute règle permettant d'y déroger ne peut être que d'interprétation stricte<sup>2613</sup>. Le contrôle de la proportionnalité mis en place par la Cour de justice reflète clairement la volonté d'éviter que des atteintes excessives ne soient portées à ce droit fondamental<sup>2614</sup>, et de maintenir la hiérarchie entre la règle générale et les régimes dérogatoires, malgré leur nombre. « Le respect du principe d'égalité impose [...] une appréciation de l'équilibre existant entre le principe et l'exception, sur fond d'une certaine conception de la justice »<sup>2615</sup>. Il nous faut ici répondre à deux questions. D'une part, il faut nous attarder sur les raisons ou causes d'un tel contrôle, en recherchant les fonctions qu'il occupe et qui justifient cette place primordiale dans le raisonnement du juge (§1). D'autre part, la question du « comment » doit nous préoccuper, c'est-à-dire la manière dont la Cour met en œuvre ce contrôle<sup>2616</sup> (§2).

### §1) Les fonctions du contrôle de proportionnalité des dérogations

**873.** « La jurisprudence relative à l'interdiction de la discrimination a conféré une place essentielle au respect de l'exigence de proportionnalité »<sup>2617</sup>. Le législateur européen autant que la Cour de justice imposent de manière récurrente une obligation de veiller au caractère proportionné – ou « approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis »<sup>2618</sup> – de toute mesure prenant la forme d'une différence de traitement directement ou indirectement fondée sur un motif protégé. La première fonction du contrôle de

---

<sup>2613</sup> CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13, pt 47 ; CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge e.a.*, C-447/09, pt 72.

<sup>2614</sup> A. ILIOPOULOU-PÉNOT, « Chapitre VI. Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J. DUTHEIL LA ROCHÈRE, J.-B. AUBY (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 616 : « Lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité des mesures nationales avec le principe communautaire d'égalité, les exigences de la Cour sont élevées, en particulier en ce qui concerne l'examen de la proportionnalité ».

<sup>2615</sup> X. MAGNON, « Le juge face aux exceptions. (Re)lecture générale du jugement d'égalité par le prisme de l'exception », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, p. 260.

<sup>2616</sup> *Ibid.* L'auteur parle d'une « demande de transparence accrue dans l'exercice du contrôle de proportionnalité ».

<sup>2617</sup> R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 431.

<sup>2618</sup> Selon la formule récurrente de la Cour de justice lorsqu'elle procède à un contrôle de proportionnalité. Voir par exemple CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, C-537/16, pt 48 ; CJUE, 19 octobre 2016, *EL-EM-2001*, C-501/14, pt 39.

proportionnalité des dérogations est bien sûr celle qui justifie que l'on parle d'une interprétation stricte. Comme l'exigence d'un objectif légitime, la proportionnalité sert à départager la dérogation de la discrimination prohibée (A). Mais elle occupe aussi une seconde fonction qui lui est propre, elle est un « mécanisme de pesée d'intérêts »<sup>2619</sup> divergents (B).

### ***A) Départager la dérogation de la discrimination***

**874.** Le respect d'une exigence de proportionnalité accompagne généralement l'existence d'un objectif légitime pour qu'une différence de traitement soit valide (1). De manière plus implicite parce que ce n'est pas mentionné dans les textes, la proportionnalité joue selon nous un rôle prépondérant dans l'analyse de la comparabilité des situations par le juge (2).

#### **1- En complétant l'objectif légitime**

**875.** S'il n'est pas faux de dire que « le droit européen est venu raboter les marges de manœuvres [...] des États et des pouvoirs publics dans la conduite de leurs politiques économiques et sociales »<sup>2620</sup>, sans doute peut-on préciser que le contrôle de proportionnalité y est pour beaucoup. « Déterminer un objectif est une chose, l'atteindre en est une autre, bien plus difficile »<sup>2621</sup>. Dans la plupart des dispositions autorisant à déroger au principe de l'égalité de traitement, on retrouve cette idée que la mesure instaurant une différence de traitement, directe ou indirecte, doit être « objectivement justifié[e] par un objectif légitime et [...] les moyens de réaliser cet objectif [doivent être] appropriés et nécessaires »<sup>2622</sup>. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante est valide « pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »<sup>2623</sup>. Les mesures visant directement l'âge dans le cadre de l'article 6 §1 doivent être « objectivement et *raisonnablement* justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime » et « les moyens de réaliser cet objectif [doivent être] appropriés et

---

<sup>2619</sup> A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 448.

<sup>2620</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien Lextenso Editions, 2013, p. 23.

<sup>2621</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Berne, Stämpfli Editions, 2016, p. 107.

<sup>2622</sup> Formulation de l'article 2 § 2 b) i) de la directive 2000/78, 2000/43 et 2006/54 ; article 2 b) directive 2004/113, dérogation générale à l'interdiction de discriminer indirectement.

<sup>2623</sup> Article 4 de la directive 2000/78.



nécessaires »<sup>2624</sup>. Pour Gilles Pellissier, « le fait d'avoir conçu dès le départ l'égalité comme un principe de non-discrimination a permis au juge communautaire d'imposer au législateur économique le respect d'un certain équilibre entre ses actes et leurs finalités »<sup>2625</sup>, et plus généralement de l'imposer à l'auteur de toute différence de traitement.

**876.** Tout ceci signifie que si la mesure dérogeant à l'interdiction de discriminer passe le premier contrôle de l'objectif, elle fera encore face à un obstacle, et de taille, le test de la proportionnalité. La Charte des droits fondamentaux pose d'ailleurs une exigence de proportionnalité pour « toute limitation de l'exercice des droits et des libertés », au terme de l'article 52 §1. La présentation suivie par les différentes dispositions du droit dérivé correspond bien à un ordre de vérifications à respecter, qui ne fait que refléter la méthodologie mise en place de longue date par la Cour de justice<sup>2626</sup>. La Cour contrôle préalablement l'objectif, puis détermine « si la disposition est compatible avec le principe de proportionnalité »<sup>2627</sup>. « La règle de la proportionnalité se conjugue utilement avec celle de but légitime »<sup>2628</sup>, mais elle ne se confond pas avec celui-ci. Ce sont bien deux contrôles distincts qui s'exécutent d'ailleurs assez différemment. La proportionnalité consiste à vérifier, que ce soit fait par la Cour de justice ou délégué au juge national, que la mesure dérogatoire « est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi par [la] réglementation et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci »<sup>2629</sup>.

**877.** L'association de ces deux contrôles, objectif légitime et proportionnalité, n'est pas une originalité. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, « une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable. [...] Une différence de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime ; l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>2630</sup>. Le contrôle de la proportionnalité est profondément imbriqué avec celui de l'objectif, les deux ensemble

---

<sup>2624</sup> Article 6 §1 de la directive 2000/78, nous soulignons.

<sup>2625</sup> G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 100.

<sup>2626</sup> Dans le cadre des libertés de circulation. Voir D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européennes », *Les petites affiches*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 17-32.

<sup>2627</sup> CJCE, 26 juin 1980, *Pardini*, C-808/79 ; CJCE, 7 avril 1989, *Neumann*, C-38/86.

<sup>2628</sup> J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 121.

<sup>2629</sup> CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, *op. cit.*, pt 37, dans le cadre de l'article 4 de la directive 2000/78.

<sup>2630</sup> Voir par exemple CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 72 ; CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 72 ; CEDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, § 51 ; CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92, § 30 ; CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81 ; 9265/81 ; 9266/81 ; 9313/81 ; 9405/81, § 177.

construisent la validité des mesures dérogatoires par rapport à la discrimination. « Le contrôle envisage des comportements démesurés, immodérés, et ne concerne pas tant un rapport à la légalité, *stricto sensu*, qu'une façon de réaliser le but poursuivi »<sup>2631</sup>.

**878.** Francisco J. Urbina propose même d'aller plus loin en intégrant l'existence de l'objectif légitime dans le test de la proportionnalité, en référence à la jurisprudence de la Cour suprême canadienne, suivie par les cours britanniques<sup>2632</sup>. Le contrôle de proportionnalité d'une mesure portant atteinte à un droit fondamental consisterait à vérifier qu'elle comporte d'abord un objectif d'importance suffisante, qu'elle est ensuite adéquate, nécessaire et proportionnée<sup>2633</sup>. Cette vision n'est pas celle de la Cour de justice qui voit bien les deux contrôles de manière distincte. D'un côté, le contrôle de l'objectif qui est généralement assez limité pour respecter la marge d'appréciation des États ; de l'autre, celui de la proportionnalité, qui n'est opéré *que si* le premier contrôle a établi l'existence de l'objectif légitime. Être animé d'intentions louables ne signifie pas que tout soit permis ; autrement dit, la fin ne justifie pas tous les moyens pour déroger au principe d'égalité de traitement.

**879.** La proportionnalité se manifeste en outre à un autre stade du raisonnement du juge, de manière beaucoup plus subtile et non prévue par les textes : quand il faut rechercher si deux situations sont comparables, c'est-à-dire au moment même de contrôler s'il s'agit ou non d'une différence de traitement entre deux situations comparables. C'est donc lors de la phase précédant le contrôle de l'objectif et celui de la proportionnalité des moyens.

## **2- En établissant une comparabilité « raisonnable »**

**880.** Un certain nombre d'auteurs se sont interrogés sur le rôle du contrôle de proportionnalité dans l'établissement de la comparabilité des situations en matière discriminatoire. Nous avons précédemment développé la question de la comparabilité et son caractère nécessairement artificiel. Deux individus sont-ils jamais placés dans une situation comparable ? Il est plus réaliste de démontrer que l'on est dans une situation *suffisamment* comparable à quelqu'un d'autre. Dès lors, la comparabilité, qu'elle soit affirmée ou réfutée, ne

---

<sup>2631</sup> R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 431.

<sup>2632</sup> L'arrêt de la Cour suprême Canadienne de référence est : *R v. Oakes* (1986) 1 SCR 103. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* (2013) UKSC 39, le juge Lord Reed, dans son opinion dissidente, § 74, écrivait : « The judgment of Dickson CJ in *Oakes* provides the clearest and most influential judicial analysis of proportionality within the common law tradition of legal reasoning ».

<sup>2633</sup> F. J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 5.

serait, elle aussi, qu'affaire de proportion. Les situations jugées suffisamment différentes pour justifier une différence de traitement nous intéressent surtout ici. Vincent Martenet estime que « l'ampleur d'une différence de traitement existant entre deux situations doit être inversement proportionnelle à la comparabilité de ces deux situations »<sup>2634</sup>.

**881.** C'est déjà dans l'œuvre d'Aristote que l'on trouve cette idée. L'égalité aristotélicienne consiste à « traiter semblablement les choses qui sont semblables, mais aussi à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable en proportion de leur dissemblance [...] ainsi le juste est, en quelque sorte, une proportion »<sup>2635</sup>. Edouard Dubout pouvait même conclure que « l'égalité se présente ultimement comme un rapport de proportionnalité entre le degré d'analogie de situations d'une part, et la nécessité corrélative de la différenciation ou de l'assimilation de ces situations au regard d'un objectif précis d'autre part »<sup>2636</sup>. Si le contrôle de proportionnalité suivant celui de l'objectif légitime est nommé par la Cour de justice, celui qui intervient au stade de la comparabilité ne dit pas son nom<sup>2637</sup>. Pourtant, quand la Cour rappelle « que la situation d'un travailleur masculin ayant la qualité de parent et celle d'un travailleur féminin ayant également cette qualité sont comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants »<sup>2638</sup>, ce qu'elle veut réellement dire est que les hommes et les femmes sont dans une situation suffisamment comparable et qu'une différence de traitement ne se justifie donc pas. À l'inverse, la travailleuse enceinte n'est dans une situation suffisamment comparable à aucun autre travailleur, même malade, ce qui justifie un aménagement approprié à ses besoins spécifiques.

**882.** Dans l'arrêt *Griesmar*, la Cour a refusé que des statistiques montrant que les femmes prennent davantage en charge l'éducation des enfants puissent justifier une différence de traitement directement fondée sur le sexe des fonctionnaires. Cette circonstance « n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière »<sup>2639</sup>. Cette formulation est particulièrement marquée par la proportionnalité. Il y a

---

<sup>2634</sup> V. MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles/Paris/Zurich/Bâle/Genève, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2003, p. 20.

<sup>2635</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, V, III, p. 142. Voir E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 546.

<sup>2636</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., pp. 546-547.

<sup>2637</sup> V. MARTENET, op. cit., distingue ces « deux proportionnalités ».

<sup>2638</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Maistrellis*, C-222/14, pt 47. Confirme CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, C-312/86, pt 14 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 56, et CJUE, 26 mars 2003, *Commission/Grèce*, C-559/07, pt 69.

<sup>2639</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, op. cit., pt 56. Nous soulignons.

certes des différences de fait entre hommes et femmes, puisque des statistiques le révèlent. Mais comme nous l'avons dit, elles sont insuffisantes à établir une absence de comparabilité. Elles ne peuvent que constituer un objectif légitime, pourvu que la mesure vise effectivement à améliorer l'égalité des chances sur le marché.

**883.** L'analyse de la comparabilité raisonnable, au sens où la part des ressemblances l'emporterait sur la part des différences, est parfois extrêmement complexe et poussée. On voit la centralité de la proportionnalité dans le raisonnement du juge, même à ce stade où elle n'est pas encore nommée, dans l'arrêt *Roca Alvarez*. Un « congé d'allaitement » permettant aux mères d'enfants en bas âge d'aménager leur temps de travail était en cause. Les travailleurs et les travailleuses sont-ils placés dans une situation comparable, « au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper » d'un enfant en bas âge<sup>2640</sup> ? Le facteur de l'allaitement était présenté dans la législation nationale comme une raison proportionnée de déroger au principe d'égalité de traitement sur le fondement du sexe<sup>2641</sup>. La Cour aurait très probablement pu valider un tel dispositif comme étant une mesure destinée à protéger « la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et, d'autre part, de la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement »<sup>2642</sup>. La condition de la comparabilité aurait alors manqué pour appliquer un traitement égal.

**884.** Mais la Cour constata qu'une évolution dans le pays avait « détaché ce congé de cette finalité en ne mentionnant plus l'allaitement naturel », « la jurisprudence accept[ant] depuis des années que le bénéfice de ce congé soit octroyé même en cas d'allaitement artificiel »<sup>2643</sup>. Or, si l'allaitement naturel distingue bien les femmes et les hommes de manière *suffisamment* importante pour exiger un aménagement, on sait que la Cour refuse de reconnaître la validité de mesures qui distinguent les sexes par rapport à la qualité de parent. « Le fait que l'évolution de la réglementation nationale et son interprétation jurisprudentielle aient peu à peu détaché l'octroi du congé dit "d'allaitement" du fait biologique de l'allaitement naturel » permet d'invalider la mesure nationale<sup>2644</sup>.

---

<sup>2640</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, *op. cit.*, pt 24.

<sup>2641</sup> *Ibid.*, pt 28 : « Selon la juridiction de renvoi, le congé prévu à l'article 37, paragraphe 4, du statut des travailleurs a été institué à l'origine, en 1900, pour faciliter l'allaitement naturel par la mère ».

<sup>2642</sup> À ce moment-là, en vertu de l'article 2 §3 de la directive 76/207.

<sup>2643</sup> CJUE, 30 septembre 2010, *Roca Alvarez*, *op. cit.*, pt 28.

<sup>2644</sup> *Ibid.*, pt 29.

**885.** Une fois de plus, la comparabilité raisonnable s'arrête à la protection de la condition biologique de la femme et aux différences biologiques objectives entre les sexes, tandis que les différences socialement construites ne l'écartent pas. Pour reprendre les mots de Gilles Pellissier, « le jugement de proportionnalité concerne l'application du principe d'égalité en ce qu'il implique une comparaison [...] le contrôle de proportionnalité est à la fois un instrument du contrôle juridictionnel de l'application du principe, et un moyen de sa réalisation »<sup>2645</sup>. En matière de contrôle des dérogations au principe d'égalité, la proportionnalité est aussi un outil de conciliation efficace entre les intérêts divergents en présente.

### ***B) Concilier des intérêts divergents***

**886.** La Charte offre la possibilité de limiter les droits fondamentaux consacrés à condition que les limitations soient « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union »<sup>2646</sup>. En elle-même, l'Union constitue « un espace inédit de gestion des contradictions »<sup>2647</sup>, dans lequel le contrôle de proportionnalité peut se révéler d'une utilité toute particulière pour résoudre ces contradictions. « Le principe de proportionnalité vise aujourd'hui, outre la protection des libertés individuelles, la délicate mise en équilibre des intérêts de toutes les parties »<sup>2648</sup>. Pourtant, l'opération de conciliation des intérêts par la Cour de justice est aussi « semée d'embûches »<sup>2649</sup>, car elle se caractérise par une importante variabilité. « La recherche de l'intérêt général, c'est-à-dire de ce qui fonde la "bonne" décision, cristallise des conflits tant verticaux qu'horizontaux »<sup>2650</sup>. Nous revenons ici au contrôle de proportionnalité à proprement parler, c'est-à-dire celui qui intervient après l'analyse de la comparabilité et le contrôle de l'objectif. La proportionnalité se charge de

---

<sup>2645</sup> G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 108.

<sup>2646</sup> Article 52 §1 de la Charte. Pour Loïc AZOULAI, l'intérêt général se trouve au fondement même de l'autorité de l'Union européenne. Voir « Les fondements de l'autorité de l'Union », in L. AZOULAI, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 4.

<sup>2647</sup> R. MEHDI, « Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable" ». En ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01425613/document>, p. 3.

<sup>2648</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, op. cit., p. 53. Voir aussi S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1085 : « La préservation de l'intérêt général et des intérêts d'autrui n'est pas "l'Autre" des droits et libertés, mais, dans une très large mesure, une condition de leur effectivité ».

<sup>2649</sup> V. MICHEL, « Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », in E. NEFRAMI, V. SKOURIS (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 211.

<sup>2650</sup> *Ibid.*, p. 4.

trancher entre l'intérêt de l'État et celui de l'individu tout d'abord, c'est-à-dire un conflit plutôt vertical (1), mais aussi de départager une tension horizontale, entre l'intérêt de l'employeur et celui du travailleur (2).

### 1- L'intérêt de l'État contre l'intérêt de l'individu

**887.** Marie-France Christophe Tchakaloff estime que, « dans la suite du contrôle de proportionnalité, il serait utile d'introduire en droit communautaire la notion de "juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts individuels" » qui existe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2651</sup>. Il nous semble qu'une telle idée est tout à fait contenue dans le contrôle de proportionnalité tel qu'il est exercé par la Cour. L'intérêt général est d'ailleurs explicitement visé par l'article 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux qui autorise des limitations aux droits garantis pourvu qu'elles « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ».

**888.** L'article 6 §1 de la directive 2000/78 est sans doute le régime dérogatoire qui exprime le plus clairement cette tension. Les intérêts en présence sont d'un côté celui de l'État qui met en place des différences de traitement fondées sur l'âge dans le cadre de politiques publiques, notamment sociales, de l'autre celui de l'individu qui s'estime victime d'une discrimination directement fondée sur l'âge. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que cette conciliation difficile ne passait pas par le contrôle de l'objectif en lui-même, que la Cour garde très limité<sup>2652</sup>. Le juge de l'Union n'est pas là pour discuter les choix politiques des États dans les domaines où ils gardent une compétence. En revanche, il semblerait que la Cour se « rattrape » de cette retenue dans le premier contrôle par un examen poussé de la proportionnalité de la mesure<sup>2653</sup>.

---

<sup>2651</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 102. Cette notion « sous-jacente à la Convention toute entière » (CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 72), se retrouve particulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre du contrôle des atteintes portées au droit au respect à la vie privée et familiale de l'article 8, dans le contrôle de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Voir « Schéma récapitulatif des conditions générales du respect de l'article 8 de la Convention », in J.-L. SAURON, A. CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, Gualino Lextenso éditions, 2014, § 512. Voir par exemple CEDH (Ass. Plén.), 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, § 37 ; CEDH, 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07, § 114.

<sup>2652</sup> Voir §§ 786 et s.

<sup>2653</sup> C'est encore la question de la proportionnalité qui se trouve au cœur des conclusions de l'avocat général M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 6 décembre 2018, aff. C-396/17 (l'arrêt n'est pas encore rendu), pour déterminer si le nouveau droit autrichien, modifié à la suite de l'arrêt CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13, est compatible avec l'article 6 §1 de la directive 2000/78 et la Charte des droits fondamentaux. La nouvelle législation modifie le régime de la rémunération et l'avancement des fonctionnaires. Voir les pts 54 à 62

**889.** L'affaire *De Lange* nous avait précisément permis de mettre en lumière la modestie du contrôle de l'objectif dans ce cadre<sup>2654</sup> ; elle nous permet de confirmer à présent que le contrôle de la proportionnalité est considérablement plus élaboré. Après avoir rapidement établi que « favoriser la situation des jeunes sur le marché du travail » peut constituer un objectif légitime, la Cour parvient à mener la conciliation entre la politique nationale déployée et la nécessité de protéger les individus contre les discriminations en raison de leur âge par le contrôle de proportionnalité. L'atteinte portée à un droit essentiel doit être « raisonnablement ajustée à ce qu'exige objectivement la situation »<sup>2655</sup>, ce que la Cour vérifie dans l'arrêt *De Lange* sur sept paragraphes<sup>2656</sup>. Elle conclut que le régime national est bien de nature à atteindre l'objectif en ne dépassant pas les moyens nécessaires pour ce faire.

**890.** L'article 2 §5 de la directive 2000/78 concerne aussi des mesures dérogatoires au titre de la protection d'un intérêt étatique particulier, en l'occurrence celles qui sont « nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Si les objectifs sont énumérés, on note que cette disposition ne fait curieusement pas mention d'une exigence de proportionnalité. Dans l'arrêt *Petersen*, la juridiction de renvoi avait posé sa question préjudicielle sous l'angle de l'article 6 §1 de la directive 2000/78. Mais la Cour décida de soulever d'office l'article 2 §5 pour rendre sa décision en interprétation<sup>2657</sup>, puisque la mesure nationale en cause mentionnait expressément la protection de la santé comme objectif. Cela illustre déjà la proximité évidente entre les articles 6 §1 et 2 §5. La Cour semble introduire un examen de la proportionnalité, malgré le silence de la directive, au stade du contrôle de l'objectif de la mesure nationale. Elle estime en effet qu'une « mesure qui admet une exception *aussi large* [...] ne peut être considérée comme *essentielle* à la protection de la santé publique. [...] elle n'est pas *limitée* dans le temps et, bien qu'aucune donnée chiffrée n'ait été fournie, elle s'applique potentiellement à *tous* les dentistes et paraît susceptible de concerner un *nombre non négligeable* de patients »<sup>2658</sup>. Le caractère essentiel, la durée de la mesure et sa capacité à

---

<sup>2654</sup> CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15.

<sup>2655</sup> R. MEHDI, « Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable" », *op. cit.*, p. 9.

<sup>2656</sup> CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, *op. cit.*, pts 28-34.

<sup>2657</sup> Voir CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08, pt 48 : « Il y a lieu de rappeler, toutefois, que la circonstance qu'une juridiction nationale a, sur un plan formel, formulé la question préjudicielle en se référant à certaines dispositions du droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que la Cour fournisse à cette juridiction tous les éléments d'interprétation qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait référence ou non dans l'énoncé de ses questions ».

<sup>2658</sup> CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, *op. cit.*, pt 61. Nous soulignons les termes qui renvoient au contrôle de la proportionnalité.

toucher un nombre plus ou moins important d'individus relève davantage de sa proportionnalité que de son objectif *stricto sensu*, étant entendu que l'objectif allégué de l'État est bien la protection de la santé publique.

**891.** C'est probablement dans la précision que l'article 2 §5 n'autorise que les « mesures nécessaires » pour atteindre les objectifs cités qu'il faut trouver la source d'un tel contrôle de proportionnalité, ce que l'arrêt *Prigge* confirme en 2011. La Cour estime qu'une interdiction pour les pilotes d'exercer leur activité professionnelle lorsqu'ils dépassent l'âge de 60 ans n'est pas proportionnée en se fondant sur le fait que d'autres « réglementations nationale et internationale ont considéré qu'il était nécessaire non pas d'interdire aux pilotes d'exercer leurs activités après l'âge de 60 ans, mais seulement de restreindre cet exercice »<sup>2659</sup> et « fixent cet âge à 65 ans »<sup>2660</sup>. En d'autres termes, si une différence de traitement sur le fondement de l'âge est parfaitement envisageable dans le cadre de l'article 2 §5, la limitation opérée en l'espèce par l'État est disproportionnée, la mesure n'est pas *nécessaire*<sup>2661</sup> pour atteindre l'objectif. L'ambition de la Cour de justice est de nouveau d'articuler le droit individuel de chaque pilote à ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'âge et l'intérêt de l'État à protéger la sécurité collective dans le transport aérien.

**892.** Le contrôle de proportionnalité apparaît bien, dans le contentieux de l'égalité, comme un outil de « ménagement des susceptibilités étatiques »<sup>2662</sup>. C'est aussi les intérêts de l'employeur face à ceux du travailleur que la Cour de justice peut mettre en balance.

## **2- L'intérêt de l'employeur contre l'intérêt du travailleur**

**893.** Nous allons nous intéresser aux aménagements raisonnables prévus par l'article 5 de la directive 2000/78, bien que nous ayons démontré qu'il ne s'agissait pas d'un régime dérogatoire, mais d'une obligation découlant du principe de l'égalité de traitement. Ces

---

<sup>2659</sup> CJCE, 13 septembre 2011, *Prigge*, C-447/09, pt 63.

<sup>2660</sup> *Ibid.*, pt 64.

<sup>2661</sup> On peut faire ici un parallèle avec l'arrêt de la Cour suprême australienne, 19 mars 1998, *Qantas Airways v. Christie*, (1998) HCA 18, où la conclusion était inverse. La limite d'âge de 65 ans imposée sous conditions par de nombreux pays aux pilotes dans leur espace aérien implique que, si un pilote dépassant l'âge de 60 ans devait être employé par une compagnie australienne, il ne pourrait exercer son activité que sur un nombre restreint de vols, ce pilote devant alors être accompagné d'un copilote moins âgé. Une telle situation aurait pour effet de perturber sérieusement le tableau d'affectation des pilotes de la compagnie. La Cour conclut dès lors que le pilote en question ne serait plus en mesure de remplir une « exigence essentielle » de son emploi, soit la capacité à voler vers un grand nombre de destinations internationales.

<sup>2662</sup> Pour reprendre l'expression de P. MUZNY à propos de la jurisprudence de la CEDH, *in 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.*, p. 254.



aménagements sont exigés tant qu'ils n'imposent pas « à l'employeur une charge disproportionnée ». On retrouve les germes d'un conflit potentiel dont nous avons déjà parlé : l'employeur peut aspirer à réduire le coût de l'emploi tandis que l'employé en situation de handicap peut réclamer une adaptation coûteuse de l'environnement de travail ou du poste. Le contrôle de proportionnalité au cœur de l'aménagement raisonnable revient au juge national en cas de litige<sup>2663</sup>. D'abord, vue la définition de la directive, on pourrait imaginer qu'il y a une double dimension du caractère proportionnel de l'aménagement raisonnable (a). En réalité, cette ambiguïté est tranchée par le juge, qui choisit résolument de centrer son analyse sur l'intérêt de l'employeur (b).

*a- La « double proportionnalité » de l'aménagement raisonnable*

**894.** Lisa Waddington a montré que deux conceptions étaient envisageables<sup>2664</sup>. Soit l'adjectif « raisonnable » se réfère au détenteur de l'obligation, l'employeur, le contrôle de proportionnalité est alors opéré par rapport aux capacités de son entreprise, aux difficultés ou coûts qui résulteraient de l'aménagement ; soit l'adjectif se réfère à l'aménagement lui-même, dans le sens où celui-ci doit être effectif, de nature à atteindre son objectif d'intégration pour la personne handicapée. Elle note que « dans beaucoup de juridictions européennes, le terme est employé (sans doute confusément) dans les deux sens »<sup>2665</sup>.

**895.** Dans l'arrêt *HK Danmark*, la Cour conforte son analyse par le fait que, selon la définition donnée par la convention de l'ONU, les aménagements raisonnables sont « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». « Il s'ensuit que ladite disposition préconise une définition large de la notion »<sup>2666</sup>. La Cour conclut alors qu'il n'y a pas de raison qu'une réduction du temps de travail ne puisse pas constituer un aménagement raisonnable, mais n'impose pas vraiment de vérification *in concreto* au juge national de ce point de vue. Le juge national n'est donc pas tenu de vérifier que l'aménagement

---

<sup>2663</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, pt 59.

<sup>2664</sup> L. WADDINGTON, « When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is "reasonable" from a comparative perspective », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, n° 3, 2008, pp. 321-322.

<sup>2665</sup> *Ibid.* p. 322. Librement traduit.

<sup>2666</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt 53.

est approprié, nécessaire et proportionné par rapport au handicap, mais bien par rapport à l'entreprise et à ses moyens.

**896.** S'il y a bien une mise en balance coûts/avantages qui est opérée, elle est centrée sur l'employeur, étant sous-entendu que la seule existence d'un aménagement représenterait un avantage conséquent pour le travailleur handicapé. Le droit de l'Union reflète donc assez nettement la première conception présentée par Lisa Waddington, puisqu'on parle bien de charge disproportionnée pour l'employeur. Les indications données par le texte de la directive lui-même sont centrées sur l'employeur et l'entreprise<sup>2667</sup>.

*b- Le choix d'une analyse centrée sur la charge pour l'employeur*

**897.** Dans l'affaire *HK Danmark* toujours, la Cour explique au juge national qu'il doit « tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'une telle mesure implique, de la taille et des ressources financières de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide »<sup>2668</sup>. La Cour a estimé que le fait que « le droit danois prévoit la possibilité d'octroyer aux entreprises des aides publiques pour les aménagements ayant pour objet de faciliter l'accès des personnes handicapées au marché du travail, notamment des initiatives qui ont pour but d'inciter les employeurs à engager et à maintenir en fonction des personnes souffrant d'un handicap »<sup>2669</sup> est un élément pertinent à retenir parmi le faisceau d'indices que devra utiliser le juge national. C'est bien une mise en balance coût/avantages centrée sur l'employeur qui est exigée<sup>2670</sup>.

**898.** Frédéric Guiomard craint pour sa part qu'une lecture trop souple du terme « raisonnable » permette à l'employeur de « se contenter d'exciper du coût excessif de l'aménagement au regard de sa situation économique sans même avoir à envisager concrètement

---

<sup>2667</sup> L'article 5 de la directive 2000/78 précise que la « 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 ». Le pt 17 du préambule ajoute que la directive « n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées ».

<sup>2668</sup> CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, *op. cit.*, pt 60.

<sup>2669</sup> *Ibid.*, pt 63.

<sup>2670</sup> Le droit finlandais précise « In assessing what constitutes reasonable, particular attention shall be devoted to the costs of the steps, the financial position of the person commissioning work or arranging training, and the possibility of support from public funds or elsewhere towards the costs involved ». Voir *Finnish Non-Discrimination Act 21/2004*, Section 5, traduit en anglais en ligne.

les solutions envisageables »<sup>2671</sup>. Rien n'interdit toutefois au juge national de contrôler l'adéquation de l'aménagement par rapport au handicap<sup>2672</sup>, en allant plus loin que ce qui est exigé *a minima* par la directive.

**899.** Nos explications sur les différentes fonctions que remplit le contrôle de proportionnalité des mesures dérogeant à l'interdiction de discriminer doivent être complétées par une analyse sur la réalisation de ce contrôle. Comment se met en place l'analyse de la proportionnalité dans le cadre spécifique des différences de traitement compatibles avec le principe de l'égalité de traitement ?

## **§2) La réalisation du contrôle de proportionnalité des dérogations**

**900.** Comme outil de départage entre revendications concurrentes autant que d'appréciation indirecte des choix de politique sociale, le juge devrait manier la proportionnalité de la manière la plus transparente possible. Or, si le contrôle de l'objectif des mesures dérogatoires est généralement succinct, « la marge d'appréciation s'avère plus fluctuante au deuxième stade de l'analyse, à savoir lors de l'examen de proportionnalité »<sup>2673</sup>. La jurisprudence n'est donc pas entièrement satisfaisante à cet égard mais l'on trouve des éléments en ce qui concerne autant les étapes de ce contrôle (A) que son intensité selon les dérogations invoquées au principe d'égalité (B).

---

<sup>2671</sup> F. GUIOMARD, « La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations dans le champ de l'emploi », in *Les aménagements raisonnables comme réponse aux discriminations. Une révolution juridique, pour quels effets ?*, Rapport de Recherche ARDIS, 2016, p. 33, en ligne.

En France, « Si la question du reclassement sur un emploi "approprié aux capacités" du travailleur est envisagée pour les salariés reconnus inaptes par le médecin du travail, le débat paraît se concentrer sur la question du licenciement pour inaptitude bien davantage que sur la question du maintien dans un emploi adapté. Certains appellent à ce titre à une évolution des règles permettant de passer d'un droit de l'inaptitude à un droit de l'aptitude ». Voir G. PIGNARRE, « Réformer le droit de l'inaptitude ? », *RDT*, 2011, p. 413.

<sup>2672</sup> *Ibid.* En France, « Si la question du reclassement sur un emploi "approprié aux capacités" du travailleur est envisagée pour les salariés reconnus inaptes par le médecin du travail, le débat paraît se concentrer sur la question du licenciement pour inaptitude bien davantage que sur la question du maintien dans un emploi adapté. Certains appellent à ce titre à une évolution des règles permettant de passer d'un droit de l'inaptitude à un droit de l'aptitude ». Voir G. PIGNARRE, « Réformer le droit de l'inaptitude ? », *op. cit.*

Le droit finlandais a choisi une transposition très fidèle de la directive, avec la même approche de la proportionnalité centrée sur les coûts pour l'employeur. Le *Non-discrimination Act 21/2004* oblige l'employeur « to take any reasonable steps to help a person with disabilities to gain access to work or training, to cope at work and to advance their career. In assessing what constitutes reasonable, particular attention shall be devoted to the costs of the steps, the financial position of the person commissioning work or arranging training, and the possibility of support from public funds or elsewhere towards the costs involved » .

<sup>2673</sup> E. BRIBOSIA, I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination / Equality and Non-Discrimination », *JEDH*, n° 2, 2013, p. 299.

## ***A) Les étapes du contrôle de proportionnalité***

**901.** Nous pensons déjà nécessaire d'expliquer pourquoi nous préférons parler de contrôle<sup>2674</sup> dans le cadre de notre étude, étant donné qu'il est fréquent que la proportionnalité soit identifiée comme principe (1). Nous pourrions voir ensuite qu'il s'agit d'un contrôle à trois facettes (2).

### **1- Contrôle ou principe ?**

**902.** Plusieurs auteurs s'interrogent sur la nature de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de justice, indéterminée entre « principe de droit ou arme à structure molle »<sup>2675</sup>. Dans l'arrêt *Schröder*, la Cour considère que la proportionnalité fait « partie des principes généraux du droit communautaire » et que « la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation »<sup>2676</sup>, en dehors de toute mention expresse dans la disposition visée. Les Traités parlent bien « des principes de subsidiarité et de proportionnalité », régissant l'exercice des compétences de l'Union. Étant donné que la proportionnalité « s'applique tout autant à l'activité législative qu'à l'activité juridictionnelle »<sup>2677</sup>, lorsque c'est l'exigence de proportionnalité en général en droit de l'Union qui est visée, la doctrine parle généralement de « principe »<sup>2678</sup>.

**903.** Cependant, nous n'en parlons ici qu'en tant qu'« instrument essentiel de contrôle juridictionnel »<sup>2679</sup> et il paraît plus juste dès lors de parler de contrôle de la proportionnalité des

---

<sup>2674</sup> Comme le font nombre d'auteurs que nous avons cités : D. MARTIN, « Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres - Réflexions à partir de l'arrêt *Age Concern* », *JTT*, 2009, p. 241. ; D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européennes », *Les petites affiches*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 17-32 ; V. MICHEL, « Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », *op. cit.*, pp. 209-226 ; M. FALLON, « La proportionnalité des entraves aux libertés économiques de circulation sous le prisme de la Charte, valeur ajoutée ou décorative ? », in *L'Europe au présent !, Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 399-329 ; S. BARBOU DES PLACES, « Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges. La marge d'appréciation du juge national varie-t-elle selon la qualification de la mesure ? », in E. NEFRAMI, V. SKOURIS (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, *op. cit.*, pp. 183-207.

<sup>2675</sup> M. FALLON, D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination... », *JDE*, vol. 6, n° 170, 2010, p. 170.

<sup>2676</sup> CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder*, C- 265/87, pt 21.

<sup>2677</sup> D.-U. GALETTA, « Le principe de proportionnalité », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.-B. AUBY (dir.), *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 501.

<sup>2678</sup> Voir D.-U. GALETTA « Le principe de proportionnalité », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.-B. AUBY (dir.), *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, pp. 501-525 ; E. ELLIS, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 187 p.

<sup>2679</sup> D.-U. GALETTA « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 505.

mesures dérogatoires. De la même manière que Gwenaële Calvès développe l'idée que le principe de non-discrimination serait plutôt une technique de contrôle juridictionnel, consistant en la « qualification de certaines différences de traitement, dont on cherche à savoir si elles sont ou non justifiées »<sup>2680</sup>, le principe de proportionnalité, dans son application prétorienne, n'édicte aucun contenu particulier. On peut considérer à l'inverse que le principe de l'égalité de traitement édicte bien deux règles substantielles : la première est le traitement égalitaire des situations comparables, la seconde est le traitement différencié des situations non-comparables. Le contrôle de proportionnalité fonctionne comme un outil de qualification, participant à définir ce qu'est et ce que n'est pas une discrimination. La proportionnalité en elle-même ne peut se saisir que dans la casuistique, dans l'analyse de faits particuliers. Il n'y a par exemple pas d'aménagement raisonnable *in abstracto*, tout dépendra de quel handicap il s'agit, pour quel emploi, dans quelle entreprise (*id est* qui possède quels moyens financiers, matériels et humains) et dans quel État membre (*id est* les politiques de compensation suffisent ou non à compenser la charge).

**904.** Dans le cadre des mesures ayant « l'effet de limiter les libertés ou les droits fondamentaux des particuliers reconnus par les traités ou par des normes du droit dérivé », Diana-Urania Galetta écrit que l'attitude des juges « consiste à admettre de telles limitations dans l'intérêt public, mais en même temps à souligner la nécessité que de telles limitations soient compatibles avec le principe de proportionnalité »<sup>2681</sup>. Nous pensons plutôt que les juges vérifient que la mesure est compatible avec le droit fondamental en contrôlant notamment sa proportionnalité. Il n'y a pas de compatibilité avec le principe de proportionnalité *in abstracto*. Parce que c'est un contrôle d'ailleurs, le juge a pu se permettre « un processus d'émancipation du principe de proportionnalité par rapport aux dispositions ponctuelles qui le prévoyaient expressément »<sup>2682</sup>, le rendant transversal et général. Il agit sur la procédure et ne modifie pas le contenu des droits substantiels octroyés, ou en tout cas n'a pas vocation à le faire, même si nous verrons qu'en pratique, cela est discutable. Lorsque la Cour contrôle des mesures au regard des dérogations prévues par le droit primaire ou dérivé par rapport au principe d'égalité de

---

<sup>2680</sup> G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 48-49.

<sup>2681</sup> D.-U. GALETTA « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 510.

<sup>2682</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *op. cit.*, pp. 17-32.

traitement, elle ne se réfère d'ailleurs pas au principe général de proportionnalité mais bien aux exigences particulières de chaque disposition autorisant une dérogation.

## 2- Un contrôle à trois facettes

905. Un certain consensus se dégage parmi les auteurs qui ont analysé le « principe » de proportionnalité, dans son cadre originel qu'est la jurisprudence allemande<sup>2683</sup>, puis dans des cadres d'importation comme la jurisprudence du juge de l'Union. Selon eux, ce contrôle se déploie en trois étapes ou « sous-contrôles », revêtant des noms différents, mais pour une réalité unique. D'abord est contrôlée l'adéquation de la mesure par rapport au but poursuivi, puis sa nécessité et enfin sa proportionnalité *stricto sensu*<sup>2684</sup>. La Cour de justice résume ces trois aspects dans les termes suivants : « les mesures contrôlées doivent être *appropriées* [1] et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de *recourir à la moins contraignante* [2], et que les charges imposées *ne doivent pas être démesurées* [3] par rapport aux buts visés »<sup>2685</sup>.

906. L'affaire *de Lange* contient un contrôle de proportionnalité exemplaire puisque chacune des trois facettes est précisément développée. Au regard de l'article 6 §1 de la directive 2000/78, la Cour doit évaluer la validité d'une législation nationale qui autorise les personnes de moins de 30 ans à déduire intégralement leurs frais de formation professionnelle de leurs revenus imposables, tandis que ce droit est limité pour les personnes de plus de 30 ans. D'abord, la Cour évalue le « caractère approprié » de la mesure, c'est-à-dire son adéquation, de manière rapide puisqu'il est évident qu'un tel régime d'imposition est de nature favoriser la situation des jeunes. Malgré tout, elle rappelle que le juge national doit en faire la vérification approfondie<sup>2686</sup>. Elle passe ensuite au « caractère strictement nécessaire » du régime d'imposition, pour déterminer si une telle mesure était inévitable pour remplir l'objectif ou si une mesure moins contraignante était imaginable. À ce titre, il faut bien noter que la nécessité

---

<sup>2683</sup> Voir D.-U. GALETTA « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, pp. 501-505.

<sup>2684</sup> Nous reprenons la terminologie proposée par D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européennes », *op. cit.*, p. 20, qui parle d'une « présentation ternaire, empruntée à la théorie allemande du contrôle de proportionnalité, [qui] distingue la vérification de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité dite *stricto sensu* ».

M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.*, p. 25, donne des noms différents mais c'est la même idée. « Le concept de "proportionnalité" comporte traditionnellement trois tests séparés : légitimité, efficacité et nécessité ». Voir aussi M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>2685</sup> CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder*, *op. cit.*, pt 21.

<sup>2686</sup> *Ibid.*, pt 29.

est à la fois un plafond et un palier, c'est-à-dire qu'une mesure excessive est autant prohibée qu'une mesure insuffisante.

**907.** Dans notre exemple, le gouvernement néerlandais se justifiait à la fois par le fait que la législation permet aux plus de 30 ans une déduction qui n'est que limitée et par le caractère conditionné du droit à déduction intégrale pour les moins de 30 ans<sup>2687</sup>. Le contrôle de la nécessité, bien plus que celui de l'adéquation, impose une analyse *in concreto* du dispositif, de sa forme, de ses conditions, de ses effets. La conclusion appartient en dernier lieu au juge national. Enfin, la Cour s'intéresse à la proportionnalité *stricto sensu*, qui n'est pas ainsi nommé<sup>2688</sup>, c'est-à-dire déterminer si la mesure n'irait pas « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif ». Malgré l'adjectif nécessaire, il ne faut pas confondre cette phase et la précédente. Markus Müller distingue ainsi les deux. La nécessité consiste à se demander : « la mesure est-elle [...] la plus légère possible ou existe-t-il des alternatives plus clémentes tout en étant aussi adéquates ? » quand la proportionnalité *stricto sensu* répond à la question « la mesure concrète est-elle disproportionnelle par rapport à l'objectif ? »<sup>2689</sup>.

**908.** Comparer les arrêts *Vital Pérez* et *Salaberria Sorrondo* permet de mettre en lumière la contingence profonde de la proportionnalité, puisque les mesures nationales en cause sont très similaires. Dans le premier cas, une mesure fixe à 30 ans l'âge maximal du recrutement des agents de police locale ; dans le second cas, cet âge est fixé à 35 ans pour le recrutement des forces de police. Les mesures sont examinées sous l'angle de l'article 4 §1 de la directive 2000/78 sur les exigences professionnelles et déterminantes dont nous savons qu'elles doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi. Dans les deux arrêts, la Cour valide l'objectif qui est de « maintenir le caractère opérationnel des services de police »<sup>2690</sup>. C'est véritablement au stade de la proportionnalité, très développé dans les deux cas, que la Cour opère une vraie conciliation entre cet objectif et la nécessité de respecter le principe d'égalité de traitement.

**909.** Dans l'arrêt *Vital Pérez*, la Cour estime que l'âge fixé instaure une « exigence disproportionnée », tandis qu'elle valide la mesure dans le cadre de l'affaire *Salaberria Sorrondo*. C'est du fait de la différence qui existe entre les fonctions de la police locale et de la police de la Communauté autonome basque que la Cour peut retenir ces deux conclusions

---

<sup>2687</sup> *Ibid.*, pts 31 et 32.

<sup>2688</sup> *Ibid.*, pts 33 et 34.

<sup>2689</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>2690</sup> CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13, pts 43-44 ; CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorrondo*, C-258/15, pt 38.

apparemment contradictoires<sup>2691</sup>. Dans le cas *Vital Pérez*, la nature des fonctions de police ne rend pas *nécessaires* d'imposer une telle exigence liée à l'âge des candidats<sup>2692</sup>, c'est-à-dire qu'il est possible d'atteindre l'objectif « d'une façon moins contraignante que la fixation d'un âge maximal »<sup>2693</sup>. Il y a donc violation du principe de proportionnalité dans le sens où l'une de ses facettes, la nécessité de la mesure, fait défaut selon la Cour. Dans le cas *Salaberria* au contraire, les éléments apportés par la juridiction nationale sur la nature des fonctions en cause au principal modifient le contrôle de proportionnalité et le caractère nécessaire de la fixation d'un âge maximal au recrutement trouve à se vérifier<sup>2694</sup>. Le contrôle est bien plus approfondi dans l'affaire *Salaberria* où l'on retrouve toutes ses facettes en détail, tandis que dans l'affaire *Vital Pérez*, la mesure était jugée disproportionnée dès le contrôle de sa nécessité.

**910.** Ces deux affaires révèlent bien le caractère déterminant du contrôle de proportionnalité dans l'appréciation des dérogations au principe de l'égalité de traitement. Lorsque la Cour parle d'une interprétation stricte de celles-ci, c'est véritablement à la proportionnalité qu'elle fait référence, bien plus qu'au contrôle de l'objectif qui reste généralement minime. Dans l'affaire *Kalliri* du 18 octobre 2017<sup>2695</sup>, qui portait de nouveau sur une exigence spécifique pour le recrutement des forces de police en Grèce, prenant cette fois la forme d'une taille minimale fixée, la Cour conclut aussi à une disproportion au regard de l'article 4 §1. « L'objectif poursuivi par la réglementation en cause au principal pourrait être atteint par des mesures moins désavantageuses pour les personnes de sexe féminin, telles qu'une présélection des candidats au concours d'entrée aux écoles des officiers et agents de police fondée sur des épreuves spécifiques permettant de vérifier leurs capacités physiques »<sup>2696</sup>. Faute de proportionnalité, une telle mesure est qualifiée de discrimination indirecte fondée sur le sexe.

---

<sup>2691</sup> CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorrondo*, *op. cit.*, pt 40 : « il importe de rappeler que les agents de la police locale sont chargés, notamment, en vertu de l'article 53 de la loi organique 2/1986, d'assurer la protection des autorités des collectivités locales et la surveillance des bâtiments de celles-ci, de régler et de diriger la circulation en centre-ville, de procéder à la signalisation ainsi que d'exercer des fonctions de police administrative. En revanche, il résulte de l'article 26, paragraphe 1, de la loi 4/1992 que la police de la Communauté autonome du Pays basque « a pour mission essentielle de protéger les personnes et les biens, de garantir le libre exercice de leurs droits et libertés et de veiller à la sécurité des citoyens sur tout le territoire de la communauté autonome ».

<sup>2692</sup> La Cour compare avec l'arrêt CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08, points 41 et 43 où une restriction sur l'âge au recrutement des pompiers avait été considérée comme proportionnée. « Les capacités dont doivent disposer ces agents afin d'être en mesure de s'acquitter de certaines de ces missions ne sont pas toujours comparables aux capacités physiques "exceptionnellement élevées" exigées systématiquement des pompiers notamment dans la lutte contre les incendies ». CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Perez*, *op. cit.*, pt 54.

<sup>2693</sup> CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Perez*, *op. cit.*, pt 55.

<sup>2694</sup> CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorrondo*, *op. cit.*, pts 40 à 48.

<sup>2695</sup> CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16.

<sup>2696</sup> *Ibid.*, pt 42.



**911.** Pierre Moor écrit, à propos du contrôle de l'adéquation, de la nécessité et de la proportion, que ces « trois questions ne structurent pas le principe mais l'éclairent selon des jours différents et sont ainsi interchangeables »<sup>2697</sup>. Dans le même ordre d'idée, Denys Simon a pu écrire que « par définition, le contrôle de proportionnalité devrait échapper à la formalisation artificielle d'une technique de contrôle, rebelle à une systématisation rigoureuse parce qu'elle est par essence casuistique »<sup>2698</sup>. « Ainsi le principe de proportionnalité renvoie probablement davantage aux faits qu'aux normes »<sup>2699</sup>. On a effectivement des difficultés à trouver dans le principe de proportionnalité un contenu figé, à la fois d'un point de vue substantiel comme nous l'avons dit puisqu'il s'agit d'une méthode de contrôle, mais aussi d'un point de vue procédural<sup>2700</sup>. Nous avons préféré pour cette raison parler de contrôle « à trois facettes » plutôt qu'en trois étapes, comme cela est souvent présenté par la doctrine. Le principe de proportionnalité se montre en effet rebelle à une trop grande systématisation, il est adaptable et adapté sans cesse par les nombreuses Cours qui le manient. Le contrôle de proportionnalité est sans doute une affaire de degrés davantage que d'étapes systématique de contrôle.

### ***B) Les degrés du contrôle de proportionnalité***

**912.** La question des degrés du contrôle de proportionnalité, autrement dit de son intensité, est très complexe<sup>2701</sup> et rejoint dans une certaine mesure celle de ses facettes. Pourquoi le juge applique parfois strictement les trois sous-contrôles et s'en affranchit dans d'autres cas ? La jurisprudence américaine constitue un exemple où l'arbitrage entre les degrés de contrôle repose sur une certaine logique apparente.

**913.** La logique américaine repose sur la gravité des motifs qui fondent la mesure potentiellement discriminatoire dénoncée, ou sur l'importance du droit protégé. Les motifs les

---

<sup>2697</sup> P. MOOR, « systématique et illustration du principe de la proportionnalité, in Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Strasbourg, 2001 ; pp. 319 s., p. 332

<sup>2698</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *Les petites affiches*, n° 46, 5 mars 2009, p. 28.

<sup>2699</sup> T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 1 : « Thus the proportionality principle is perhaps more about the empirics than it is about norms ». Librement traduit.

<sup>2700</sup> Dans le même sens, D.-U. GALETTA « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, pp. 507-515.

<sup>2701</sup> J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *The Cambridge Law Journal*, 2006, vol. 65, n° 1, pp. 174-207.

plus suspects nécessitent un examen strict (*strict scrutiny*) de la part de la Cour suprême<sup>2702</sup> ; la mesure ne sera conforme à la Constitution que si elle est « indispensable pour promouvoir un intérêt prépondérant de l'État »<sup>2703</sup> et qu'il est prouvé que le moyen choisi est étroitement ajusté<sup>2704</sup>. En revanche, pour les motifs moins suspects ou qui porte atteinte à un droit « moins fondamental », le contrôle est intermédiaire (*heightened scrutiny*)<sup>2705</sup> voire encore plus faible (*rational basis test*). Le contrôle de proportionnalité est donc plus ou moins intense et difficile à dépasser pour la mesure.

**914.** Qu'en est-il devant le juge de l'Union ? Denys Simon écrit que, « comme tout juge, la Cour de justice, en fonction des questions soulevées, module l'intensité de son contrôle, en s'inspirant largement des techniques bien connues du contrôle minimum, restreint, entier, avec le correctif classique de la disproportion manifeste »<sup>2706</sup>. Mais la logique de la gravité selon les motifs n'a pas trouvé de résonance dans la jurisprudence du juge de l'Union, puisque celui-ci ne dispose que d'une liste limitative de motifs prohibés. Comment le contrôle de proportionnalité varie-t-il dans son intensité ? selon quelles règles ? Nous ne pouvons que constater que la modulation de ce contrôle est ambiguë (1). Cette ambiguïté s'explique en partie par le fait que le contrôle est délégué au juge national (2).

### **1- La modulation ambiguë du contrôle**

**915.** « Si l'État peut mal agir, il est toujours animé de bonnes intentions »<sup>2707</sup>, écrivait Elias Kastanas dans sa thèse. Le juge de l'Union est « comme tout juge, conscient du "tabou de l'opportunité" et veille à ne pas étendre son contrôle de la proportionnalité au point de substituer ses propres choix aux pouvoirs discrétionnaires du législateur ou de l'administration »<sup>2708</sup>. Du

---

<sup>2702</sup> E. GERSTMANN, C. SHORTELL « The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases », *University of Pittsburgh Law Review*, vol 72, n° 1, 2010. URL : <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/151/151>

<sup>2703</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944). La Cour suprême précisa que « [p]ressing public necessity may sometimes justify the existence of [racial discrimination]; racial antagonism never can ».

<sup>2704</sup> G. CALVÈS, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>2705</sup> *Ibid.*, pp. 314-315 : « Un degré de contrôle intermédiaire a progressivement émergé. [...] L'incertitude portait pour l'essentiel sur le type de critère de distinction qu[e la Cour Supême] se montrerait disposée à qualifier de "quasi-suspects" (sexe ? [...] âge, handicap, [...] orientation sexuelle ?[...]) Cette qualification entraîne en effet un contrôle renforcé de l'objectif poursuivi qui doit être "important" et non plus seulement "légitime"».

<sup>2706</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *op. cit.*

<sup>2707</sup> E. KASTANAS, « Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 87.

<sup>2708</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *op. cit.*

moins est-ce la position officielle pour fonder la modulation du contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité s'arrête où commence le contrôle de l'opportunité.

**916.** Afin de ne pas entraver trop frontalement la capacité des États à décider librement dans les domaines dans lesquels ils sont souverains, la Cour de justice fait en principe preuve de retenue. Elle rappelle fréquemment que tel est le cas en matière sociale, où les États disposent d'une « large marge d'appréciation », de même que les partenaires sociaux<sup>2709</sup>. Elle précise que cette marge d'appréciation concerne « le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser »<sup>2710</sup>. La position paraît claire : lorsque l'objectif poursuivi par l'État relève de ses compétences, le juge de l'Union devrait se contenter d'un contrôle restreint, c'est-à-dire un contrôle de l'adéquation manifeste de la mesure à remplir l'objectif, éventuellement suivi d'un contrôle léger de la nécessité et de la proportion.

**917.** Tel est souvent le cas quand il s'agit du contrôle de l'objectif lui-même, mais cela nous semble bien moins évident concernant le contrôle de proportionnalité déployé pour les mesures dérogeant au principe d'égalité de traitement, dans le cadre de l'article 6 §1 de la directive 2000/78 notamment. La position de principe voudrait que, l'État disposant d'une large marge d'appréciation, le contrôle du juge de l'Union soit d'autant plus restreint. Or, le juge doit également s'assurer que le principe d'égalité de traitement n'est pas vidé de sa substance et, si la mesure prend la forme d'une différence de traitement directement fondée sur l'âge, comme c'est le cas dans le cadre de l'article 6 §1, alors le juge n'a d'autres choix que d'effectuer un contrôle de proportionnalité approfondi. En conséquence, même si en principe, l'État est libre de choisir les moyens permettant d'atteindre l'objectif fixé, dès lors que ceux-ci prennent la forme de mesures instaurant des différences de traitement fondées sur l'un des motifs protégés, les moyens sont plutôt strictement contrôlés.

**918.** Le contrôle de proportionnalité représente ainsi pour le juge une véritable voie d'infiltration, efficace et discrète, dans les choix politiques nationaux<sup>2711</sup>. Si la marge d'appréciation est souvent respectée pour ce qui est de la fixation de l'objectif poursuivi, elle

---

<sup>2709</sup> CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, C-45/09.

<sup>2710</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13, pt 38 ; CJUE, 19 juin 2014, *Specht e.a.*, C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, pt 46.

<sup>2711</sup> Antonio Marzal YETANO écrit que « l'autonomie politique des États membres ne possède pas de valeur intrinsèque aux yeux de la Cour, puisqu'elle n'accepte d'analyser cette question qu'en termes d'efficacité. Ainsi, la nature de la proportionnalité semblerait exclure par principe toute marge d'appréciation en faveur des États membres », *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 430.

est considérablement restreinte pour les moyens mis en œuvre dès qu'ils impliquent une différence de traitement. En principe, le juge se fonde sur l'évaluation du « degré d'importance de l'intérêt public en jeu [...], plus l'intérêt général est fondamental, plus la restriction, même importante, pourra être jugée proportionnée »<sup>2712</sup>. Or, nous savons aussi que « plus la restriction est gravement attentatoire à un droit particulièrement protégé, plus l'objectif d'intérêt général devra être fondamental pour qu'il puisse y être porté atteinte »<sup>2713</sup>. L'objectif relève certes de la politique sociale, mais la restriction est ici apportée au droit fondamental à l'égalité de traitement. C'est bien au stade de la proportionnalité que la Cour parvient souvent à faire pencher la balance en faveur du respect du principe d'égalité. Dans la jurisprudence sur l'article 6 §1, il n'est pas rare que la Cour valide l'objectif comme légitime mais ne juge pas la différence de traitement appropriée et nécessaire<sup>2714</sup>. La Cour cherche à s'assurer que la marge d'appréciation des États n'ait pas « pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre du principe de non-discrimination fondée sur l'âge », jugé fondamental<sup>2715</sup>. Le contrôle de proportionnalité est d'ailleurs tout aussi strict sur le fondement de l'article 4 §1 de la directive 2000/78 sur les exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

**919.** Ces constats ne permettent toutefois pas d'affirmer que le contrôle de proportionnalité est toujours approfondi, dès lors qu'il s'agit de mesures dérogeant au droit fondamental à l'égalité de traitement. Bien que la Cour soit ambiguë dans son examen à l'objectif poursuivi, il y a bien parfois variation des intensités du contrôle. Dans l'affaire *Geoffrey Léger* par exemple, c'est au regard des articles 21 et 52 §1 de la Charte des droits fondamentaux que la Cour est appelée à évaluer la validité de la contre-indication permanente au don de sang en France des hommes ayant eu une relation sexuelle avec un homme. La Cour rappelle que l'article 52 de la Charte impose une exigence de proportionnalité des limitations aux droits fondamentaux<sup>2716</sup>. L'enjeu était grand de savoir quelle intensité de contrôle allait déployer la Cour de justice dans le cadre de la Charte<sup>2717</sup>.

---

<sup>2712</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *op. cit.*, p. 22.

<sup>2713</sup> *Ibid.*

<sup>2714</sup> Voir CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, *op. cit.* ; CJUE, 19 juin 2014, *Specht*, *op. cit.* Les conclusions de l'avocat général M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 6 décembre 2018, dans l'affaire pendante C-396/17, concluent également à une disproportion de la réglementation autrichienne examinée.

<sup>2715</sup> CJUE, 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, pt 33.

<sup>2716</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, pt 52.

<sup>2717</sup> Voir E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 2015, p. 737

**920.** Bien que la Cour rappelle que le principe de proportionnalité signifie que « les mesures prévues par la législation nationale ne doivent pas excéder les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés »<sup>2718</sup>, le contrôle finalement mis en œuvre n'est pas aussi approfondi que pour d'autres dérogations. La question centrale est celle de la nécessité ici, car l'adéquation pose peu de problème. Il y a *a priori* adéquation entre l'exclusion du don du sang d'une population présentée comme à risque (encore que la fiabilité de ce risque aurait pu aussi être sujet à discussion) et la protection de la santé des receveurs.

**921.** Le contrôle de la nécessité est en revanche bien plus problématique. N'existent-ils pas des techniques efficaces moins contraignantes par rapport au risque de contamination du sang ? La Cour envisage la voie des questionnaires et entretiens individuels permettant « d'identifier plus précisément les comportements présentant un risque » et surtout d'individualiser les risques, plutôt que d'exclure une catégorie entière sur une sorte de « présomption de risque ». Elle charge la juridiction nationale de faire cette vérification mais ne préjuge pas de la réponse à donner<sup>2719</sup>. La Cour se trouve bloquée par le fait qu'elle ne dispose pas de suffisamment d'éléments sur ce point, comme le soulignait également l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions<sup>2720</sup>. Edouard Dubout note à propos de cette solution que « l'intégrité des receveurs pourrait être assurée sans rupture manifeste d'égalité entre les donneurs, ce qui permettrait un équilibre plus proportionné des intérêts en présence »<sup>2721</sup>.

**922.** La Cour sait pourtant que tous les États n'ont pas fait le choix d'une telle exclusion ; certains ont adopté des règles plus souples et individualisées pour protéger la santé publique. Cela ne constitue-t-il pas une information suffisante pour que la Cour conclue à une disproportion ? Sa retenue, qui était également celle de l'avocat général<sup>2722</sup>, n'allait pas de soi étant donné les choix différents d'autres États. « Le fait que l'Espagne, l'Italie, la Slovaquie, la

---

<sup>2718</sup> CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, *op. cit.*, pt 58.

<sup>2719</sup> *Ibid.*, pt 66.

<sup>2720</sup> Conclusions de l'avocat général M. Paolo MENGGOZZI présentées le 17 juillet 2014, aff. C-528/13, pt 53.

<sup>2721</sup> Commentaire d'E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 2015, p. 737.

<sup>2722</sup> Conclusions de l'avocat général M. Paolo MENGGOZZI, *op. cit.*, pt 51 : « dans le contexte de la santé publique, le contrôle du respect du principe de proportionnalité exige « de tenir compte du fait que l'État membre peut décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation. En conséquence, le fait qu'un État membre impose des règles moins strictes que celles applicables dans un autre État membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées ».

Finlande et le Royaume-Uni n'excluent ni systématiquement ni définitivement la population HSH du don du sang ne doit pas être pris en compte au moment de décider si une mesure moins attentatoire au principe de l'égalité de traitement, mais capable d'atteindre le même résultat, pourrait être adoptée par le gouvernement français »<sup>2723</sup>.

**923.** Edouard Dubout estimait même qu'un tel recul du contrôle de la proportionnalité aboutissait à sous-entendre que la parole de certains groupes serait moins fiable et justifierait une exclusion permanente, les entretiens étant pour eux insuffisants. « Le seul moyen de soutenir la proportionnalité de l'interdiction permanente est de considérer qu'en cas d'information non fiable, le groupe considéré présente une dangerosité statistiquement supérieure au reste de la population de façon telle qu'il soit nécessaire, contrairement aux autres groupes, de ne pas tenir compte de la parole donnée. C'est ce que semble supposer la Cour de justice en admettant le principe d'une spécificité potentielle de la situation française »<sup>2724</sup>. Nous ne pensons pas qu'il faille tirer de telles conclusions de l'affaire *Léger*, mais plutôt que celui-ci éclaire de manière intéressante la modulation du contrôle de proportionnalité selon les objectifs.

**924.** Dans les domaines où l'intérêt général défendu est de prime importance et la marge d'appréciation de l'État étendue, la Cour est censée s'en tenir à un contrôle restreint, que l'on pourrait appeler de l'adéquation manifeste de la mesure. Nous avons aussi vu que lorsque c'est un objectif de politique sociale ou d'emploi par exemple, dans le cadre de l'article 6 §1 ou des articles sur les exigences professionnelles essentielles et déterminantes, qui est invoqué par l'auteur de la mesure, la Cour procède à un examen approfondi. Il y a donc l'idée que l'intérêt défendu n'est pas suffisamment essentiel pour justifier un écart disproportionné par rapport au principe d'égalité de traitement. À l'inverse, l'affaire *Léger* montre que la protection de la santé publique permet un écart plus grand par rapport à l'égalité de traitement, puisque le contrôle de proportionnalité se limite en fait à celui de l'adéquation ; la nécessité et la proportionnalité sont entièrement laissées à l'appréciation du juge national. On voit une marque claire de l'existence d'une modulation selon l'objectif, alors même que l'on cherche chaque fois à concilier la mesure par rapport au principe de l'égalité de traitement.

## **2- La délégation non-systématique du contrôle**

---

<sup>2723</sup> *Ibid.*, pt 52.

<sup>2724</sup> E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 2015, p. 737.

**925.** La restriction de l'intensité du contrôle ou « "judicial self-restraint" peut résulter – de façon souvent très imbriquée – de l'incapacité – objective ou délibérée – pour le juge de procéder aux évaluations requises pour pouvoir se livrer à un contrôle strict de la proportionnalité. C'est la complexité des appréciations qui constitue alors une contrainte imposant au juge une réduction de l'intensité de son contrôle »<sup>2725</sup>. Dans la jurisprudence visant à contrôler les mesures dérogeant au principe de l'égalité de traitement, si la Cour estime ne pas avoir assez d'éléments à sa connaissance (limités par les choix de la juridiction de renvoi lorsqu'elle active le mécanisme préjudiciel), elle renvoie à la juridiction nationale d'opérer un contrôle de proportionnalité approfondi.

**926.** Dans l'arrêt *Seymour-Smith et Perez* par exemple, où le Royaume-Uni cherchait à justifier une différence de traitement indirectement fondée sur le sexe, la Cour ne disposait que de « simples affirmations générales » tant sur l'objectif que sur la proportionnalité de la mesure et estimait donc ne pouvoir se prononcer elle-même. Elle a néanmoins rappelé la nécessité d'articuler la marge d'appréciation en matière sociale ici encore avec « un principe fondamental du droit communautaire tel que celui de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »<sup>2726</sup>. Une telle articulation oblige précisément à ne pas se contenter d'affirmations générales mais à mener un contrôle approfondi de l'objectif comme de la proportionnalité des moyens, qui revient donc à la juridiction nationale<sup>2727</sup>.

**927.** En revanche, le juge de l'Union n'hésite pas à orienter le juge national de manière bien plus précise, depuis l'arrêt *Mangold*<sup>2728</sup>, confirmé par les arrêts *Palacios de la Villa*<sup>2729</sup>, *Age Concern England*<sup>2730</sup> et *Hütter*<sup>2731</sup>, quand il dispose d'éléments factuels suffisants pour ne pas déléguer entièrement le contrôle<sup>2732</sup>. Ainsi, la Cour donne parfois des éléments tellement précis que l'issue de l'affaire ne fait plus de doute au niveau national. Dans l'arrêt *Schmitzer* par exemple, l'examen de l'adéquation de la mesure révèle une incompatibilité évidente avec le principe d'égalité de traitement en fonction de l'âge<sup>2733</sup>. La réglementation autrichienne a

---

<sup>2725</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européenne », *op. cit.*

<sup>2726</sup> CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, pt 75.

<sup>2727</sup> *Ibid.*, pts 76 et 77.

<sup>2728</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04.

<sup>2729</sup> CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05.

<sup>2730</sup> CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07.

<sup>2731</sup> CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08.

<sup>2732</sup> Voir D. MARTIN, « Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres - Réflexions à partir de l'arrêt *Age Concern* », *JTT*, 2009, p. 247, pour une réflexion critique.

<sup>2733</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13, pt 44 : « Une telle mesure, même si elle est susceptible d'assurer la protection des droits acquis et de la confiance légitime à l'égard des fonctionnaires favorisés par le régime antérieur, n'est pas apte à établir un régime non-discriminatoire ».

d'ailleurs été modifié à sa suite<sup>2734</sup>. Dans l'arrêt *Specht*, l'examen approfondi de la proportionnalité *stricto sensu* permet de présager assez clairement de l'invalidité de la mesure nationale, qui « va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime invoqué par le gouvernement allemand »<sup>2735</sup>. Ainsi, il est discutable de dire que la tendance est encore à la délégation au juge national de la charge d'apprécier *in concreto* l'objectif de la mesure et sa proportionnalité<sup>2736</sup>. Même si le principe demeure que, « lorsqu'elle se prononce sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union, la Cour s'efforce de donner une réponse utile pour la solution du litige au principal, mais c'est à la juridiction de renvoi qu'il revient d'en tirer les conséquences concrètes, en laissant au besoin inappliquée la règle nationale jugée incompatible avec le droit de l'Union »<sup>2737</sup>.

**928.** À la différence de la plupart des dispositions, telles que les exigences professionnelles essentielles et déterminantes, les aménagements raisonnables et les mesures sociales liées à l'âge, les dispositions relatives à l'action positive ne contiennent pas de précision sur le caractère approprié et nécessaire éventuellement attendu, au regard de l'objectif légitime. La mesure adoptée sur le fondement de l'action positive doit-elle être proportionnée ? De quelle manière et selon quelle sévérité en cas de contrôle juridictionnel ? Autant de questions auxquelles nous allons tenter de répondre pour terminer notre étude.

## **Section 2. La proportionnalité des mesures d'action positive dérogatoires**

**929.** Précisons que la question de la proportionnalité des mesures d'action positive par rapport au principe de l'égalité de traitement se pose naturellement pour une seule catégorie d'actions positives, celles qui prennent la forme d'une différence de traitement directement ou indirectement fondée sur l'une des caractéristiques protégées. Ainsi, étant donné la clarification

---

<sup>2734</sup> Voir les conclusions de l'avocat général M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 6 décembre 2018, aff. C-396/17, pts 17-21.

<sup>2735</sup> CJUE, 19 juin 2014, *Specht*, C-501/12, pts 49-51. Voir aussi CJUE, 26 février 2015, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-515/13, pts 26-28, pour une conclusion inverse.

<sup>2736</sup> Marie-Ange MOREAU note d'ailleurs que « Le renvoi pour l'appréciation du caractère nécessaire et légitime de la justification au juge national a bien évidemment pour inconvénient de laisser au juge national une liberté d'appréciation extrêmement forte puisque la Cour de justice ne se prononce pas sur les valeurs qui pourraient conduire les juges nationaux à trouver une ligne commune » *in* « Les justifications des discriminations », *op. cit.*

<sup>2737</sup> Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, JOUE C 439, 25 novembre 2016, pp. 1-8, pt 11.



terminologique que nous avons proposé plus tôt<sup>2738</sup>, nous parlerons ici de discriminations positives ou de mesures d'action positive dérogatoires.

**930.** Dans l'arrêt *Konstantin Markin* dont nous avons déjà parlé, la Cour européenne des droits de l'Homme affirmait que les « mesures de discrimination positive devraient être proportionnées au but consistant à corriger, compenser ou atténuer les effets continus de difficultés subies par un groupe de tout temps défavorisé, en l'occurrence les femmes »<sup>2739</sup>. Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, en interprétation de l'article 2 §4 de la directive 76/207 pour une grande partie, le contrôle de proportionnalité a pris une telle place qu'il est devenu la condition véritablement déterminante à la validité de la discrimination positive (§1). Encore davantage peut-être que dans le cadre des autres différences de traitement légitimes ou dérogations, ce contrôle revêt une dimension politique indéniable. Par ce contrôle, le juge en vient à limiter la marge d'appréciation des États dans l'interprétation qu'ils peuvent faire de l'objectif flou de « pleine égalité » ou d'égalité des chances, qui relève autant du domaine de leur politique sociale que de celui des droits fondamentaux de l'individu (§2).

### **§1) Un contrôle déterminant**

**931.** L'action positive, précédant le Traité d'Amsterdam à travers la directive 76/207, a pendant un temps représenté l'une des seules dérogations explicitement envisagées au principe de l'égalité de traitement alors en construction, avec l'exigence professionnelle essentielle et déterminante<sup>2740</sup>. Aucune des deux dispositions ne contenait l'idée de proportionnalité. Aujourd'hui, la Cour s'en tient à une ligne claire et, « en vertu d'une jurisprudence constante, il y a lieu, en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement [...], de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est *approprié* et *nécessaire* pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et

---

<sup>2738</sup> Voir §§ 274 et s. de notre thèse.

<sup>2739</sup> CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 104. Elle renvoie aux arrêts CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, n° 42949/98 et 53134/99, §§ 37 et 40-43, et CEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, §§ 61 et 66.

<sup>2740</sup> Article 2 §2 de la directive 76/207 : « 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 ».

les exigences du but ainsi poursuivi »<sup>2741</sup>. Cette exigence de proportionnalité ne s'est toutefois pas affirmée nettement dès les premiers arrêts rendus sur la discrimination positive (A). Si l'on regarde à présent l'ensemble de la jurisprudence sur la discrimination positive, quelle que soit son fondement juridique, il nous est possible de dessiner les « traits » de la discrimination positive proportionnée en droit de l'Union européenne (B).

### ***A) L'affirmation progressive de l'exigence de proportionnalité***

**932.** L'interprétation de la Cour sur l'action positive a d'abord commencé par celle de l'article 2 §4 de la directive 76/207. Ce premier fondement textuel fut restrictivement interprété comme autorisant exclusivement des mesures « discriminatoires selon leur apparence »<sup>2742</sup>, et conséquemment comme des dérogations au principe de l'égalité de traitement<sup>2743</sup>. Pourtant, même si l'on pouvait déceler sa présence dans le raisonnement du juge, l'exigence de proportionnalité a d'abord été tue (1). Mais le caractère central de ce contrôle n'a guère tardé à être pleinement assumé par les juges européens (2).

#### **1- Le premier temps : l'invisibilité du contrôle**

**933.** Dès l'affaire *Kalanke* en 1995, la proportionnalité se trouve au cœur de la seconde question préjudicielle posée à la Cour. « *Compte tenu du principe de proportionnalité*, [la directive 76/207 s'oppose-t-elle à des dispositions] aux termes desquelles, en cas d'affectation à un emploi dans un grade plus élevé, les femmes, à qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, doivent être prises en considération en priorité si les femmes sont sous-représentées [...] ? »<sup>2744</sup>. Non seulement la Cour décide de répondre aux deux questions posées

---

<sup>2741</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 39. Voir également CJCE, 1986, *Johnston*, pt 38 ; CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, pt 26, et CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, pt 23. Nous soulignons.

<sup>2742</sup> Voir § 273.

<sup>2743</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, pt 36 et CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, pt 21 : « en tant que dérogation à un droit individuel consacré par la directive, est d'interprétation stricte ». Puis au pt 12 : la Cour parle du « contenu de la dérogation apportée par l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207 au principe de l'égalité de traitement ».

<sup>2744</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, *op. cit.*, pt 11, 2). Nous soulignons.

ensemble, mais en plus, l'aspect concernant la proportionnalité est passé sous silence<sup>2745</sup>. Pourtant, c'est précisément sur ce terrain-là que se situe la réponse de la Cour<sup>2746</sup>.

**934.** Lorsqu'elle estime qu'une « réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion *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 »<sup>2747</sup>, il s'agit bien d'une violation d'une exigence de proportionnalité que la Cour déduit de l'objectif de promotion de l'égalité des chances. La question de la proportionnalité s'inscrit donc dès le départ comme un complément du contrôle de l'objectif d'égalité des chances. L'égalité des chances induirait en quelque sorte un contrôle strict de proportionnalité, même si le législateur ne l'avait pas formellement préconisé dans la directive 76/207. La priorité mise en place par le Land de Hesse n'est pas en soi illégitime, elle est disproportionnée.

**935.** Dans l'arrêt *Marschall* deux ans plus tard, la Cour n'emploie toujours pas les termes classiquement associés au contrôle de proportionnalité, pas plus que l'on ne trouve clairement les trois facettes du contrôle. On ne parle que des « limites de l'exception »<sup>2748</sup> et de ce qui « va au-delà de la promotion de l'égalité des chances »<sup>2749</sup>. La proportionnalité, si elle est de nouveau au cœur de l'interprétation de la Cour, ne se déploie aucunement dans un triple examen de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu*. Dans l'arrêt *Badeck* de 2000<sup>2750</sup>, les étapes du contrôle sont toujours absentes, ce qui n'empêche pas la Cour de continuer à dessiner les contours de la discrimination positive proportionnée. Une telle opération, sans se fonder précisément sur un contrôle rigoureux et transparent, est critiquable<sup>2751</sup>.

**936.** Le développement d'autres bases juridiques à l'action positive à partir de 2000, qui autorisent la discrimination positive comme dérogation au principe de l'égalité de traitement,

---

<sup>2745</sup> Comme le note aussi Marie-France CHRISTOPHE TCHAKALOFF « Étrangement, ce contrôle est quasiment passé sous silence dans l'arrêt *Kalanke*, sans doute parce qu'il gênait la motivation », *in*, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n°82, septembre 1997, p. 102.

<sup>2746</sup> Dans le même sens, K. COX, « Positive Action in the European Union: From *Kalanke* to *Marschall* », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 8, n° 1, 1998-1999, p. 115.

<sup>2747</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, *op. cit.*, pt 22. Nous soulignons.

<sup>2748</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, pt 32.

<sup>2749</sup> *Ibid.*, pt 19.

<sup>2750</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*

<sup>2751</sup> K. COX, « Positive Action in the European Union: From *Kalanke* to *Marschall* », *op. cit.*, p. 134 : « Like *Kalanke*, *Marschall* is short and the ECJ fails to give sufficient background reasoning to explain its ruling »

conduit finalement la Cour à assumer plus ouvertement son contrôle, sans toutefois que la manière dont il est mené ne soit réellement clarifiée.

## 2- Le second temps : l'affirmation de la centralité du contrôle

937. « Le recours à la proportionnalité est récurrent dans l'appréciation du respect de l'égalité [...] au point qu'il est permis de se demander s'il n'en constitue pas le fondement »<sup>2752</sup>. En ce qui concerne le contrôle de la discrimination positive, il est en tout cas incontestable que le respect de la proportionnalité est devenu le nerf de la guerre. « L'égalité en fait ne doit pas briser l'égalité en droit »<sup>2753</sup>.

938. Dans l'affaire *Abrahamsson et Anderson*, la Cour reprend son contrôle elliptique de la proportionnalité de la mesure nationale qui permettait une fois encore de donner la priorité à un candidat du sexe sous-représenté lors d'une sélection. Comme dans l'arrêt *Kalanke*, cette discrimination positive est jugée excessive par rapport à ce que permet l'article 2 §4 de la directive 76/207. Cependant, dans cet arrêt, la Cour est aussi appelée à examiner la mesure sous l'angle de l'article 141 §4 du TCE, nouvellement entré en vigueur. Comme nous l'avons déjà dit, la Cour procède à un alignement complet des deux bases juridiques, l'article 141 §4 ne permettant apparemment pas d'adopter des mesures incompatibles avec l'article 2 §4. La Cour en assume tout de même la raison avec plus de clarté quand elle explique qu'« il ne saurait en être déduit que cette disposition permet une méthode de sélection telle que celle en cause au principal, qui s'avère, en toute hypothèse, *disproportionnée* par rapport au but poursuivi »<sup>2754</sup>. Elle ajoute que « le fait de restreindre le champ d'application d'une mesure de discrimination positive comme celle en cause n'est pas de nature à en modifier son caractère absolu et *disproportionné* »<sup>2755</sup>. Au moins pouvait-on se réjouir que les termes apparaissent enfin.

939. À partir de là, apparaît plus clairement l'ambition de la Cour de ménager un équilibre entre une des mesures dérogatoires et le droit individuel à l'égalité de traitement, par le biais du contrôle de proportionnalité, comme elle sera finalement contrainte à le faire par les textes de droit dérivé adoptés après le Traité d'Amsterdam. La Cour confirme avec plus de précision son recours à la proportionnalité comme test décisif de la validité des mesures de

---

<sup>2752</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 541.

<sup>2753</sup> M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, p. 96.

<sup>2754</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, pt 55. Nous soulignons.

<sup>2755</sup> *Ibid.*, pt 58. Nous soulignons.

discrimination positive dans l'arrêt *Lommers* en 2002. Elle rappelle qu'il y a lieu « de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »<sup>2756</sup>.

**940.** C'est donc bien cette analyse jurisprudentielle antérieure qui explique que les directives de 2000 de même que les suivantes accordent une place prépondérante au contrôle de la proportionnalité des dérogations<sup>2757</sup>. « Ce test de la proportionnalité fait partie de l'acquis communautaire en matière de genre et a été maintenu par les directives adoptées en 2000 »<sup>2758</sup>. Se pose toutefois la question de « la flexibilité de normes générales telles que la "légitimité" et la "proportionnalité" »<sup>2759</sup>, qui laisse la place à une multitude de manière de concevoir l'action positive dérogatoire proportionnée. C'est bien cette question qui doit nous occuper à présent. Si l'objectif de l'action positive est l'égalité des chances et que leur proportionnalité par rapport à cet objectif doit être strictement interprétée, quelles sont les limites de la discrimination positive en droit de l'Union européenne ?

### ***B) Les critères de l'action positive « proportionnée »***

**941.** La loi belge du 10 mai 2007<sup>2760</sup>, transposant les deux directives de 2000, propose un cadre bien plus précis. Son article 10 §2 précise qu'une « mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes : il doit exister une inégalité manifeste ; la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ; la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ; la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui ». Les deux dernières conditions concernent bien la proportionnalité des mesures. Une telle transposition s'imposait-elle au regard des textes et surtout de la jurisprudence ? L'action positive dérogatoire est effectivement conditionnée

---

<sup>2756</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 39. Nous soulignons. L'arrêt CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, *op. cit.*, pt 24 le confirma ensuite.

<sup>2757</sup> Voir articles 2 §5, 4 §1 et 6 §1 de la directive 2000/78 par exemple.

<sup>2758</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>2759</sup> *Ibid.*

<sup>2760</sup> Loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

strictement par le juge de l'Union (1). Elle doit être nécessaire dans le « cadre d'un concept restreint d'égalité des chances »<sup>2761</sup> (2).

### 1- L'action positive sous conditions strictes

942. Dans l'affaire *University of California Regents v. Bakke*<sup>2762</sup>, antérieure à l'arrêt *Kalanke*, la Cour suprême américaine s'était prononcée sur les conditions de validité d'une *affirmative action* en faveur des étudiants noirs dans une université de médecine californienne. Les juges rappelèrent le contrôle extrêmement strict de ces mesures étant donné le caractère hautement suspect de toutes classifications raciales. Cette décision, où les juges exprimèrent des voix profondément discordantes<sup>2763</sup>, aboutit à admettre la constitutionnalité de quotas à l'admission à l'université, à condition d'une individualisation de l'examen des candidatures et du caractère non-automatique de la préférence accordée aux candidats noirs. La race est un « "facteur auxiliaire" qu'il ne faut pas prioriser de manière absolue »<sup>2764</sup>.

943. Les conditions posées par la Cour de justice, deux décennies plus tard, dans sa recherche de l'équilibre entre égalité des chances et égalité de traitement, sont proches. L'on trouve d'abord une condition générale de flexibilité des dispositifs de discrimination positive (a). En revanche, la temporalité du dispositif n'est pas une condition requise par le droit de l'Union (b). Enfin, dans le contexte de l'emploi et du travail qui est le champ d'application commun de l'action positive, la condition de l'égalité de qualifications s'ajoute à la première (c).

#### *a- Une condition générale : la flexibilité du dispositif*

944. Tous les éléments que nous allons présenter sont issus de la jurisprudence relative à l'égalité entre les sexes, dans le domaine de l'emploi et du travail, étant donné que l'action positive en dehors de ce champ n'a quasiment pas fait l'objet de contentieux. Comme elle n'a pas marqué de changement particulier dans le cadre du handicap<sup>2765</sup>, il y a tout lieu de considérer que la Cour de justice maintiendra ses positions de principe, lorsqu'elle devra contrôler des

---

<sup>2761</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 52 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 33.

<sup>2762</sup> Cour suprême des États-Unis, *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>2763</sup> Dans cette affaire, six opinions ont été exprimées, aucune ne parvint à obtenir le plein appui de la majorité des juges.

<sup>2764</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 213.

<sup>2765</sup> CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pts 46-50.

mesures de discrimination positive fondées sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions<sup>2766</sup>, lorsque cela arrivera.

**945.** Dans l'arrêt *Kalanke*, la Cour avait jugé excessive une règle nationale qui, lors d'une promotion, « accorde automatiquement la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins dans les domaines d'activité où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré » et l'avait donc qualifiée de discrimination fondée sur le sexe<sup>2767</sup>. Cette décision, abondamment commentée et critiquée<sup>2768</sup>, ne donnaient pas beaucoup de précisions sur les motivations du caractère disproportionné<sup>2769</sup>, le contrôle ayant été, comme nous l'avons dit, particulièrement expéditif. Aussi la Cour s'est-elle empressée dès l'arrêt *Marschall* de se montrer moins avare en précision. Elle se concentre sur les différences entre les législations en cause par rapport à l'arrêt *Kalanke* qui sont pourtant très similaires.

**946.** Toutefois, note la Cour, la règle dans l'affaire *Marschall* comporte « une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur »<sup>2770</sup> qui n'existait pas dans le dispositif *Kalanke*. La présence d'une telle clause d'ouverture, comme l'appelle la Cour, suffit à renverser l'issue du contrôle de proportionnalité, la discrimination positive est cette fois validée. La Cour de justice « subordonne la conformité au principe de non-discrimination de ces programmes à l'existence d'une "clause d'ouverture" »<sup>2771</sup>. On comprend mieux que c'est le caractère inconditionnel de la mesure dans l'affaire *Kalanke* qui avait déplu aux juges.

**947.** Si l'on synthétise donc la forme de la discrimination positive validée par la Cour, c'est celle qui n'est pas systématique et inconditionnelle, qui laisse une place à l'appréciation des cas particuliers au besoin. La Cour le confirme largement dans les arrêts suivants<sup>2772</sup>. Que

---

<sup>2766</sup> L'arrêt *Cresco Investigations*, devrait apporter certaines réponses lorsqu'il sera rendu (aff. C-193/17).

<sup>2767</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, *op. cit.*, pt 16.

<sup>2768</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité » *RTDE*, 1996, p. 281. ; E. BREMS, « Kalanke », *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, 1995-1996, pp. 172-179 ; B. RENAULD, « Les discriminations positives: plus ou moins d'égalité », *RTDH*, n° 31, 1997, pp. 425-460 ; Comm. de S. PRECHAL *in Common Market Law Review*, n° 6, 1996, pp. 1245-1259 ; J. JACQMAIN, « Égalité entre travailleurs féminins et masculins », *Journal de droit européen*, n° 73, 2000, pp. 201-210.

<sup>2769</sup> C'est particulièrement sur cet aspect là que portaient les critiques : « the ECJ is criticized for failing to elaborate on why it determined the positive action scheme in Kalanke to be "absolute and unconditional" and thus offensive » affirme K. COX, « Positive Action in the European Union: From Kalanke to Marschall », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 8, n° 1, 1998-1999, p. 124.

<sup>2770</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, *op. cit.*, pt 24.

<sup>2771</sup> O. JOUANJAN, « Égalité », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589.

<sup>2772</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*, pt 23.

la priorité concerne le recrutement, la formation ou toute autre accès (dans le cadre des directives 2000/43 et 2004/113, on peut imaginer d'autres domaines comme l'accès aux biens et services), c'est la flexibilité de la mesure qui garantit notamment sa validité. C'est surtout sa possibilité de l'écarter face à des situations particulières. En effet, la Cour précise aussi que dans le cadre d'une mesure accordant la priorité à une catégorie de candidats, il faut que « les candidatures [fassent] l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats »<sup>2773</sup>. On retrouve bien ici le refus de la généralisation excessive, trop contradictoire avec l'individualisation du principe d'égalité de traitement, car elle empêcherait les individus d'être traités sans considération pour leur appartenance catégorielle. La discrimination positive ne doit pas « condamner » le sexe sur-représenté à ne jamais être choisi.

**948.** En ce sens, la Cour n'hésite pas à valider des dispositifs qui prennent la forme de discriminations positives indirectes, comme dans l'affaire *Schnorbus*<sup>2774</sup>. En choisissant d'accorder la priorité non pas aux hommes mais aux personnes ayant effectué le service civil obligatoire, ce qui n'était que le cas des hommes en vertu de la législation nationale, la discrimination positive apparaît d'emblée plus précise et donc moins généralisante car elle vise clairement à compenser les effets du service obligatoire et le retard subi dans la formation pour les hommes. Elle ne vise pas à favoriser les hommes en tant que catégorie, mais à compenser une situation qu'ils subissent davantage *de facto*. Des critères peuvent également être retenus ou ne pas l'être dans la sélection, s'ils visent à favoriser indirectement une catégorie selon son sexe<sup>2775</sup>. Plus la mesure cible clairement la situation objective des candidats, et non leur sexe ou autres motifs protégés, plus elle a de chance de passer le test de la proportionnalité.

**949.** L'affaire *Lommers* s'inscrit dans cette même tendance puisque ce sont des places en garderie qui sont réservées aux femmes et non l'accès direct à l'emploi, la formation ou la promotion. Aussi la Cour se montre-t-elle particulièrement tolérante à l'égard d'une telle mesure car elle vise spécifiquement à remédier à une situation majoritairement féminine : la répartition inégale des tâches au sein du couple entraînant pour les femmes une difficulté plus grande à concilier la vie familiale et la vie professionnelle<sup>2776</sup>. Toutefois, la Cour ne peut valider

---

<sup>2773</sup> *Ibid.*

<sup>2774</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, *op. cit.*

<sup>2775</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98.

<sup>2776</sup> Voir M. DO ROSARIO PALMA RAMALHO, « La conciliation entre vie familiale et vie professionnelle et le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi », *Revue du droit européen de l'égalité de genres*, n° 2, 2009, pp. 7-15.



la mesure que parce qu'elle autoriserait aussi un homme qui assume seul la garde des enfants à accéder aux places en garderie<sup>2777</sup>. On retrouve ici la condition de « la clause d'ouverture ». Là encore, une mesure trop générale et rigide qui ne tiendrait aucun compte des cas particuliers où des hommes sont également dans la situation de désavantage à laquelle on cherche à remédier serait disproportionnée. « L'opinion doctrinale à laquelle se réfère la juridiction de renvoi et selon laquelle, si l'objectif de promotion de l'égalité des chances entre hommes et femmes poursuivi par l'instauration d'une mesure bénéficiant aux travailleurs féminins ayant la qualité de mère peut être atteint tout en étendant le bénéfice de cette mesure aux travailleurs masculins ayant la qualité de père, le fait d'en exclure les hommes ne serait pas conforme au principe de proportionnalité »<sup>2778</sup>. C'est en fin de compte presque une exigence de réversibilité de la discrimination positive qui est posée par la Cour<sup>2779</sup>. La seconde question qui peut se poser ici est celle de la temporalité de l'action positive<sup>2780</sup>.

*b- Une condition non-requise : la temporalité du dispositif*

**950.** L'opinion est fréquente qu'une politique de discrimination positive « ne saurait sans inconvénients se pérenniser »<sup>2781</sup>. La Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes précise par exemple que les États peuvent adopter « des mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes » qui doivent « être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints »<sup>2782</sup>. Les mêmes précisions sont

---

<sup>2777</sup> CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, pt 47.

<sup>2778</sup> *Ibid.*, pt 43.

<sup>2779</sup> Sophie ROBIN-OLIVIER précise en ce sens qu'une des particularités des règles relatives au handicap « tient au fait que la possibilité d'un traitement spécifique du groupe désavantagé, afin de compenser son désavantage, n'est pas réversible : les personnes qui ne sont pas handicapées ne peuvent prétendre au bénéfice des droits accordés aux personnes handicapées ». In *Manuel de droit européen du travail*, op. cit., p. 325.

Il faudrait préciser que les aménagements raisonnables ne sont certes pas réversibles, en revanche, une action positive prenant la forme d'une priorité d'embauche pour les personnes handicapées, donc d'une discrimination positive, devra être réversible dans le sens où elle devra contenir une clause d'ouverture également.

<sup>2780</sup> Nombre d'auteurs estiment en effet que « Selon cette logique dérogatoire, les mesures positives sont conformes à l'égalité lorsqu'elles sont limitées, notamment dans le temps ». Voir E. FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017, mis en ligne le 10 janvier 2017, consulté le 11 juillet 2018.

<sup>2781</sup> J.-M. BELORGEY, « Discrimination ordinaire/discrimination positive. Quelle place pour la différence ? », *Vie sociale*, vol. 95, n° 3, 2007, p. 144.

<sup>2782</sup> Article 4 §1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations unies.

La *Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales* (2004) du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, § 20, précise : « Le paragraphe 1 de l'article 4 qualifie explicitement de "temporaires" les mesures spéciales. Elles ne doivent pas être

données par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>2783</sup>. Lisa Waddington et Mark Bell notent qu'à l'inverse, « la législation de l'Union européenne ne fait aucune référence explicite à la nécessité que les mesures d'action positive soient temporaires. Néanmoins, l'exigence de temporalité pourrait être considérée comme faisant partie de l'analyse de la proportionnalité de l'action positive au regard du droit de l'Union européenne »<sup>2784</sup>. Nous partageons pleinement ce point de vue.

**951.** Il faut en effet considérer sur ce point que, dans la mesure où les textes ne tranchent pas ou n'exigent pas en tout cas le caractère temporaire de l'action positive, c'est par l'appréciation de la proportionnalité des mesures que le juge de l'Union ou juge national pourrait exiger le caractère temporaire. Il est vraisemblable de penser qu'une mesure temporaire sera considérée comme constituant une dérogation plus proportionnée au principe de l'égalité de traitement qu'une mesure pérenne. « Le caractère temporaire de la discrimination positive est en effet inhérent à sa définition même de mesure de "rattrapage", et à son statut dérogatoire du droit commun de l'égalité »<sup>2785</sup>. Toutefois, dans la jurisprudence existante, la question ne s'est pas posée et la Cour a validé des dispositifs qui ne contenaient pas de limitations dans le temps et d'autres qui en contenaient<sup>2786</sup>.

**952.** Il n'y a donc pas d'impératif en ce sens, l'appréciation *in casu* pourrait l'exiger dans certains cas et dans d'autres non. Cela n'empêche pas certains auteurs de considérer que la « légitimité des actions positives est inséparable de leur caractère temporaire »<sup>2787</sup>, avis que nous ne partageons donc pas dans le cas du droit de l'Union. Certains États membres ont d'ailleurs pris le parti d'exiger une telle caractéristique de l'action positive. Comme nous l'avons vu, la

---

considérées comme nécessaires à tout jamais, même si leur caractère "temporaire" peut, dans les faits, se traduire par une application de très longue durée ».

Pour un commentaire exhaustif : I. BOEREFIJN, F. COOMANS, J. E. GOLDSCHMIDT (dir.), *Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women*, Belgique, Intersentia, 2003, 258 p.

<sup>2783</sup> Article 1 §4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, adoptée le 20 novembre 1963 par la résolution 1904(XVIII) de l'Assemblée générale

<sup>2784</sup> L. WADDINGTON, M. BELL, « Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity », *Common Market Law Review*, 2011, p. 1510 : « in contrast, EU legislation makes no explicit reference to the need for positive action measures to be of limited duration. However, it is submitted that the requirement of temporality is a factor that should be considered when determining whether any particular positive action is proportionate under European Union law ». Librement traduit.

<sup>2785</sup> G. CALVÈS, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 39.

<sup>2786</sup> Par exemple dans l'arrêt CJCE, 28 mars 2000, *Badeck, op. cit.*, la loi du Land de Hesse relative à l'égalité entre hommes et femmes et à l'élimination des discriminations relatives à l'encontre des femmes dans la fonction publique de 1993 qui était au cœur de la question préjudicielle précisait dans son article 1<sup>er</sup> qu'il s'agissait de mesures à caractère temporaire (c'est-à-dire maintenues jusqu'à ce que l'objectif soit atteint) mais cet aspect n'est même pas mentionné dans l'arrêt.

<sup>2787</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *op. cit.*

loi belge du 10 mai 2007 impose parmi les conditions de validité que l'action positive soit « de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint »<sup>2788</sup>.

*c- Une condition supplémentaire dans l'emploi : l'égalité des qualifications*

**953.** L'égalité de qualifications, dans le domaine de l'emploi et du travail, se présente sans aucun doute comme un garde-fou placé au service de l'égalité par les mérites. Avantager un travailleur par rapport un autre alors que le premier n'aurait même pas de qualifications égales au second porterait une atteinte disproportionnée non seulement à l'égalité de traitement mais au principe de la récompense aux plus méritants sur le marché du travail concurrentiel. Aussi la discrimination positive est compatible avec le droit de l'Union « lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins »<sup>2789</sup>, et il en irait ainsi pour une discrimination positive adoptée sur un autre fondement que le sexe.

**954.** L'affaire *Abrahamsson et Anderson* soulevait la question de l'égalité de qualifications, puisque la réglementation nationale en cause permettait « de donner priorité à un candidat appartenant au sexe sous-représenté qui, bien que suffisamment qualifié, n'a pas une qualification égale à celle d'autres candidats du sexe opposé »<sup>2790</sup>. La réglementation exigeait tout de même « que la différence entre les mérites des candidats de chacun des sexes ne soit pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement »<sup>2791</sup>. Une telle précision est-elle suffisante pour passer le test de la proportionnalité ou l'égalité des qualifications est-elle une condition non-négociable ? Le refus de valider un tel dispositif tient à l'imprécision et l'insaisissabilité de la condition posée. Elle laisse une part trop importante à la subjectivité du recruteur, « de sorte que la sélection d'un candidat, parmi ceux ayant les qualifications suffisantes, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe sous-représenté, et ce même si les mérites du candidat ainsi choisi sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé »<sup>2792</sup>. La condition d'égalité des qualifications est donc strictement entendue, afin que les candidats puissent être évalués sur une base objective. Ainsi la mesure n'est-elle ni proportionnelle au regard de l'article 2§4 de la directive

---

<sup>2788</sup> Cette condition avait d'ailleurs été déjà posée par la Cour constitutionnelle dans les arrêts n° 9/94 du 27 janvier 1994 et n° 157/2004 du 6 octobre 2004.

<sup>2789</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, *op. cit.*, pt 23.

<sup>2790</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, pt 45.

<sup>2791</sup> *Ibid.*, pt 52.

<sup>2792</sup> *Ibid.*, pt 23.

76/207 ni au regard de l'article 141 §4 du TCE<sup>2793</sup>. Une telle exigence concerne en plus tous les niveaux de poste, aucun écart n'est envisageable au prétexte que ce sont des postes de niveau inférieur qui seraient visés par la priorité d'embauche<sup>2794</sup>.

**955.** La Cour organise donc un système de garanties élevées de l'objectivité dans l'appréciation des mérites de chacun, à la fois par l'exigence que la discrimination positive soit adaptable, voire réversible, si une situation particulière l'exige et par l'égalité des qualifications dans le domaine de l'emploi et du travail. Pour synthétiser ce régime strict de l'action positive proportionnée, la Cour s'en réfère au « cadre d'un concept restreint d'égalité des chances »<sup>2795</sup>. Cela signifie qu'au-delà des conditions que nous avons énoncées, les contrôles de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité doivent se faire en rapport avec l'égalité des chances et non l'égalité des conditions à l'arrivée.

## **2- L'action positive nécessaire dans le « cadre d'un concept restreint d'égalité des chances »**

**956.** Par l'adjectif « restreint », la Cour cherche avant tout à éliminer certains dispositifs qui chercheraient à imposer un résultat égalitaire « à l'arrivée » sur le marché, car l'atteinte à la concurrence et à la méritocratie serait alors, selon elle, disproportionnée. La relation entre l'action positive dérogatoire et « l'égalité de résultat » n'est pourtant pas aussi simple et certains « résultats » peuvent être visés par l'action positive dérogatoire (a). Le quota souple que la Commission a proposé au législateur de l'Union est une parfaite illustration d'une mesure appropriée et nécessaire dans le cadre de l'égalité des chances (b).

### *a- Action positive « proportionnée » et « égalité de résultats »*

**957.** La Cour semble avoir fermement établi à plusieurs reprises que si l'égalité des chances constituait un « cadre restreint », l'égalité de résultats serait la limite à la discrimination positive proportionnée. L'avocat général Tesauro, à l'occasion de l'affaire Kalanke, estimait que « donner une égalité de chances ne peut signifier, selon nous, *que mettre en situation d'obtenir* une égalité de résultats », et qu'une égalité de résultats par la voie d'une répartition égale des postes entre les sexes ne semblait « correspondre ni au but ni à la *ratio legis* de l'article

---

<sup>2793</sup> *Ibid.*, pt 55.

<sup>2794</sup> *Ibid.*, pt 64.

<sup>2795</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 52 ; CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, *op. cit.*, pt 33.

2, paragraphe 4, de la directive » 76/207<sup>2796</sup>. L'idée largement récurrente dans la doctrine<sup>2797</sup>, que l'égalité de résultats serait prohibée par le juge de l'Union, par opposition à l'égalité des chances, manque de nuance, et n'est d'ailleurs pas unanime<sup>2798</sup>. La disparité des points de vue tient à la difficulté de définir les concepts mobilisés, et notamment celui d'égalité de résultats, souvent présenté comme l'antonyme de l'égalité des chances<sup>2799</sup>. Certains auteurs veulent distinguer entre les mesures « qui influencent le processus et celles qui influent sur le résultat »<sup>2800</sup>. Des auteurs font même la différence entre égalité des chances formelle et substantielle, la seconde étant « toujours plus proche d'une égalité de résultats »<sup>2801</sup>.

**958.** Ayant défini dans notre première partie l'égalité des chances comme une égalisation des conditions de départ sur un marché, nous trouvons la distinction proposée par l'avocat général Tesauo entre « l'égalité des points de départ ou l'égalité des points d'arrivée »<sup>2802</sup> plus pertinente. Il faut, en droit de l'Union, replacer l'égalité des chances dans le contexte de la construction d'un marché intérieur où la libre concurrence est garantie grâce à une régulation du comportement de ses acteurs. Ainsi, si les comportements discriminatoires constituent des entraves à la concurrence entre les travailleurs, on peut les éliminer, mais la proportionnalité qui découle du droit à l'égalité de traitement, limite les *moyens* pour les éliminer. Or, parler d'égalité de résultats ne préjuge pas des résultats recherchés, et tous ne sont pas incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement.

---

<sup>2796</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93, pt 13. Nous soulignons.

<sup>2797</sup> Voir par exemple M. GHEZA « De la discrimination positive en droit communautaire ou la tentative de mise à nu d'une notion discutée », in L. POTVIN-SOLIS (dir.) *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 153 ; R. BADINTER « les discriminations positives dans l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 43 ; V. DONIER, « Le droit des femmes à la formation professionnelle saisi par le droit de l'Union européenne », in P. ICARD (dir.), *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 92 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, 2003, p. 182-183.

<sup>2798</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, 1996, p. 281 « Qu'est-ce donc que l'égalité des chances effective, sinon une égalité des chances se traduisant par un effet réel, tangible, concret, bref une égalité de fait ou, en d'autres termes, une égalité des résultats ? » ; E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 260 et s.

<sup>2799</sup> M.-T. LANQUETIN, « De l'égalité des chances », *Droit social*, 1996, p. 494 ; A. HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, p. 305.

<sup>2800</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 87.

<sup>2801</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, pp. 188-190.

<sup>2802</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93, pt 13.

**959.** Il n'est guère logique de dire que tous les quotas font partie des « mesures qui influent sur le résultat » et non sur le « processus »<sup>2803</sup>. Un quota imposant un résultat paritaire pour des places en formation agit sur le processus de répartition des postes de travail, et non sur la répartition *in fine*. L'action positive doit « tendre à éliminer les obstacles qui s'opposent à l'égalité de chances »<sup>2804</sup>, cela ne signifie pas que pour ce faire, elle ne puisse pas imposer que certains résultats égalitaires soient atteints, dans le processus d'accès aux ressources rares. « Des quotas de sélection stricts sont donc suspects en principe »<sup>2805</sup>, ce qui n'empêche pas que des quotas conditionnés soient permis lorsqu'ils visent directement la répartition des ressources, ou que des quotas rigides soient admis lorsqu'ils visent le processus de répartition en amont<sup>2806</sup>. La Cour parle par exemple de « quota de résultat flexible »<sup>2807</sup> dans l'arrêt *Badeck*, ce qui montre qu'il n'y a pas de frontière véritable entre quotas et égalité des chances. Dans de telles circonstances, on peut douter que le recrutement paritaire autrefois imposé dans les forces de police nord-irlandaise entre catholique et protestant ou personne de toute autre religion<sup>2808</sup> eût été jugé proportionné s'il avait été examiné par la Cour, avant d'être explicitement jugé compatible, à titre dérogatoire, par la directive 2000/78.

**960.** Il nous semble que l'expression « égalité de résultat » désigne plutôt une réalité d'ordre procédurale, et non substantielle, à savoir l'adoption de mesures contraignantes dans le but d'atteindre un résultat égalitaire du point de vue numérique, tandis que l'égalité des chances est une notion plus substantielle, en rapport avec l'idée de concurrence sur le marché. Les individus doivent avoir des chances équivalentes, mais les résultats ne seront pas nécessairement identiques étant donné que les mérites varient entre les individus. D'ailleurs, l'avocat général appelait à cette clarification pour l'affaire *Badeck*, lorsqu'il estimait que « si la nécessité de concilier le principe général de non-discrimination et les actions positives en faveur des femmes devait impliquer purement et simplement l'illicéité de toute action positive prévoyant la réalisation d'un résultat effectif [...] cela réduirait énormément la portée des actions en les vidant de leur contenu et en les assimilant à celles, de nature auxiliaire, qui ne constituent pas toujours des correctifs efficaces aux inégalités sociales »<sup>2809</sup>. Les mesures de discrimination positive sont généralement des mesures imposant une égalité de résultat. Le

---

<sup>2803</sup> M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, op. cit., p. 88.

<sup>2804</sup> Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS présentées le 15 mai 1997, aff. C-409/95, pt 45.

<sup>2805</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, op. cit., p. 25.

<sup>2806</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, op. cit., pts 39 à 44.

<sup>2807</sup> *Ibid.*, pt 28.

<sup>2808</sup> Voir § 412 de notre travail.

<sup>2809</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97, pt 28.

« cadre restreint » de l'égalité des chances n'est donc pas une prohibition absolue du quota comme outil, en revanche, le quota doit être souple s'il porte sur les *résultats*, c'est-à-dire la répartition des ressources rares dans l'économie, et il peut être rigide s'il porte sur *les capacités au départ pour accéder* à ces ressources. La proposition d'action positive harmonisée est une illustration de cette possibilité puisqu'il s'agissait bien de l'adoption d'un quota souple à plusieurs égards, respectant les conditions posées par la Cour de justice.

*b- Illustration par le quota souple du projet d'action positive harmonisée*

**961.** La proposition de directive relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse<sup>2810</sup> constitue un exemple de ce que le législateur de l'Union, soucieux de respecter les développements jurisprudentiels, considère comme l'égalité des chances. Nous avons déjà présenté ce projet dans une situation d'impasse aujourd'hui<sup>2811</sup>, mais rappelons ici qu'il vise à imposer que le sexe sous-représenté occupe au moins 40 % des postes d'administrateurs non exécutifs dans les conseils d'administration des sociétés cotées des États membres.

**962.** Nous allons d'abord nous interroger sur la relation entre le pourcentage fixé de 40% de postes d'administrateurs non-exécutifs qui doivent être occupés par des femmes, et l'égalité des chances. Le préambule rappelle que « dans sa résolution sur les femmes et la direction des entreprises du 6 juillet 2011, le Parlement européen a invité instamment les entreprises à atteindre le seuil critique de 30 % de femmes dans les instances dirigeantes d'ici 2015 et de 40% d'ici 2020 »<sup>2812</sup>. 40 % n'est pas la parité *stricto sensu* ou l'égalité de résultat numérique, toutefois, l'article 1<sup>er</sup> du projet de directive montre que la parité est l'objectif souhaité sur le long terme, le quota de 40% faisant partie « des mesures *efficaces* tendant à accélérer les avancées sur la voie de la *parité* entre hommes et femmes »<sup>2813</sup>. Le quota proposé ne pourrait être qu'une étape en appelant d'autres par la suite, selon les progrès observés dans les Etats membres. Que ce soit 40 % et non 50 % ne modifie pas le fait qu'il s'agit bien d'un quota visant les conditions à l'arrivée, et non au départ. Ce sont bien des postes qui sont attribués en priorité aux femmes. Nous nous situons donc dans une égalité de résultat sur le marché, et non au niveau

---

<sup>2810</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, COM/2012/0614 final.

<sup>2811</sup> Voir §§ 457 et s.

<sup>2812</sup> Préambule de la proposition de directive précitée, pt 6.

<sup>2813</sup> Nous soulignons.

des capacités à concourir sur celui-ci. En principe, un tel quota, pour être compatible avec le principe de l'égalité de traitement, doit présenter les conditions posées par la Cour.

**963.** Le texte prévoit plusieurs dispositions destinées à les respecter. D'abord, « les États membres veillent à ce que les sociétés sélectionnent les candidats les plus qualifiés à un poste d'administrateur sur une liste de sélection respectant l'équilibre entre les hommes et les femmes et sur la base d'une analyse comparative des qualifications des candidats à l'aune de critères préétablis, clairs, formulés en termes neutres, non-discriminatoires et univoques ». Le texte précise ensuite qu'il faut que « la priorité soit accordée au candidat du sexe sous-représenté si ce candidat possède une qualification égale à celle d'un candidat de l'autre sexe en termes d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins qu'une appréciation objective qui tienne compte de tous les critères propres à la personne des candidats ne fasse pencher la balance en faveur du candidat de l'autre sexe ». On retrouve ici l'exigence tenant aux qualifications des candidats.

**964.** Le quota doit être ensuite conditionné et inscrit dans le cadre restreint de l'égalité des chances. Dans ce sens, on trouve une obligation pour les sociétés cotées de communiquer aux candidats non retenus « les critères relatifs aux qualifications sur lesquels elles ont fondé leur sélection ou nomination, l'appréciation comparative objective de ces critères et, le cas échéant, les considérations ayant fait pencher la balance en faveur d'un candidat de l'autre sexe ». Cette obligation est relativement lourde pour les sociétés concernées, de même que celle du paragraphe suivant qui consiste en un renversement de la charge de la preuve au détriment de la société, devenu classique en droit de la non-discrimination<sup>2814</sup>. Ce paragraphe prévoit que si un candidat s'estime lésé par le processus de recrutement et établit « des faits qui permettent de présumer qu'il possédait une qualification égale à celle du candidat retenu de l'autre sexe, il incombe à la société cotée de prouver l'absence de violation de la règle énoncée au paragraphe 1 » de la directive. La charge de la preuve incombe donc à la société.

**965.** Il faut surtout noter que si le quota est rigide, il ne vise que les administrateurs non-exécutifs, et permet donc en ce sens d'accroître la présence des femmes dans les Conseils d'administration sans toutefois brusquer la répartition des postes exécutifs. Pour ceux-ci, seul un mécanisme souple est prévu par l'article 5 de la proposition. Les États membres « veillent à ce que les sociétés cotées contractent des engagements individuels en matière de représentation

---

<sup>2814</sup> Voir E. DUBOUT, « La fonction de la preuve dans le droit européen de la non-discrimination », in S. BESSON, A. R. ZIEGLER (dir.), *Egalité et non-discrimination en droit international et européen*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 197- 224.



équilibrée des deux sexes parmi leurs administrateurs exécutifs et s'en acquittent au plus tard pour le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou, s'il s'agit de sociétés cotées constituées en entreprises publiques, pour le 1<sup>er</sup> janvier 2018 ». Le mécanisme est certes contraignant, mais l'objectif ne serait pas imposé uniformément par la directive.

**966.** Si la Cour a posé des conditions assez claires, il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur les raisons de ces conditions et sur la nécessité d'une telle sévérité à l'égard de la discrimination positive. L'objectif poursuivi impose-t-il *juridiquement* de telles limites ? Le contrôle de la proportionnalité, lorsqu'il est opéré sur la base de textes législatifs imprécis, peut vite devenir un outil politique pour le juge, qui peut en conséquence interroger sur sa légitimité. Pour Colm O'Conneide, il est évident que la Cour de justice devrait clarifier son approche, développer de manière plus rigoureuse le concept d'égalité substantielle et appliquer un test souple de proportionnalité à toutes les formes de mesures d'action positive, assurant une ample marge d'appréciation aux États pour développer les stratégies d'action positive les plus appropriées, selon leur propre contexte<sup>2815</sup>.

## §2) Un contrôle instrumentalisé

**967.** « Le rassurant de l'équilibre, c'est que rien ne bouge. Le vrai de l'équilibre, c'est qu'il suffit d'un souffle pour faire tout bouger »<sup>2816</sup> écrivait Julien Gracq. Cela semble s'appliquer assez justement au contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de justice, aux fins de concilier des intérêts ou droits divergents. L'arbitrage opéré par le juge sera d'autant plus chargé d'une dimension politique et subjective que le législateur aura lui-même opté pour des textes imprécis. « La complexité de la société, à partir du moment où elle est prise en compte concrètement par le juge, le législateur ou le constituant, finit logiquement par imprégner la norme juridique elle-même, interprétée en fonction de ces inégalités concrètes. Ces dérogations illustrent le "pouvoir modérateur" du juge, pour reprendre une formule du doyen Cornu<sup>2817</sup>, pouvoir qui lui permet d'aménager le principe général en fonction des cas particuliers »<sup>2818</sup>. « La non-discrimination a beau être un concept de droit, on aura bien du mal à le dégager de son

---

<sup>2815</sup> C. O'CONNOR, « Positive Action and the Limits of existing Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, p. 358.

<sup>2816</sup> J. GRACQ, *Le Rivage des Syrtes*, 1<sup>er</sup> éd. 1951, Paris, José Corti, 1989, p. 48.

<sup>2817</sup> Pierre de MONTALIVET renvoie à ici à P. THÉRY, in « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy- PUF, 2003, p. 368.

<sup>2818</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit, op. cit.*, p. 222.

implication, de son intrication devrait-on dire, empirique et politique »<sup>2819</sup>. « L'institution ou le maintien d'une exception est en réalité fondé sur un jugement de valeur »<sup>2820</sup>.

**968.** Le contrôle de proportionnalité du juge relatif aux mesures d'action positive revêt deux fonctions qui illustrent indéniablement « la position névralgique de la Cour de justice, au confluent du droit et du politique »<sup>2821</sup>. D'abord, dans l'évaluation d'un rapport inter-individuel, le juge doit déterminer dans quelle mesure des individus sont placés dans des situations à ce point déséquilibrées (au sens d'inégalitaires) qu'il faut s'éloigner de la règle de l'égalité de traitement et autoriser des mesures correctrices. L'égalité de traitement semble remplacée non seulement par l'égalité des chances, mais aussi par une « égalité proportionnelle », terme que nous proposons pour désigner cette réalité difficile à cerner (A). La seconde fonction est celle de l'arbitrage entre des droits fondamentaux divergents. Il ne s'agit plus d'un rapport entre deux individus mais entre deux droits concurrents ou conflictuels et le juge doit choisir d'accorder plus ou moins de poids à l'un ou à l'autre (B).

#### ***A) L'insaisissable « égalité proportionnelle » entre les individus***

**969.** Le principe d'égalité se montre si rebelle à la définition et au consensus que l'on comprend que le juriste puisse être tenté d'en faire une réalité quantifiable, rassurante parce qu'elle serait presque mathématisée<sup>2822</sup>. Si l'un reçoit tant de ressources, de biens, de droits, d'opportunités, alors il faut donner exactement la même chose à l'autre. Cette société strictement égalitaire n'est pas celle du libéralisme économique et politique du continent européen, où les mérites et expériences valorisées acquises par les uns et les autres sont censées répartir justement les biens, droits, opportunités et justifier les inégalités. Les individus ne peuvent pas réclamer une égalité stricte de situations, mais une égalité de traitement juridique. Aucun individu ne doit recevoir un traitement plus favorable pour des raisons non liées à son

---

<sup>2819</sup> X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 54.

<sup>2820</sup> L. JANICOT, « L'exception et l'adaptation du droit aux faits », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 231.

<sup>2821</sup> M. FALLON, « La proportionnalité des entraves aux libertés économiques de circulation sous le prisme de la Charte, valeur ajoutée ou décorative ? », in *L'Europe au présent !, Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 400.

<sup>2822</sup> C'était déjà l'idée d'ARISTOTE pour qui l'égalité « juste » serait celle consistant à « traiter semblablement les choses qui sont semblables, mais aussi à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable en proportion de leur dissemblance [...] ainsi le juste est, en quelque sorte, une proportion », in *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, V, III, p. 142.

mérite ou son travail, du moins est-ce le principe. Nul ne niera pourtant qu'une telle vision de la société tient de la théorie voire de l'utopie et que des rapports de force opèrent dans toute société, que certains déterminismes, sociaux, culturels et innés, entravent la réalisation de l'égalité de traitement, censées garantir que les inégalités de situations seront « justes » ou socialement acceptables.

**970.** Si le droit a aussi vocation à protéger « le faible, le pauvre et le serviteur »<sup>2823</sup> contre ces rapports de force, une réflexion sur ceux-ci n'est-elle pas nécessaire pour rechercher, au-delà de l'égalité de traitement, une égalité vécue par les individus<sup>2824</sup> ? La décision de s'écarter de l'égalité de traitement, rassurante et confortable puisque chacun reçoit exactement la même chose dans la distribution des droits, nécessite de poser une règle garantissant que cet écart ne soit pas excessif et inique. Ici, la proportionnalité acquiert dans le raisonnement des juges un rôle pivot, elle permet de déterminer l'intensité de l'écart envisageable par rapport à la règle général. Jusqu'où peut-on aller sans remettre en cause le principe ? En ce sens, nous parlons d'égalité proportionnelle ou proportionnée. Chacun aurait un droit à l'égalité de traitement plus ou moins garanti, selon la prise en compte d'autres rapports défavorables dans la société justifiant un droit à un traitement préférentiel.

**971.** Cet idéal d'égalité mesurable se confond davantage avec la notion d'équité et l'adage « à chacun selon ses besoins » (1). Cependant, cette mesure du droit à l'égalité à l'aune du principe de proportionnalité présente le risque d'une instrumentalisation du droit à l'égalité et *in fine*, d'un droit à l'égalité moins ambitieux (2).

### **1- La tentation d'une égalité mesurable**

**972.** Après avoir évoqué la tentation d'une égalité sur mesure, nous parlons à présent de celle d'une égalité mesurable. Lorsque l'on ouvre l'ouvrage de Francisco J. Urbina sur la proportionnalité, on ne tarde pas à trouver des calculs et formules mathématiques<sup>2825</sup> et un lien entre le contrôle de proportionnalité juridique et les théories de la maximisation en microéconomie. Que ce soit la maximisation de l'utilité sous contrainte budgétaire pour le

---

<sup>2823</sup> En référence à la célèbre citation de Henri LACORDAIRE, issue de sa 52e Conférence de Notre-Dame de Paris en 1848 : « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».

<sup>2824</sup> A propos de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine et de l'*affirmative action* en matière raciale, Joel DREYFUSS et Charles LAWRENCE écrivaient « Si Brown a établi le principe de l'égalité raciale, Griggs a exigé qu'il entre dans les faits », in *The Bakke case : the politics of inequality*, Hartcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 240.

<sup>2825</sup> Voir F. J. URBINA, « Theories of the Maximisation account of proportionality », in *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 21- 27.

consommateur, ou du profit sous contrainte des coûts de production pour le producteur, le lien est celui de la mise en balance entre des forces contradictoires, rationalisé par le contrôle de proportionnalité. Dans notre étude, le débat pourrait bien se poser dans les termes suivants. Faut-il renoncer au formalisme de l'égalité de traitement afin de garantir que davantage d'individus aient effectivement accès aux ressources rares dans l'économie ? Si « l'effectivité est la réelle âme du droit »<sup>2826</sup>, doit-on renoncer à l'intransigeance du principe de l'égalité de traitement en droit au nom d'une égalité de traitement effective ?

**973.** La Cour de justice a longtemps limité la portée des droits fondamentaux au nom de l'effectivité des règles communautaires d'intégration sur le marché intérieur, « donnant systématiquement l'avantage au marché sur les exigences d'humanité »<sup>2827</sup>. Même si la Cour a dépassé cette logique progressivement, nous avons vu que l'égalité des chances sert encore un besoin d'effectivité de l'accès des individus au marché intérieur, notamment des travailleurs. « La proportionnalité s'entend souvent comme une maximisation [...] la méthode consiste à déterminer ce qui permet la plus grande satisfaction des principes, valeurs et intérêts en présence entre l'adoption de la mesure ou son absence »<sup>2828</sup>. En d'autres termes, dans le cas de l'action positive, la proportionnalité sert à déterminer comment satisfaire à l'objectif d'égalité des chances sans produire une violation disproportionnée du droit à l'égalité de traitement. Si la discrimination positive est nécessairement une « violation acceptable » de l'égalité de traitement, l'enjeu pour le juge est de « limiter » cette violation. Tout devient alors une question d'équilibre entre les gains que l'on juge mérités pour celui qui bénéficie de la discrimination positive et la perte que cela peut engendrer pour celui qui n'en bénéficie pas. « Les limitations apportées aux droits fondamentaux doivent être justifiées par rapport aux gains pour d'autres intérêts, principes ou valeurs »<sup>2829</sup>. L'intérêt d'un individu à ne pas subir de discrimination au moment d'un recrutement par exemple, par application stricte du principe d'égalité de traitement, serait supplanté par l'intérêt d'un autre individu qui risque d'être discriminé à se voir accorder un traitement préférentiel pour rétablir l'égalité des chances.

---

<sup>2826</sup> Pierre PESCATORE, cité par A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 63.

<sup>2827</sup> L. AZOULAI, « L'effectivité du droit de l'Union et les droits fondamentaux », in A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 224.

<sup>2828</sup> F. J. URBINA, « Theories of the Maximisation account of proportionality », in *A Critique of Proportionality and Balancing*, op. cit., p. 98 : « Proportionality is often understood to be oriented towards maximisation [...] the method is aimed at establishing whether adopting or not adopting the measure produces a greater satisfaction of the principles, values or interests involved ». Librement traduit.

<sup>2829</sup> *Ibid.*, p. 35. Librement traduit.

974. Lorsque l'on parle de répartition proportionnelle de l'égalité entre les individus, on ne parle donc pas du droit individuel à l'égalité de traitement, mais bien de l'égalité d'accès, ou égalité des points de départ, ou égalité des chances. La théorie devient donc « à chacun selon ses besoins d'égalité, en fonction des discriminations subies », mais la pratique en est bien fastidieuse et périlleuse. Car en réalité, comment mesurer les intérêts ou les gains individuels ou catégoriels en présence, autant que les torts passés à réparer ? De mathématisation il ne peut y avoir<sup>2830</sup>.

975. Ce que le législateur exige du juge par le biais du contrôle de proportionnalité c'est de quantifier les inégalités sociales, ou culturelles, qui touchent par exemple les femmes ou certaines minorités ethniques et religieuses, et d'en déduire un « montant » de discrimination positive justifiable. Une quantification de la souffrance passée ou actuelle peut aboutir d'une part à figer les catégories dans des positions de victimes et pourrait d'autre part conduire le juge à « hiérarchiser les malheurs ». En d'autres termes, celles ou ceux qui souffrent le plus de discriminations pourraient se voir accorder des discriminations positives plus intenses, justifiant un écart plus grand par rapport au principe d'égalité de traitement. En vertu de quel calcul l'intérêt du travailleur masculin écarté de l'embauche et qui n'est pas individuellement responsable des discriminations subies par les femmes dans la société est-il de moindre importance que celui de la femme qui sera embauchée en priorité ?

976. Gwenaële Calvès explique dans sa thèse sur *l'affirmative action* aux États-Unis que « l'appréciation du rapport entre les moyens employés et la fin poursuivie est d'autant plus contingente qu'elle suppose presque toujours la mise en œuvre d'un jugement de fait ou de valeur : "retenir ou écarter une différence pour admettre ou refuser une discrimination, c'est, bien souvent, un choix politique" »<sup>2831</sup>. Les intérêts en présence ne sont par essence pas quantifiables puisque ce sont des valeurs. En conséquence, la décision de leur attribuer plus ou moins de poids, sous couvert d'opérer un test rationnel de proportionnalité, ne peut dépendre que d'un choix politique<sup>2832</sup> du législateur ou du juge. Quand le juge de l'Union découvre dans l'arrêt *Marschall* que l'égalité des chances ne permet que l'adoption de quotas souples et conditionnels, ou de quotas rigides si ce sont les places en formation qui sont visées dans l'arrêt

---

<sup>2830</sup> Voir F. J. URBINA, « Incommensurability and Balancing », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 3, 2015, pp. 575-605.

<sup>2831</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., p. 9. Elle cite Guy BRAIBANT.

<sup>2832</sup> « Politique » dans le sens de relatif à l'organisation, à l'exercice du pouvoir dans une société organisée.

*Badeck*, il s'agit d'une tentative de conciliation entre des conceptions politiques de l'égalité divergentes. Il ne peut s'agir du fruit d'un calcul rationnel et objectif.

977. « C'est la constellation concrète qui finit par décider quels intérêts priment. Selon la situation, il peut s'agir soit des intérêts particuliers soit des intérêts collectifs, mais en principe tous les intérêts sont pris en compte selon les mêmes droits [...]. Le principe de proportionnalité n'est donc "au service" exclusif ni du particulier, ni de l'État, ni de la collectivité [...] toute instrumentalisation exclusive en faveur d'un groupe en particulier est contraire à sa nature et à sa logique »<sup>2833</sup>. Il faut sans doute s'accommoder de cette part d'insaisissabilité qui caractérise le contrôle contentieux des mesures d'action positive. L'on peut en revanche discuter et contester, au cas par cas, les équilibres dégagés. La Cour de justice n'étant plus tenue par l'article 2 §4 de la directive 76/207 qui parlait d'égalité des chances et disposant de textes parlant de « pleine égalité » dans la pratique, elle pourrait déplacer le curseur. Aucun argument, autre que politique, n'empêche en tout cas qu'elle fasse évoluer son interprétation et sorte du « concept restreint » de l'égalité des chances.

978. Pour l'heure, le contrôle de proportionnalité opéré par le juge de l'Union fait plutôt primer le droit individuel à l'égalité de traitement sur la possibilité d'y déroger par l'égalité des chances. Cette égalité des chances proportionnelle peut être accusée de manquer d'ambition. « Derrière sa vertu apparente, la proportionnalité ne dissimulerait-elle pas certains vices ? »<sup>2834</sup>

## 2- Le risque d'une égalité moins ambitieuse

979. Le Conseil constitutionnel français a évalué la constitutionnalité d'une partie de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « loi Rebsamen »<sup>2835</sup>, à savoir l'introduction dans le code du travail de règles obligeant à présenter aux élections professionnelles des listes « correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale », dès lors que la liste contient plusieurs candidats<sup>2836</sup>. Il s'agit bien ici d'une sorte d'égalité proportionnelle ou représentative, et non de la parité au sens d'un quota uniforme

---

<sup>2833</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, op. cit., pp. 56-57.

<sup>2834</sup> E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 184.

<sup>2835</sup> Décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018.

<sup>2836</sup> Il s'agissait de l'article L. 2324-22-1 du Code du travail. Ces règles ont été maintenues telles quelles par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31.

imposé à toutes les listes. Or, l'article 1<sup>er</sup> alinéa second de la Constitution française<sup>2837</sup>, déjà évoqué dans ce travail, dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

**980.** L'égalité proportionnelle a été validée par le Conseil Constitutionnel<sup>2838</sup> comme étant compatible avec cet article, alors même que celui-ci a souvent été présenté comme imposant « la parité » entre les sexes au rang des normes constitutionnelles<sup>2839</sup>. Sauf que dans les corps de métier encore profondément sexué aujourd'hui, le dispositif Rebsamen ne fait que reproduire le déséquilibre au niveau des représentants, sans réellement favoriser « l'égal accès » du sexe sous-représenté. La proportionnalité se substitue subtilement à l'égalité sans que les juges constitutionnels n'y voient une démission par rapport à l'objectif ambitieux de l'article 1<sup>er</sup> alinéa second de la Constitution. Pourtant, favoriser l'égal accès a déjà une signification modeste, qui est l'amélioration des chances et non la modification des points d'arrivée. L'égalité proportionnelle reproduisant des déséquilibres au sein de certaines professions paraît être en deçà même de l'égalité des chances. On peut critiquer ce dispositif comme maintenant une sorte de *statu quo*, en s'assurant *a minima* que, lorsqu'il y a des femmes inscrites sur les listes, il y ait au moins une représentation proportionnée de celles-ci aux élections.

**981.** L'on peut se demander quelle serait l'appréciation de la Cour de justice d'un tel dispositif et s'il serait compatible à la fois avec le principe de l'égalité de traitement et avec celui de l'égalité des chances. En réalité, l'égalité des chances, censée concilier la discrimination positive et l'égalité de traitement, apparaît, à travers le contrôle strict de proportionnalité que la Cour a mis en place, comme un second obstacle davantage que comme un objectif ambitieux. La Cour a fait en quelque sorte le choix du compromis, de la « solution intermédiaire qui lui a semblé la moins mauvaise »<sup>2840</sup>.

---

<sup>2837</sup> Issu de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008 page 11890, texte n° 2.

<sup>2838</sup> Pour un commentaire plus approfondi, A. de TONNAC, « Sur la conformité constitutionnelle de la représentativité proportionnée aux élections professionnelles », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 15 mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3789>.

<sup>2839</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 237 ; E. LEPINARD, L. BERENI, « La parité ou le mythe d'une exception française », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, pp. 73-85.

<sup>2840</sup> L. JANICOT, « L'exception et l'adaptation du droit aux faits », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 232. Elle utilise l'exemple du Conseil d'État français qui, dans l'arrêt du 7 juillet 1950, *Dehaene*, a estimé que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être

**982.** Une telle analyse de l'égalité des chances toute entière dépendante de l'intensité du contrôle de proportionnalité que le juge choisira de mettre en œuvre est-elle suffisante ? Le rôle du législateur est de déterminer les règles et leur portée quand celui du juge est de l'interpréter et de l'appliquer au cas par cas. Or, dans le cadre des mesures d'action positive, le législateur de l'Union, qu'il soit constitué directement des États ou indirectement des institutions adoptant les directives, n'a donné que peu de précisions *a priori* sur ce qui est ou non compatible avec le principe de l'égalité de traitement. Le législateur n'a pas affirmé que l'égalité des chances était un « concept restreint », pas plus d'ailleurs qu'il n'a explicitement fait de la discrimination positive une dérogation devant être interprétée strictement. Toute cette construction jurisprudentielle a pourtant eu un impact déterminant sur la validité de certaines mesures nationales.

**983.** Edouard Dubout, à propos de l'article 19 du TFUE, parle d'« égalité politisée » dans le sens où cet article est un fondement pour développer une politique égalitaire en droit de l'Union et qu'en ce sens, « il n'a pas d'équivalent en droit international et européen des droits de l'homme »<sup>2841</sup>. La mise en œuvre de cette politique passant par des directives, les textes sont imprécis, l'objectif et les moyens de le mettre en œuvre indéterminés. Dans ce contexte, le juge de l'Union a pris une place, à travers ses réponses préjudicielles adressées aux juges internes, qui nous paraît problématique. Du fait de son contrôle restrictif de la proportionnalité, il peut juger incompatibles avec le principe d'égalité de traitement des dispositifs légaux de discrimination positive, issus d'un processus d'adoption démocratique au niveau national<sup>2842</sup>. Si, en plus, les raisons de l'exercice d'un tel contrôle ne sont pas totalement satisfaisantes et transparentes<sup>2843</sup>, par rapport aux fondements textuels qui semblent avoir évolué vers un objectif plus ambitieux, c'est la légitimité de la décision de justice qui risque d'être fragilisée<sup>2844</sup>.

---

apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».

<sup>2841</sup> E. DUBOUT, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 696.

<sup>2842</sup> On trouve une autre illustration du caractère problématique de ce contrôle dans le contentieux relatif à l'articulation entre droits sociaux et libertés économiques sur le marché intérieur. Voir T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 3 : « In EU law, proportionality analysis has received renewed attention lately due to the ECJ's rulings in a number of labour law cases (Viking, Laval and Rüffert), the Court decided to apply proportionality analysis in a way which was favourable to the freedom to provide services and unfavourable to the fundamental right to take collective action ».

<sup>2843</sup> Rappelons-nous par exemple de l'arrêt CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04. Voir §§ 395 et s.

<sup>2844</sup> Daniela CARUSO écrit : « While written in the reassuringly nuanced language of proportionality, these decisions impose strict limits upon the member states' abilities to devise appropriate anti-discrimination measures according to local needs and statebased perceptions of social justice », *in* « Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 2, 2003, p. 331.



**984.** Par exemple, les travailleuses qui auraient pu bénéficier de la mesure préférentielle instaurée par le Land de Brême dans l'affaire *Kalanke* pouvaient bien s'estimer insatisfaites des justifications apportées par la Cour de justice dans son arrêt. Louis Charpentier parle d'une décision « dont le résultat apparaît comme une volonté de réserver au concept d'action positive une voie fort étroite dans le droit social communautaire »<sup>2845</sup>. Sa lecture des conclusions de l'avocat général Tesauro<sup>2846</sup>, suivies par la Cour, illustre d'ailleurs l'importance des choix opérés par le juge dans cet arrêt « originaire », qui a posé des jalons difficiles à dépasser ensuite. D'abord, l'action positive fut interprétée comme une dérogation au principe d'égalité, restreignant son champ d'intervention. Ensuite, la mesure en cause fut assimilée à un quota. Enfin, et c'est sans doute le plus intéressant, « la restriction des initiatives en matière d'actions positives s'opère au moyen de l'externalisation du problème social de l'égalité dont les causes profondes se trouveraient en dehors de l'organisation. Par conséquent, l'organisation de travail n'est jamais interrogée, ni même présentée en tant qu'institution génératrice de mécanismes excluants et discriminants pour les femmes »<sup>2847</sup>. Or, nous l'avons dit, évaluer le cas d'espèce nécessite une réflexion approfondie « sur le rapport de force dans la situation donnée »<sup>2848</sup>.

**985.** Dans l'arrêt *Kalanke*<sup>2849</sup> comme d'autres, la Cour est tenue par son office limité dans le cadre du renvoi préjudiciel et ne mène aucune analyse de fond sur les rapports de force en présence dans le monde du travail visé, son organisation et ses acteurs spécifiques, l'ampleur des inégalités qui le touchent. Nécessairement, le rapport de proportionnalité exigé, très général et abstrait, se révèle insatisfaisant, d'autant plus qu'à ce stade, nous l'avons dit, le contrôle était même passé sous silence. Louis Charpentier fait partie du courant doctrinal déçu par l'arrêt *Kalanke*, par son manque d'ambition et le coup de frein injustifié porté aux politiques nationales de discrimination positive. Il souhaite ainsi « retrouver la cohérence et la logique du concept d'action positive de sorte qu'il prenne enfin la place qui devrait être la sienne au cœur d'un droit de l'égalité fondé sur la réalité sociale et non pas sur une seule norme universelle »<sup>2850</sup>. Cela ne peut être que l'œuvre du législateur selon nous et ne doit pas être celle du juge.

**986.** Car « les problèmes surgissent dès lors que le législateur, confiant dans l'idée que le principe de proportionnalité pourvoira à la "juste mesure" dans le cas d'espèce, renonce aux

---

<sup>2845</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, 1996, p. 281.

<sup>2846</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, aff. C-450/93.

<sup>2847</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *op. cit.*

<sup>2848</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>2849</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93.

<sup>2850</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *op. cit.*

instructions d'exécution claires et substantielles. Dans ce cas de figure, le principe de proportionnalité fait à proprement parler régner un *ordre juridique de l'ombre*, endossant un rôle qui n'est pas le sien »<sup>2851</sup>. Sans clarification par le législateur de l'Union de l'outil de discrimination positive, le juge prend le rôle d'arbitre entre des valeurs ou des droits fondamentaux, rôle qu'il ne peut endosser qu'à grand renfort de contrôle de proportionnalité. « Le juge doit tenir compte du fait que dans certains cas les intérêts en présence s'entrechoquent. Il lui appartient alors de procéder à une mise en balance dont il est difficile d'occulter qu'elle ouvre un vaste espace à l'expression de ses propres convictions »<sup>2852</sup>.

### ***B) L'opération de conciliation des valeurs***

**987.** Le principe de proportionnalité apparaît constamment dans le droit de l'Union lié à la nécessité de concilier des droits fondamentaux. Dans le règlement général sur la protection des données, on apprend que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas absolu et doit « être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »<sup>2853</sup>. Denys Simon écrit que « la même mise en balance d'intérêts divergents est opérée dès que la mesure en cause suppose un arbitrage entre droits fondamentaux difficilement conciliables »<sup>2854</sup>. Ainsi, il n'est guère surprenant que dans le cadre de l'examen des mesures de discrimination positive, le contrôle de proportionnalité poursuive un tel objectif. Davantage que des droits fondamentaux, il permet l'articulation de valeurs abstraites entre elles (1). Cette articulation ne peut prendre que la forme d'une hiérarchisation entre valeurs, revêtant elle aussi une dimension politique forte, qui n'est pas au-dessus de toute critique (2).

---

<sup>2851</sup> M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>2852</sup> R. MEHDI, « Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable" », *op. cit.*, p. 9. Voir aussi T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, *op. cit.*, p. 229 : « *Positive action nevertheless presupposes an "activist" court* ».

<sup>2853</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88, préambule, pt 4.

<sup>2854</sup> D. SIMON, « Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européennes », *op. cit.*, p. 22.

## 1- Les valeurs en présence

**988.** Il n'y a pas d'arbitrage à faire entre des droits fondamentaux à proprement parler, puisque nous avons montré qu'il n'existait ni droit subjectif à la différence de traitement, en dehors du cas des différences objectives de situation, ni droit subjectif à l'égalité des chances. Le seul droit fondamental en présence est celui que consacre l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, à savoir le droit de ne pas faire l'objet de discrimination et le « droit individuel à l'égalité de traitement ». Pour autant, la discrimination positive est un outil au service de valeurs reconnues comme légitimes puisqu'elle est permise à titre dérogatoire. Or la Cour rappelle fréquemment que le respect du principe de proportionnalité implique « 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 »<sup>2855</sup>. Lorsqu'elle procède à l'examen de la proportionnalité, la Cour « devient en réalité un arbitre des valeurs opposées, un médiateur des intérêts qui se trouvent en conflit »<sup>2856</sup>.

**989.** L'objectif général de l'égalité des chances, de la « pleine égalité » qui justifie les mesures dérogatoires, est ce « but recherché », formulé dans les directives, qui doit être concilié par le contrôle proportionnalité. Mais cet objectif porte en lui-même des valeurs qui peuvent concurrencer celle que traduit le principe de l'égalité de traitement sans aucune discrimination. Ces valeurs philosophiques et politiques sont celles de la justice sociale et de l'équité. À la proportionnalité est « également assignée une tâche éthique, hautement vertueuse, qui est celle de parvenir à sublimer l'échange d'arguments afin de trancher les inévitables désaccords qu'engendrent les enjeux moraux que recèle la protection des droits fondamentaux »<sup>2857</sup>. La discrimination positive, au-delà de son conflit avec la non-discrimination, est également perçue comme une entrave à la liberté et un contre-sens par rapport à la doctrine libérale classique et néo-classique où le « laisser-faire »<sup>2858</sup> est la condition de la justice. Elle biaise les règles de concurrence sur les marchés en octroyant des avantages non liés au mérite personnel mais fondés sur des appartenances qu'on ne choisit pas. Il y a indéniablement ici des « enjeux moraux » extrêmement importants que le juge doit articuler.

---

<sup>2855</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, pt 65.

<sup>2856</sup> A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 448.

<sup>2857</sup> E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>2858</sup> Selon la formule « laissez faire, laissez passer » attribuée à Vincent de GOURNAY, qui demanda en 1752 à Trudaine de libérer le commerce du blé.

**990.** Certains libéraux ont eu à cœur de rechercher ce « point extrême où la liberté et l'égalité se touchent et se confondent »<sup>2859</sup>, comme le montra la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon laquelle les hommes devaient avant tout naître et demeurer « libres et égaux »<sup>2860</sup>. Cette égalité-là est celle qui se réalise par l'indifférenciation de la norme aux caractéristiques individuelles et ne considère que l'humanité. Pourtant, le formalisme de cette égalité, c'est-à-dire son caractère illusoire, déconnecté de la réalité et des inégalités factuelles, pousse à inclure une autre valeur que la liberté et l'égalité par l'indifférenciation.

**991.** Au nom de la justice sociale, l'on réclame l'égalité par la différenciation juridique. « La liberté nue est une dignité socialement impuissante. Son emploi est subordonné à d'autres moyens qu'elle ne procure pas : la fortune, la condition sociale, l'habileté ou la chance »<sup>2861</sup>. Lorsque le gouvernement français fait valoir, dans l'arrêt *Briheche*, que la discrimination positive en cause « a été adoptée en vue de limiter les inégalités de fait constatées entre les hommes et les femmes, notamment à cause du fait que les femmes assument l'essentiel du travail domestique, surtout lorsque la famille comporte des enfants, et en vue de faciliter l'insertion des femmes au travail »<sup>2862</sup>, c'est la justice sociale entre les sexes qui prime sur la stricte égalité de traitement. « Le défi majeur des actions positives revient à traiter les inégalités sans sacrifier la liberté de chacun »<sup>2863</sup>, et surtout, sans sacrifier le droit individuel à l'égalité de traitement.

**992.** Le dilemme face auquel la Cour de justice se trouve placée peut être ainsi résumé : « le droit fondamental de chaque individu à ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur un motif prohibé de distinction [...] doit-il céder le pas devant les droits d'un groupe désavantagé »<sup>2864</sup> ? L'exigence d'équité collective est-elle plus importante que le droit individuel à l'égalité ? La théorie philosophique aristotélicienne de l'équité<sup>2865</sup> peut sembler d'un certain secours dans cette opération d'arbitrage qui ressemble à une mission impossible.

---

<sup>2859</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome 2, Paris, GF-Flammarion, 1981, p. 119.

<sup>2860</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, qui malgré cette proclamation, excluait déjà les femmes de cette égalité en droits.

<sup>2861</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Tome VI, Paris, LGDJ, 1956, p. 353.

<sup>2862</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, *op. cit.*, pt 26.

<sup>2863</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in S. GABORIAU, H. PAULIAT, X. BIOY *et al.* (dir.), *Justice, Ethique et Dignité*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>2864</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>2865</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE, Paris, Le Livre de poche, 2014, pp. 229-231 : qui étudie « les rapports de l'équité avec la justice ». « L'équitable et le juste sont donc la même chose ; et tous les deux étant bons, la seule différence, c'est que l'équitable est encore meilleur ».

Voir P. RAYNAUD, « L'équité dans la philosophie politique », in T. LAMBERT (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, pp. 3-12.

D'ailleurs, certains avocats généraux n'hésitent pas à y faire ouvertement référence<sup>2866</sup>. Les discriminations positives auraient pour raison d'être de « remédier à la restriction inéquitable des possibilités, frappant des personnes ou des groupes qui furent au cours de l'histoire profondément désavantagés »<sup>2867</sup>. D'ailleurs, dans la philosophie de John Rawls, l'équité n'est exclusive ni de la liberté, ni de l'égalité<sup>2868</sup>. L'un des principes fondamentaux est celui de liberté, défini en ces termes : « toute personne a un droit égal à l'ensemble le plus étendu de libertés fondamentales égales pour tous qui soit compatible avec le même ensemble de libertés pour tous »<sup>2869</sup>. Ainsi sont mêlées les trois valeurs qui se querellent.

**993.** Pour beaucoup d'ailleurs, l'équité n'est pas qu'une « disposition compassionnelle devant l'inégalité des droits », mais bien l'ajout au principe d'égalité d'« une exigence d'efficacité concrète »<sup>2870</sup>. Cette égalité effectivement réalisée maximise l'accès aux libertés individuelles de tous. Déjà, la lutte contre les discriminations vise à éradiquer les distinctions « fondées sur des critères illégitimes qui font obstacle à l'épanouissement de l'individu dans la société à laquelle il appartient, en freinant ou en bloquant l'accès aux biens et aux prestations nécessaires à son bien-être et à son intégration sociale »<sup>2871</sup>. Jérôme Porta parle « d'invitations à un approfondissement de l'égalité »<sup>2872</sup>. Créer une contradiction entre la liberté, représentée par l'égalité de traitement juridique, et la justice sociale, symbolisée par la discrimination positive, a pour effet d'occulter que l'objectif de la justice sociale est précisément l'émancipation de tous. Son idée essentielle est de donner à tous « les moyens d'exercer un libre choix »<sup>2873</sup>, et donc de rétablir la liberté. Dans cet ordre d'idées, Alexis de Tocqueville pensait que « l'égalité est le fondement de la liberté »<sup>2874</sup>.

---

<sup>2866</sup> Conclusions de l'avocat général M. Georges COSMAS présentées le 14 juillet 1998, aff. C-167/97, note 65 ; Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor SHARPSTON présentées le 22 mai 2008, aff. C-427/06, pt 44 ; Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor SHARPSTON, présentées le 11 septembre 2018, aff. C-457/17, pt 1.

<sup>2867</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 181.

<sup>2868</sup> Pour une critique de la théorie rawlsienne, voir M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 191 p.

<sup>2869</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Point, 1997, p. 91.

<sup>2870</sup> F. STASSE « Le Conseil d'Etat », in T. LAMBERT, *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, p.31

<sup>2871</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>2872</sup> J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in I. VACARIE, G. BORENFREUND (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 30.

<sup>2873</sup> M. MINÉ, C. COSTE, « Doit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002, p. 91.

<sup>2874</sup> F. MONCONDUIT, « Liberté et égalité dans la pensée d'Alexis de Tocqueville », in *Le Pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 316.

994. « La notion d'équité renvoie avant tout aux conditions de réalisation de la justice ou du droit, qui peuvent conduire à s'écarter de la *loi* pour mieux réaliser ses fins »<sup>2875</sup>. La discrimination positive pourrait être vue comme un outil de l'égalité et des libertés individuelles concrètement et équitablement réparties entre les individus<sup>2876</sup>, le contrôle de proportionnalité ne serait plus le même dans le cadre de cette égalité comme « résultat à atteindre »<sup>2877</sup>. Au lieu de hiérarchiser comme c'est le cas aujourd'hui entre des valeurs qu'il faudrait urgemment réussir à coexister, la proportionnalité consisterait à éliminer les dispositifs inefficaces par rapport à l'objectif fixé, et non par rapport à l'atteinte portée à un droit individuel à l'égalité de traitement restrictivement interprété.

## 2- La hiérarchisation des valeurs

995. Gwenaële Calvès identifie deux dilemmes qui se posent au juge avec les traitements préférentiels instaurés par l'*affirmative action* aux États-Unis. « Le premier découle de la contradiction (apparente ?) entre la fin poursuivie et les moyens employés, étant admis que l'*affirmative action* n'est pas une fin en soi. Peut-on instaurer "provisoirement" des inégalités de traitement pour que s'inscrive dans les faits, demain, le principe d'égalité de traitement ? »<sup>2878</sup>. L'action positive questionne la relation entre identité et différence de traitement en demandant aux législateurs d'abord et aux juges ensuite de procéder à un arbitrage impossible. Soit respecter l'égalité de traitement en traitant de manière identique les situations comparables, soit atteindre la pleine égalité en instaurant un traitement différencié de situations comparables.

996. « Le second dilemme est plus exclusivement centré sur la finalité réparatrice de l'*affirmative action* [...]. D'un côté, on pose qu'instaurer *ex abrupto* une société régie par le principe d'égalité de traitement revient à ignorer les séquelles d'un passé d'oppression raciste et sexiste, et donc à bafouer le principe de justice [...]. Mais d'un autre côté, satisfaire à la justice réparatrice par le biais des traitements préférentiels n'aboutit à rien d'autre qu'à "sacrifier" une autre catégorie de la population »<sup>2879</sup>. Le contrôle de proportionnalité ne peut

---

<sup>2875</sup> P. RAYNAUD, « L'équité dans la philosophie politique », *op. cit.*, p. 3.

<sup>2876</sup> B. PERREAU, « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 51 : « L'action positive cherche à résoudre pratiquement l'aporie théorique des principes de liberté et d'égalité ».

<sup>2877</sup> J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement », *RDT*, n° 6, 2011, p. 354.

<sup>2878</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>2879</sup> *Ibid.*, p. 78.

réellement « faire le choix » de l'action positive dans la jurisprudence de la Cour de justice. La discrimination positive ne faisant pas partie du droit individuel à l'égalité de traitement tel qu'il est défini par la Charte et par les textes de droit dérivé, la proportionnalité implique la prévalence du droit fondamental à l'égalité de traitement sur la valeur abstraite et secondaire poursuivie par la discrimination positive.

**997.** Gwenaële Calvès conclut son étude de *l'affirmative action* par un constat d'échec et d'impossibilité de dégager, « de l'analyse des décisions rendues par la Cour Suprême en matière d'*affirmative action*, un principe qui permette de fonder la distinction entre discriminations raciales "bienveillantes" et discriminations raciales "odieuses" »<sup>2880</sup>. En droit de l'Union, si telle est aussi l'impression, c'est parce que le principe de proportionnalité guide cet arbitrage entre valeurs de manière insaisissable, en opérant une hiérarchie des valeurs. « Le problème de la discrimination raciale "positive" n'est pas un problème juridique : il n'est pas susceptible d'être tranché par le juge statuant *ès qualités*, il ne recouvre pas un "conflit de droits". En vertu d'un tropisme qui lui est propre, la Cour Suprême a transformé en "conflit de droits" ou conflit sur les principes, un débat qui portait simplement sur les moyens »<sup>2881</sup>. Mais déterminer quels moyens et surtout quelle intensité d'actions est envisageable implique nécessairement que l'on soit d'accord sur les objectifs qu'une société se donne et sur le rapport hiérarchique qui lie ces différents objectifs.

**998.** Dans le système européen, la question du « gouvernement des juges »<sup>2882</sup> se pose constamment étant donné que le juge de l'Union vient contrôler la conformité de l'œuvre législative de gouvernements démocratiques par rapport aux droits primaire et dérivé de l'Union. Le test de proportionnalité *stricto sensu* confère au juge le « pouvoir de modifier le niveau souhaitable de protection de l'intérêt général »<sup>2883</sup>, ou d'autres intérêts fondamentaux individuels. Le contrôle des mesures d'action positive révèle une hiérarchisation des valeurs sociales, celles de justice et d'équité que les discriminations positives étatiques peuvent poursuivre étant susceptibles d'être rejetées par le juge, non pas sur le fondement de l'objectif,

---

<sup>2880</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>2881</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>2882</sup> Expression originellement employée par Edouard LAMBERT dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 1<sup>er</sup> éd. 1921, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

<sup>2883</sup> E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, *op. cit.*, p. 189.

mais de la proportionnalité. *In fine*, n'est-ce pas un objectif de politique sociale, normalement librement défini par l'État, qui se trouve passé au crible d'un contrôle strict du juge ?

**999.** L'objectif principal d'égalité de traitement, érigé au rang de droit fondamental, vient heurter les divers objectifs de politique sociale définis par les États. C'est donc dans la définition-même de droit fondamental à l'égalité de traitement qu'une issue pourra être trouvée. Si l'on entend réparer des dysfonctionnements par rapport à l'idéal d'une égalité mesurable, alors on accepte de passer par une phase de rééquilibrage qui peut s'avérer extrêmement préjudiciable pour certains individus en particulier (par exemple la faible part d'hommes qui assument une part majoritaire de l'éducation des enfants) mais bénéfique pour une majorité de membres de la catégorie discriminée (par exemple la large part des femmes qui assument cette charge).

**1000.** Si l'objectif devient une égalité mesurable dans le sens d'effective, entre des catégories d'individus à tous les niveaux de la société, la discrimination positive acceptable est nécessairement plus intensive. Aussi longtemps que « la légalité des actions positives se mesure [...] à l'aune de la possibilité de la concilier avec [l]e principe général [d'égalité de traitement] »<sup>2884</sup>, le juge déploiera un contrôle strict, n'ayant pas de droit fondamental concurrent à « opposer » à l'égalité de traitement. L'article 157 §4 du TFUE n'a-t-il pas vocation à « assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » ?

**1001.** *In fine*, ce sont les choix du juge davantage que ceux du législateur de l'Union et national qui hiérarchisent entre des objectifs concurrents par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité<sup>2885</sup>. Dans ses conclusions pour l'arrêt *Kalanke*, l'avocat général Tesauero, écrivait que « l'égalité formelle, numérique, est un objectif qui peut tranquilliser quelques consciences, mais qui reste illusoire et vide de tout contenu [...] Ce qui est nécessaire, en définitive, c'est surtout une mutation de fond du modèle économique, social et culturel qui est à l'origine de la disparité, mutation qui ne se réalise certainement pas par les chiffres ni par des

---

<sup>2884</sup> Conclusions de l'avocat général M. Antonio SAGGIO, présentées le 10 juin 1999, aff. C-158/97.

<sup>2885</sup> Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA conclut une étude sur l'émergence d'un droit des groupes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par ces mots : « Faut-il craindre que cette métamorphose du droit à la non-discrimination n'altère l'universalisme des Droits de l'homme ? [Elle] ouvre la voie à une conciliation et à faire prévaloir en définitive, en cas de contradiction insoluble, les droits individuels ». In « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.) *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 222.



joutes intellectuelles désormais dépassées »<sup>2886</sup>. Il y a incontestablement une dimension politique dans les propos de l'avocat général, ou plutôt un appel à une prise de décision politique.

**1002. Conclusion du Chapitre.** L'exercice du contrôle de proportionnalité est en définitive la principale raison qui justifie notre seconde partie visant à démontrer que le principe de l'égalité de traitement limite le développement de l'action positive, dans le champ d'application des textes de droit dérivé. Il invite à deux critiques ou interrogations majeures. D'abord, le juge devrait sans doute chercher à clarifier ce contrôle, soit pour mener les trois étapes qui le caractérisent habituellement de façon plus explicite, soit pour justifier l'absence de l'une ou l'autre de ces étapes. La rapidité avec laquelle sont souvent rejetées des mesures nationales jugées disproportionnées par rapport à l'objectif d'égalité des chances ne permet pas toujours de convaincre et risque fort de placer le juge national dans une situation délicate. « La relative pauvreté de la jurisprudence laisse encore beaucoup de marge pour le développement concret du test de proportionnalité »<sup>2887</sup>.

**1003.** La seconde problématique est précisément, au-delà de ce manque de transparence, celle du caractère déterminant de ce contrôle. C'est par lui que s'établit véritablement la validité des mesures d'action positive. Une interrogation plus capitale encore suit alors : le contrôle de proportionnalité ne masque-t-il pas un débordement juridictionnel, un contrôle détourné de l'objectif des mesures ? Il est difficile de trouver dans ce contrôle succinct fondé sur l'idée que l'égalité des chances est un concept restreint « une neutralité politique et axiologique légitimant le pouvoir des juges à contrôler les choix d'un législateur démocratiquement élu »<sup>2888</sup>.

---

<sup>2886</sup> Conclusions de l'avocat général M. Giuseppe TESAURO présentées le 6 avril 1995, *op. cit.*, pt 28.

<sup>2887</sup> M. de VOS, *Au-delà de l'égalité formelle*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>2888</sup> E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, *op. cit.*, p. 186.

**Conclusion du Titre.** *Le contrôle tautologique d'une dérogation à l'égalité au nom de l'égalité.*

**1004.** Le contrôle de proportionnalité se mêle dans ses effets au contrôle de l'objectif lui-même, d'abord défini comme l'égalité des chances par la directive 76/207 ensuite comme la « pleine égalité » par les directives ultérieures, sans qu'un changement ne soit perceptible dans la jurisprudence. La question du contrôle de l'action positive est bien plus complexe que celle de la dérogation offerte par l'article 6 §1 de la directive 2000/78 par exemple. L'objectif de politique sociale qui peut justifier qu'une différence de traitement fondée sur l'âge soit maintenue sans qu'elle soit discriminatoire invite le juge à la réserve, étant donné la répartition des compétences. L'objectif des mesures d'action positive est autrement plus difficile à manier, étant donné que c'est l'égalité qui est recherchée. Le juge doit trouver comment justifier qu'une règle qui poursuit l'égalité déroge au principe d'égalité.

**1005.** Cet exercice très inconfortable explique sans doute l'opacité de la jurisprudence sur l'action positive. Si « l'application des exceptions favorise [...] la subjectivité dans l'application de la règle »<sup>2889</sup> de manière générale, celle de l'action positive est sans doute encore plus insatisfaisante de ce point de vue. Le premier élément qui justifie le contrôle strict de proportionnalité est en réalité un choix du juge, à propos de l'objectif fixé par le législateur. L'égalité des chances, profondément indéterminée dans son sens, est perçue comme un concept restreint par le juge de l'Union parce qu'il estime que l'action positive a un statut de dérogation par rapport à l'égalité de traitement.

**1006.** Le « problème originel » de l'action positive, c'est bien ce premier choix juridictionnel qui ne s'imposait pas<sup>2890</sup> : faire de l'action positive une dérogation, et donc un outil subordonné par rapport au principe de l'égalité de traitement. Le raisonnement quasi tautologique dans lequel se trouve depuis lors enfermée la discrimination positive, dérogation à l'égalité pour servir l'égalité, est une difficulté qui paraît insurmontable et laisse une place trop importante à la subjectivité des juges.

---

<sup>2889</sup> P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 221.

<sup>2890</sup> L. CHARPENTIER, « L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, n° 2, 1996, p. 281.

**Conclusion de la seconde Partie.** *La refondation d'un principe de l'égalité de traitement multidimensionnel.*

**1007.** En prenant comme point de départ ou comme prisme d'analyse l'action positive en droit de l'Union, nous avons tenté de faire vivre la grande diversité des régimes dérogatoires au principe de l'égalité de traitement qui exigent, en tant que tels, une interprétation juridictionnelle stricte de leur portée. Comme la plupart des droits, le droit individuel à l'égalité de traitement, ne saurait être absolu et se heurte à la nécessité d'aménager des dispositifs permettant de prendre en considération des cas particuliers. Nous considérons que l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire la consécration d'un « principe de non-discrimination », représente une première fissure dans une égalité de traitement absolue entre les individus qui reposerait sur une conception universaliste des droits fondamentaux. Certains individus, en raison de leur appartenance à telle ou telle catégorie particulière, pourront revendiquer un droit à ne pas être discriminé, que d'autres n'auront pas dans une situation donnée. Le principe de non-discrimination fait émerger des catégories, entre lesquelles doit s'appliquer une égalité de traitement. En revanche, l'égalité de traitement ne signifie pas le traitement identique de situations jugées différentes. Elle n'a de sens qu'appliquée entre catégories jugées équivalentes et n'a donc nulle vocation à une application universelle.

**1008.** Il est toutefois certain que le nombre de régimes dérogatoires, instaurés au nom d'un objectif concurrent à celui de l'égalité de traitement, ne peut laisser indifférent. Les limites posées par la règle générale à ces régimes dérogatoires, censées être strictes, se heurtent à des considérations propres aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union, comme la répartition des compétences, le respect de la marge d'appréciation ou les restrictions inhérentes au renvoi préjudiciel. Il n'est pas toujours évident de bien cerner où s'arrête la règle générale et où commence la règle dérogatoire.

**1009.** L'action positive est particulièrement frappée de ses ambiguïtés, vu que « sa mise en pratique est encore trop peu développée pour que l'on puisse dégager des points d'accord sur ses limites »<sup>2891</sup>. Le législateur de l'Union a jugé opportun de s'emparer partiellement, dans la limite de son champ de compétence attribué, de la question de la discrimination positive. En pratique, cet outil est bloqué dans son développement, pris entre des aspirations contraires, des exigences contradictoires. L'issue paraît pouvoir être trouvée dans la complémentarité de l'outil

---

<sup>2891</sup> Rapport final présenté par M. Marc BOSSUYT, Rapporteur spécial, « La notion d'action positive et son application pratique », 17 juin 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 114.

et de l'objectif, et non dans l'opposition entre un outil poursuivant un objectif dérogatoire, et la règle de l'égalité de traitement. En gardant en tête que « la mise en œuvre d'actions positives au bénéfice de certains groupes est le plus souvent une réponse à l'impuissance des règles répressives à faire cesser les comportements discriminatoires »<sup>2892</sup>, l'action positive ne devrait plus réveiller de telles crispations et représenter un outil juridique, parmi d'autres, à la poursuite éternelle d'une égalité effective entre les individus. « Elle est le remède triste et brutal qui doit solder l'héritage d'un système résolument pré-moderne : celui d'une société où les chances, mais aussi les droits, sont différenciés en fonction du statut et de la naissance »<sup>2893</sup>. Elle pourrait être l'occasion de refonder un principe de l'égalité de traitement multidimensionnel, s'appuyant sur des outils variés pour concrétiser la valeur fondamentale qu'il traduit dans l'ordre juridique européen.

---

<sup>2892</sup> A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 222.

<sup>2893</sup> G. CALVÈS, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême aux États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, p. 338.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**1010.** Nous avons commencé notre étude par le constat d'une importante polysémie des différentes expressions utilisées pour désigner la pratique de l'action positive. Nous avons alors proposé une définition qui mérite d'être reprécisée, à l'issue de notre travail. Dans le contexte du droit de l'Union européenne, l'action positive désigne un ensemble d'outils pouvant prendre la forme de traitements préférentiels dérogeant au principe de l'égalité de traitement, octroyés à des catégories d'individus définis selon leur sexe, race ou origine ethnique, religion ou convictions, âge, handicap ou orientation sexuelle, afin de prévenir ou compenser les discriminations qu'elles subissent du fait de cette caractéristique. Lorsqu'elle prend la forme d'une « discrimination positive », elle fait l'objet d'un contrôle strict par le juge, principalement du point de vue de sa proportionnalité, avec l'objectif limité d'égalité des chances sur les marchés concurrentiels. Elle n'est pas fondée sur l'absence de comparabilité des situations des individus qui bénéficient du traitement préférentiel par rapport à ceux qui n'en bénéficient pas.

**1011.** Il nous faut à présent conclure notre travail par deux questions qui ne sont pas apparues plus tôt car aucune ne relève de la matière juridique au sens strict<sup>2894</sup>. La première question est celle de l'évaluation de la règle de droit, une entreprise plutôt dévolue aux sociologues et statisticiens, à laquelle il nous sera impossible d'apporter une réponse satisfaisante. Notre but ne pouvait être de démontrer si « les dispositifs de discrimination positive sont nécessaires à la réalisation de l'égalité »<sup>2895</sup> ou non. Passer totalement sous silence la question de l'efficacité de cet outil, sa capacité à atteindre son objectif, paraîtrait nonobstant regrettable dans une telle étude ; nous devons bâtir ici un pont entre les disciplines. L'action positive est-elle une voie efficace pour améliorer les chances des individus qui subissent des discriminations au sein de la société ? La seconde question découle de la première. Elle n'est pas moins déconcertante car elle dépend cette fois du pouvoir politique, celui du législateur qui décide de l'opportunité de mener une action ou d'en finir avec celle-ci. Ici encore, lectrices et lecteurs nous pardonneront de ne proposer que des pistes de réflexion en guise de conclusion, participant modestement à d'immenses travaux réalisés sur cette question. Le temps est-il venu de changer de stratégie ?

---

<sup>2894</sup> La matière juridique peut être définie comme l'étude des règles de droit et de leur interprétation.

<sup>2895</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 182.

**Première question.** *L'action positive est-elle une voie efficace pour parvenir à l'égalité entre les individus ?*

**1012.** On peut se demander si l'action positive, et en particulier la discrimination positive, est une voie qui tient ses promesses de concrétisation de l'égalité entre les individus, par le biais de l'égalisation des conditions de départ. L'on peut se demander ensuite quelles formes d'action positive sont les plus performantes. Faut-il privilégier la représentativité proportionnée, la parité stricte, les quotas modérés de représentation, ou des méthodes d'incitation et de sensibilisation douces ? Dans quels domaines faut-il idéalement agir et à quel moment, en amont de la concurrence, dans l'éducation et la formation professionnelle, ou à la fin du processus, sur le marché, en réservant ou favorisant l'accès à des postes, des biens et services ? Selon certains, les discriminations positives « font face à une problématique singulière, celle de leur éventuelle incapacité à atteindre le but qu'elles se fixent »<sup>2896</sup>. Cette problématique n'est pas réellement singulière, tout outil juridique est ou doit être confronté à la question de son efficacité, même si celle-ci peut se révéler difficile à mesurer avec objectivité. La règle générale de l'égalité de traitement ne devrait pourtant pas être fragilisée sans raison par une règle dérogatoire inefficace.

**1013.** L'évaluation de l'efficacité de l'action positive souffre parfois de la subjectivité de son évaluateur, autant de la part de ses opposants que de ses défenseurs d'ailleurs. Il y a indéniablement un « caractère performatif du discours sur la discrimination positive : son bon fonctionnement dépendra considérablement de l'interprétation qui lui en est donnée »<sup>2897</sup>. On ne saurait donc espérer un « consensus sur l'évaluation des politiques de discrimination positive, en termes de calcul coûts/avantages. Il y a au contraire conflit permanent d'interprétation »<sup>2898</sup>. L'*affirmative action* aux États-Unis a fait l'objet d'une « littérature abondante qui semble montrer que [ces politiques] ont eu les effets attendus, à savoir l'augmentation de l'accès à l'emploi et à l'éducation supérieure des minorités et des femmes »<sup>2899</sup>.

---

<sup>2896</sup> D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2897</sup> D. THARAUD, V. VAN DER PLANCKE, « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », *op. cit.*, p. 181.

<sup>2898</sup> B. VILLENAVE, « La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale*, vol. 3, n° 3, 2006, pp. 39-48.

<sup>2899</sup> D. MAGUAIN, « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 152. Voir par exemple D. HOLZER, D. NEUMARK, « Assessing Affirmative Action », *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n° 3, 2000, pp. 483-568. Voir aussi *New York Times*, « Does Affirmative Action Do What It Should? », 26 mars 2013, en ligne.

**1014.** Une vingtaine de graphiques publiés par le site du New York Times en 2014<sup>2900</sup>, consacrés à l'évolution de la présence des minorités dans plusieurs universités publiques prestigieuses depuis 1990, le montrent par exemple assez nettement. En 1991, la Californie comptait 36 % d'Hispaniques en âge d'entrer à l'université, et cette minorité représentait 23 % des effectifs de l'université de Berkeley. Vingt ans plus tard, la communauté est plus nombreuse en Californie mais l'université ne compte plus que 11 % d'étudiants hispaniques. « Entre les deux dates, un fait : en 1998, l'État a interdit toute discrimination positive dans les procédures d'admission universitaires »<sup>2901</sup>. Par ailleurs, en France, l'analyse des chiffres révèle que les mécanismes d'action positive pour faciliter l'accès aux fonctions électorales a fortement accru la féminisation des conseils municipaux, régionaux, de même que des députés français au Parlement européen<sup>2902</sup>. Il en va de même pour la part des femmes dans les Conseils d'administration des sociétés cotées françaises<sup>2903</sup>. Les mesures fortes, c'est-à-dire les quotas ou places réservées, ont le mérite d'atteindre immédiatement leur but d'amélioration de la représentativité, ce qui ne signifie pas nécessairement que tous les individus de la catégorie avantagée y gagnent de manière équivalente<sup>2904</sup>.

**1015.** Si l'égalité des chances se justifie par une volonté de « prendre les problèmes "à la racine" en considérant les difficultés – économiques, sociales et parfois culturelles – dont certaines populations ne peuvent se défaire d'elles-mêmes »<sup>2905</sup>, l'Union européenne doit interroger l'efficacité des mesures instaurées en son nom. La réalisation par les États membres d'études d'impact des mesures instaurées, selon leurs propres modalités, devrait constituer une exigence découlant du droit de l'Union. Ces études complètes permettraient peut-être de limiter les attaques constantes dont la pratique de la discrimination positive fait l'objet dans certains États. Seul un travail d'évaluation permettrait de savoir si l'égalité des chances représente un objectif suffisant, ou si, *in fine*, « les causes fondamentales de l'inégalité ne sont [...] pas

---

<sup>2900</sup> *New York Times*, « How Minorities Have Fared in States With Affirmative Action Bans », 28 avril 2014, en ligne.

<sup>2901</sup> *Ibid.*

<sup>2902</sup> Part des femmes dans :

- les conseils municipaux dans les communes de plus de 3500 habitants : 40,3 %

- les conseils régionaux : 47,8 %

- au Parlement européen, parmi l'ensemble des députés français : 43,2 %.

Voir Ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Chiffres-clés*, édition 2016, p. 8.

<sup>2903</sup> Voir § 457 de notre travail.

<sup>2904</sup> Il est souvent reproché aux mécanismes de discrimination positive pour les femmes en France de ne profiter qu'aux femmes issues des classes sociales aisées et à fort capital culturel, ne permettant qu'une diversité « de façade ».

<sup>2905</sup> O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 37.

touchées »<sup>2906</sup>. Il pourrait mettre en évidence soit que l’outil juridique n’est pas la voie efficace pour combattre les inégalités sociales et discriminations, qu’il peut même parfois les cristalliser<sup>2907</sup>, soit qu’il faut au contraire aller plus loin dans le droit de l’Union à venir, en s’inspirant du droit international des droits de l’Homme par exemple. « C’est l’évaluation empirique des réalités sociales et politiques qui conduit à voir en [la discrimination positive] un grand remède appelé par de grands maux, ou à redouter que le remède, *in fine*, s’avère pire que le mal »<sup>2908</sup>. La seconde réponse ne peut être apportée qu’au niveau politique et législatif, et reposer sur cette analyse approfondie des sociétés européennes.

**Seconde question.** *Le temps est-il venu de « changer de stratégie »*<sup>2909</sup> ?

**1016.** Face à l’ampleur du phénomène dérogatoire qui touche le principe de l’égalité de traitement, la multiplicité des régimes spécifiques qui visent à écarter son application pour diverses raisons et de manières variées, l’on peut se demander ce qu’il reste de ce principe. Même contrôlées strictement, les dérogations perturbent la norme et réduisent son champ d’action<sup>2910</sup>. Même restreint, le concept d’égalité des chances représente un idéal concurrent à l’égalité de traitement qui pourrait laisser imaginer de renoncer à celui-ci.

**1017.** Le principe de l’égalité de traitement dans l’ordre juridique de l’Union, au lieu de fonctionner par dérogation, ne devrait-il pas reprendre son fonctionnement par assimilation ou absorption ? Par le passé, il fut capable d’assimiler l’impératif de différenciation juridique des

---

<sup>2906</sup> Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d’égalité des chances », in G. KOUBI, G. J. GUGLIELMI (dir.), *L’égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 121.

<sup>2907</sup> C’est le sens des travaux de REGINE, montrer que le droit n’est pas neutre dans le maintien et la production des inégalités entre les sexes, et de la critique féministe du droit en général. Voir les travaux d’Hilary CHARLESWORTH et d’autres en droit international : H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: a Feminist Critic*, Manchester, Juris Pub. Manchester University Press, 2000, 414 p. ; H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, 351 p. ; H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 613.

<sup>2908</sup> G. CALVÈS, « Avant-propos », in *Les politiques de discrimination positive, Problèmes économiques et sociaux*, n° 822, juin 1999, p. 4.

<sup>2909</sup> Dans un article virulent et un peu provocateur ainsi intitulé, Béatrice MAJNONI D’INTIGNANO, à propos de la parité comme objectif politique, s’interroge sur « le rôle que voudront jouer les Françaises au XXI<sup>e</sup> siècle » et elle conclut qu’« il semble aujourd’hui que les Françaises n’aient plus aucune légitimité, ni aucune chance de succès, à revendiquer des mesures discriminatoires et protectrices, à relancer un combat de minorité », in « Changer de stratégie ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, pp. 105-114.

<sup>2910</sup> Même si l’on peut se demander : « L’opprobre qui pèse sur les exceptions est-il justifié ? N’est-il pas la peur de ceux qui sont non du côté des exceptions, des privilèges, des exonérations, mais de tout le reste, c’est-à-dire du droit commun, de l’habituel, de l’ordinaire ? » in A. VIDAL-NAQUET, « Propos introductifs : de l’exception à la règle ou quand l’exception devient la règle », in A. VIDAL-NAQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 17.



situations incomparables. Il absorba en lui-même le principe de non-discrimination ou plutôt la nécessité de lutter contre les discriminations fondées sur certains motifs. Pourquoi l'égalité de traitement n'intégrerait-elle pas à présent l'égalité des chances et les outils censés la mettre en œuvre ? Le droit international des droits de l'Homme tel qu'il est issu des Conventions spécialisées de l'ONU, contre les discriminations à l'égard des femmes, contre les discriminations raciales et relative aux droits des personnes handicapées, représente une inspiration possible pour le législateur de l'Union. Changer de stratégie pourrait donc signifier, non pas abandonner la voie des actions positives, mais bien les aborder différemment et modifier substantiellement leur rapport au principe de l'égalité de traitement.

**1018.** Un tel changement de stratégie n'annihile pas le reproche fondamental de l'inadaptation de l'outil juridique pour instaurer l'égalité. Dans l'affaire dite « *PICS* » de la Cour Suprême des États-Unis<sup>2911</sup>, le juge Roberts terminait son opinion séparée par ces mots légèrement provocateurs : « pour arrêter la discrimination fondée sur la race, il faut cesser de discriminer sur le fondement de la race »<sup>2912</sup>. Ces mots rappelaient fortement l'opinion dissidente du juge Clarence Thomas dans l'affaire *Barbara Grutter v. Bollinger*. Le juge avait lancé une réflexion de fond sur le sens de la méritocratie : « le cri de ralliement selon lequel en l'absence de discrimination raciale, une vraie méritocratie pourrait advenir, ignore le fait que le processus entier est pollué par de nombreuses exceptions au "mérite" »<sup>2913</sup>. Il déplorait que la majorité des juges ne soit toujours pas convaincue que les classifications raciales sont mauvaises en soi et qu'aucun bénéfice pour celui qui en profite ne suffit à les justifier<sup>2914</sup>. La critique nous paraît intéressante car l'argument méritocratique n'est pas utilisé, comme c'est souvent le cas, par opposition à la discrimination positive injuste<sup>2915</sup>. Au contraire, le juge

---

<sup>2911</sup> Cour Suprême des États-Unis, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School district no. 1 et al.*, 551 U.S. 701 (2007).

<sup>2912</sup> Opinion of Chief Justice ROBERTS, 28 juin 2007. <https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-908.ZO.html>  
« For schools that never segregated on the basis of race, such as Seattle, or that have removed the vestiges of past segregation, such as Jefferson County, the way “to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis,” Brown II, 349 U. S., at 300–301, is to stop assigning students on a racial basis ».  
Librement traduit.

<sup>2913</sup> Librement traduit de l'anglais : « The rallying cry that in the absence of racial discrimination in admissions there would be a true meritocracy ignores the fact that the entire process is poisoned by numerous exceptions to “merit” ».

<sup>2914</sup> Opinion de Justice Clarence THOMAS in Cour Suprême des États-Unis, *Barbara Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Librement traduit.

<sup>2915</sup> Voir par exemple G. CALVÈS, *L’Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, *op. cit.*, pp. 85-86. L'auteure explique que « le thème méritocratique se prête très aisément à l'instrumentalisation politique [...] il permet d'opposer les « assistés » à ceux qui ne doivent leur réussite qu'à leur travail et leur ténacité. [...] Il est tentant pour les partisans de l'*affirmative action* de se replier sur une ligne de défense où l'argument principal consiste à dénoncer les fonctions idéologiques du thème méritocratique : pourquoi celui-ci ne prend-il son essor qu'au moment où il est "menacé" par les minorités

Thomas attaque frontalement l'idée même de méritocratie, dysfonctionnelle tant que les examens prévus pour entrer dans les lieux d'enseignement les plus prestigieux empêchent majoritairement l'accès aux Noirs. C'est le « mythe » méritocratique qu'il faut interroger et l'*affirmative action* raciale ne ferait que masquer la véritable question : pourquoi, dans la société américaine, les Afro-américains échouent davantage à ces examens que les Blancs ? Pourquoi dans les sociétés européennes les femmes ne parviennent pas aux mêmes niveaux de postes que les hommes ? Pourquoi travaillent-elles davantage à temps partiel<sup>2916</sup> ? Pourquoi certains continuent-ils de subir des discriminations, d'être exclus, d'être négativement perçus, indépendamment de leurs mérites ? La réponse n'est certainement pas juridique, mais cela ne signifie pas que le droit ne doive pas s'efforcer d'accompagner autant que possible l'éternelle réflexion sur les inégalités qui agite les sociétés démocratiques.

**1019.** « La discrimination est ancienne, profondément ancrée dans les structures sociales, politiques et mentales, il est illusoire de vouloir laisser du temps au temps : les mécanismes d'exclusion sont perçus comme naturels, l'inégalité est dans l'ordre des choses ; le *statu quo*, dès lors, est voué à se perpétuer indéfiniment »<sup>2917</sup>. La peur de l'action et de ses imperfections ne devrait sans doute pas masquer les risques de l'inaction en matière d'égalité. Il serait à la fois plus cohérent et sans doute plus efficace, pour les acteurs chargés de mettre en œuvre le droit de l'Union, que le législateur fasse une vraie place à l'action positive, à l'égalité des chances et à la pleine égalité dans la pratique. Le récent « socle européen des droits sociaux », approuvé par les institutions et proclamé le 17 novembre 2017 par le Président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker<sup>2918</sup>, ne saurait suffire à relancer une « Europe sociale »<sup>2919</sup> qui subit les effets de la crise économique et financière<sup>2920</sup>. Bien que son premier

---

et les femmes ? Les normes méritocratiques étaient-elles respectées lorsque, sur les 400 professeurs d'Harvard, aucun n'était une femme ? ».

<sup>2916</sup> Selon les données de l'OCDE, en Allemagne en 2016, les femmes représentent 77,9 % de l'emploi à temps partiel, en Italie 73,6 %, en France 74,7 %.

<sup>2917</sup> G. CALVÈS, « La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives : faut-il réviser la Constitution ? », in *Questions sensibles*, Paris, PUF, p. 229.

<sup>2918</sup> Disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_fr](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_fr)

<sup>2919</sup> Le concept même reste discuté en doctrine. Dans l'ouvrage dirigé par S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT et P. RODIÈRE, *Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, 2018, Sophie ROBIN-OLIVIER écrit que « les droits sociaux sont profondément enracinés dans le droit de l'Union européenne » (p. 77) quand Diane ROMAN affirme que « "L'Europe sociale" relève plus d'une mythologie politique, non dénuée de nostalgie, que d'une réalité juridique » (p. 93).

<sup>2920</sup> Marie-Ange MOREAU écrit que les propositions relatives au Socle européen sont regardées avec « méfiance car elles n'écartent pas les orientations de flexibilité du marché du travail prônées par la Commission [...] : la logique ordo-libérale de l'économie sociale de marché y est centrale », in « Regards croisés sur l'exercice des compétences sociales dans l'Union européenne », in S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT, P. RODIÈRE (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale, op. cit.*, p. 46.

chapitre soit consacré à « l'égalité des chance et l'accès au marché du travail »<sup>2921</sup> et qu'il soit déjà abondamment cité dans d'autres textes adoptés<sup>2922</sup>, il est dépourvu de portée contraignante. Nous pouvons douter qu'une telle « proclamation » constitue la voie pour endiguer l'euro-scepticisme qui gagne les discours politiques nationaux.

**1020.** Si le droit n'est peut-être plus le moteur de la construction européenne<sup>2923</sup>, seules la réaffirmation et la réinvention profondes de ses valeurs<sup>2924</sup> permettront sa relance. L'égalité entre les individus, garante de leur émancipation, est l'une de ces valeurs primordiales, d'où la nécessité de consolider les outils qui doivent concourir sa réalisation. Elle est l'un des ciments « qui fait de nos sociétés la réunion d'individus partageant des racines et des aspirations communes »<sup>2925</sup>. « Si la démocratie ce n'est pas le pouvoir des plus forts, ce n'est pas non plus seulement l'expression de la volonté de la majorité. La démocratie, c'est aussi le respect des minorités »<sup>2926</sup>.

---

<sup>2921</sup> Il contient vingt principes en tout, les deux autres chapitres sont intitulés « conditions de travail équitables » et « protection sociale et inclusion sociale ».

<sup>2922</sup> Voir par exemple la Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant le programme InvestEU, 28 août 2018, COM/2018/439 final/2 ; Décision (UE) 2018/1215 du Conseil du 16 juillet 2018 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.

<sup>2923</sup> E. SABATAKAKIS, « La mise en sommeil de l'Europe sociale », *Rev. UE*, 2011, p. 506 : « La vieille conception qui veut que l'Union se construise traditionnellement par le droit a évolué. Cette évolution se traduit par la mise en place de stratégies visant à "européaniser" les politiques sociales et de l'emploi des États membres ».

<sup>2924</sup> J.-P. JACQUÉ, « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTDE*, 2016, p. 213 ; S. TORCOL, « Le droit constitutionnel européen peut-il endiguer la crise des valeurs de l'Union ? », *Rev. UE*, 2017, p. 388.

<sup>2925</sup> B. MATHIEU, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 453.

<sup>2926</sup> M. MINÉ, C. COSTE, « Doit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002, p. 107.

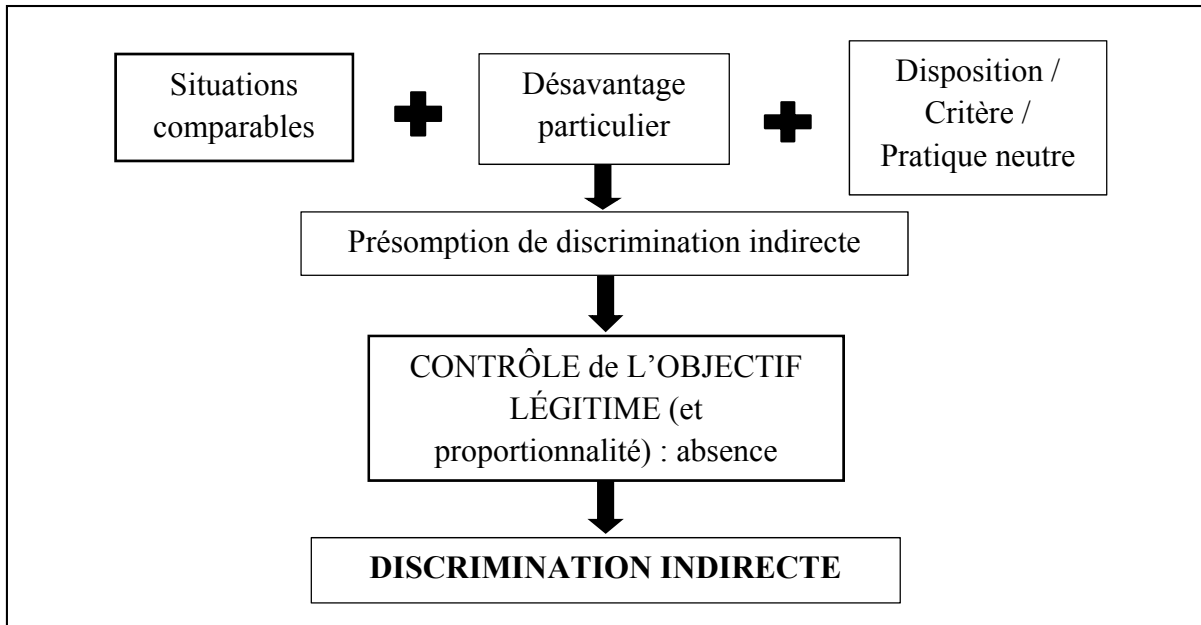
Cette formule n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour qui, « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement », CEDH, 11 janvier 2006, *Rasmussen c. Danemark*, n° 52562/99 et 52620/99.



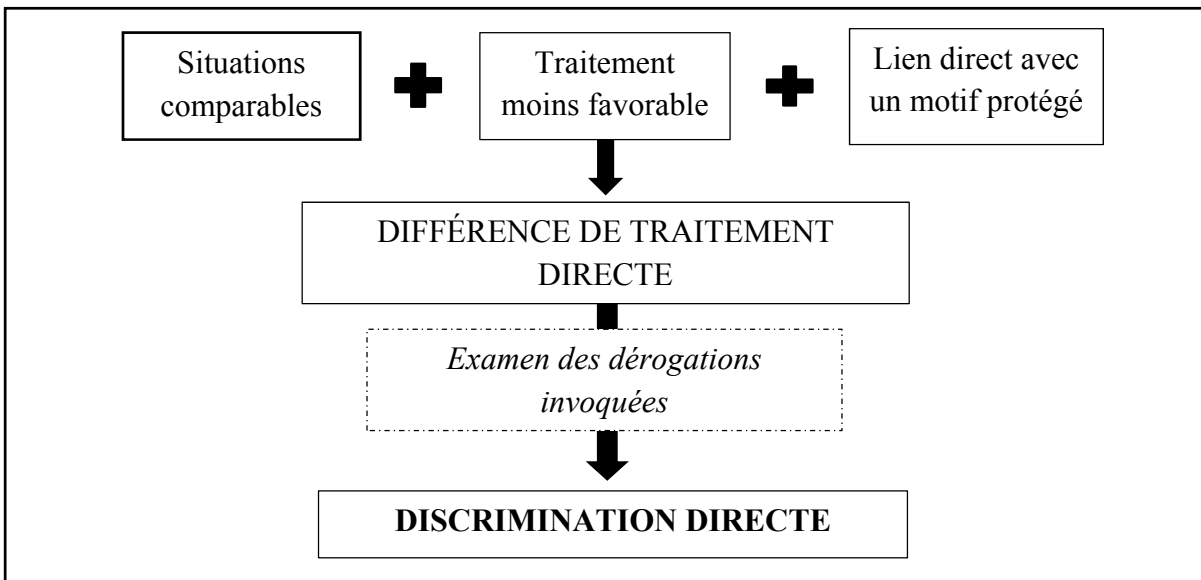
## ANNEXES

### Annexe 1. Schémas explicatifs présentés dans le développement.

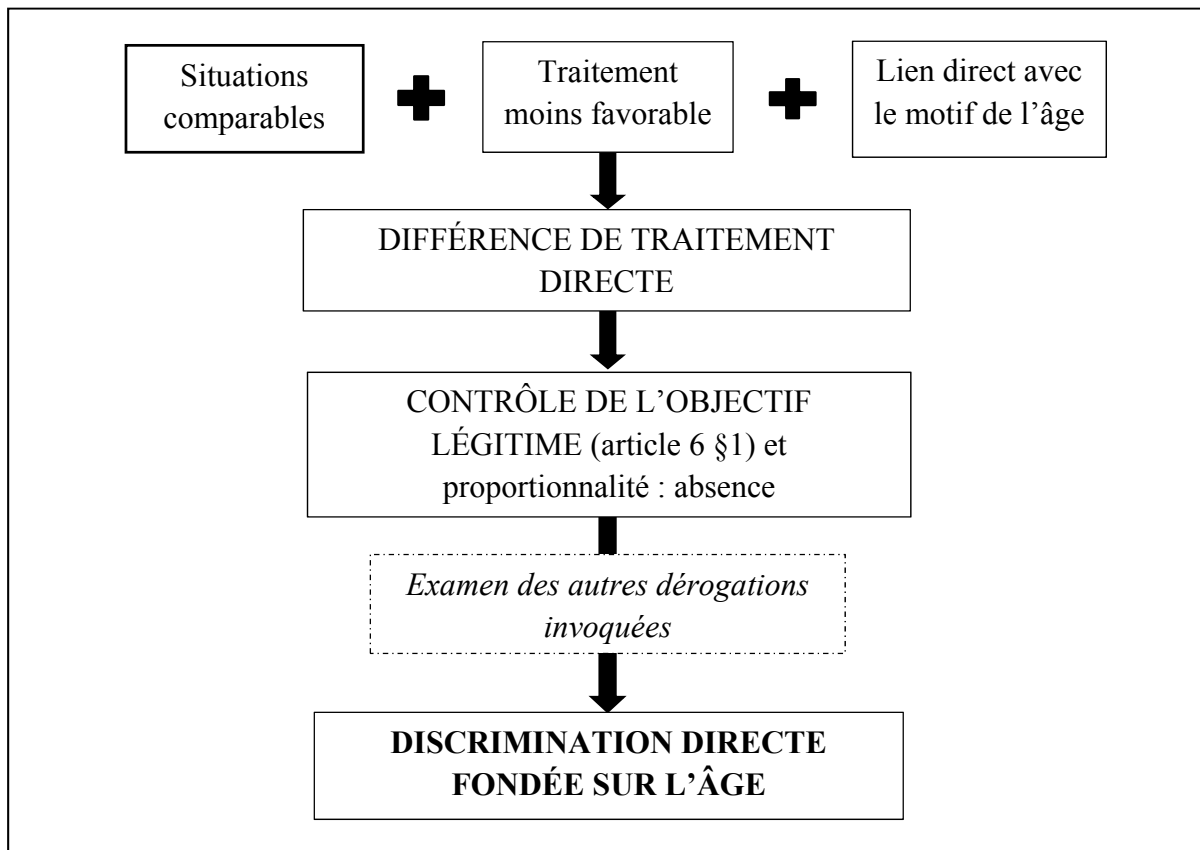
#### Schéma explicatif n° 1. La qualification de la discrimination indirecte.



#### Schéma explicatif n° 2. La qualification de la discrimination directe (en dehors de l'âge).



**Schéma explicatif n° 3.** La qualification de la discrimination directe fondée sur l'âge.



Annexe 2. Premier tableau récapitulatif. Les différences de traitement compatibles avec l'interdiction de discriminer

Différences de traitement	Base(s) juridique(s)	Motif(s)	Champ d'application matériel	Rapport avec le principe de l'égalité de traitement	Justification(s)	Contrôle(s)
« Discriminations » indirectes justifiées	Article 2 §2 b) des directives 2000/78, 2000/43, 2006/54 ; article 2 b) de la directive 2004/113	Tous les motifs	Pour tous les motifs : Emploi et travail En plus pour les motifs de la race ou l'origine ethnique et du sexe : l'accès aux biens et aux services En plus pour le motif de la race ou origine ethnique : l'éducation	Déroatoire	Objectif légitime	Contrôle de l'objectif et contrôle de la proportionnalité
Mesures nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui	Article 2 §5 de la directive 2000/78	Handicap, âge, orientation sexuelle, religion ou convictions	Emploi et travail	Déroatoire	Objectifs légitimes déterminés	Contrôle de l'objectif et contrôle de proportionnalité
Différences de traitement fondées sur l'âge	Article 6 §1 de la directive 2000/78	Âge	Emploi et travail	Déroatoire	Objectif légitime, notamment des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle	Contrôle de l'objectif et contrôle de proportionnalité

<b>Différences de traitements fondées sur l'âge et le handicap</b>	Article 3 §4 de la directive 2000/78	Âge et handicap	Emploi et travail dans les forces armées	Exclusion	—	Contrôle du champ d'application matériel
<b>Exigence professionnelle essentielle et déterminante</b>	Article 4 §1 de la directive 2000/78, article 4 de la directive 2000/43 ; article 14 §2 de la directive 2006/54	Tous les motifs	Emploi et travail	Dérogatoire « en apparence »	Absence de comparabilité réelle des situations, et à titre secondaire, objectif poursuivi légitime	Existence d'une « caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante » Contrôle de l'objectif Contrôle de la proportionnalité
<b>Aménagements raisonnables</b>	Article 5 de la directive 2000/78 Articles 5, 6 et 7 de la directive 92/85	Handicap Grossesse et maternité	Emploi et travail	Non-dérogatoire	Absence de comparabilité ; Obligation de traiter différemment des situations différentes	Caractère raisonnable ou approprié de l'aménagement
<b>Action positive</b>	Article 157 §4 du TFUE Article 23 §2 de la Charte Article 7 §1 et 2 de la directive 2000/78 Article 5 de la directive 2000/43 Article 6 de la directive 2004/113 Article 3 de la directive 2006/54 Article 5 de la directive 2010/41	Tous les motifs	Pour le motif du sexe : emploi et travail / accès aux biens et services / Potentiellement tous les domaines avec la Charte. Pour le motif de la race ou l'origine ethnique : emploi et travail / accès aux biens et services/ éducation Pour les autres motifs : emploi et travail.	Partiellement dérogatoire	Objectif légitime d'égalité des chances ou de « pleine égalité »	Contrôle de l'objectif et contrôle de proportionnalité



Annexe 3. Second tableau récapitulatif. La jurisprudence relative à l'action positive.

Arrêts	Mesure(s) nationale(s) en cause	Base juridique	Objectif	Proportionnalité
<p><b>CJCE, 25 octobre 1988, <i>Commission /France</i>, C-312/86</b></p>	<p>Loi française n° 83-635 du 13 juillet 1983 autorisant les conventions collectives à accorder des « droits particuliers » aux femmes, consistant en l'allongement des congés de maternité, la réduction du temps de travail, l'avancement de l'âge de la retraite, l'obtention de congés pour enfant malade, pour la fête des mères, la rentrée scolaire, et autres avantages.</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207 [La généralité des termes utilisés par la législation française exclut l'application l'article 2 §3 de la même directive]</p>	<p>« Aucun élément du dossier ne permet de conclure que le maintien général des droits particuliers des femmes dans les conventions collectives puisse correspondre » à l'article 2 §4.  <b>Absence d'objectif légitime.</b></p>	<p><i>Pas de contrôle</i></p>
<p><b>CJCE, 17 octobre 1995, <i>Kalanke</i>, C-450/93</b></p>	<p>Loi du 20 novembre 1990 du Land de Brême (Allemagne) qui prévoit que les femmes sont recrutés en priorité, à qualifications égales, dans la fonction publique quand elles sont sous-représentées. En outre, priorité lors de l'affectation à un emploi à un grade plus élevé et dans la promotion.</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207</p>	<p>La mesure a pour « but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes ».  <b>Objectif légitime.</b></p>	<p>La réglementation nationale garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes, va « au-delà d'une promotion de l'égalité des chances », et substitue à l'égalité des chances « le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir ».  <b>Absence de proportionnalité.</b></p>

<p><b>CJCE, 11 novembre 1997, Marschall, C-409/95</b></p>	<p>Statut des fonctionnaires du 1<sup>er</sup> mai 1981 du Land Nordrhein-Westfalen qui prévoit que les femmes sont promues en priorité, à égalité d'aptitude, aux niveaux de postes où elles sont sous-représentées, « à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur ».</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207</p>	<p>La mesure « vise à neutraliser la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent les candidats féminins par rapport à leurs concurrents masculins », à « vise à faire contreponds aux critères traditionnels de promotion sans toutefois les supplanter ». « les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p>La réglementation « comporte une clause d'ouverture » et permet « dans chaque cas individuel » une « appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats ».</p> <p><b>Proportionnalité.</b></p>
---	---	--	---	--

<p><b>CJCE, 28 mars 2000, Badeck, C-158/97</b></p>	<p>Loi du Land de Hesse du 21 décembre 1993, autorise l'adoption de plan de promotion dans la fonction publique en faveur des femmes. Sont prévus des « objectifs contraignants relatifs au pourcentage de femmes dans les postes ouverts au recrutement ou à la promotion visant à augmenter la proportion de femmes dans les secteurs où celles-ci sont sous-représentées », obligation de considérer pour moitié des candidatures de femmes lors de l'attribution de places en formation, entretiens d'embauche.</p>	<p>Articles 2 §4 de la directive 76/207 et 141 §4 TCE.</p>	<p>Mesures qui « visent manifestement à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p>Diverses mesures dont un « quota de résultat flexible », qui ne contredit pas une procédure de sélection des candidats opérée d'abord par l'appréciation de l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles (qualification) des candidats. Pas de mesure « absolue et inconditionnelle » ou qui implique « la poursuite d'un résultat définitif ».</p> <p><b>Proportionnalité de l'ensemble de la réglementation.</b></p>
<p><b>CJCE, 6 juillet 2000, Abrahamsson et Anderson, C-407/98</b></p>	<p>Règlement suédois sur l'enseignement supérieur du 1<sup>er</sup> janvier 1999 qui autorise que soit choisi en priorité un candidat du sexe sous-représenté, s'il a des « qualifications suffisantes » et « pour autant que la différence entre les qualifications respectives ne</p>	<p>Articles 2 §4 de la directive 76/207 et 141 §4 TCE.</p>	<p>« Il ne ressort pas de la réglementation suédoise applicable que l'appréciation de la qualification des candidats au regard des impératifs du poste vacant est fondée sur des critères clairs et certains de nature à prévenir ou à compenser des désavantages dans la</p>	<p>La mesure « accorde de manière automatique la priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté ». « La portée de cette condition ne peut pas être déterminée de façon précise, de sorte que la sélection d'un candidat, parmi ceux ayant les qualifications suffisantes, repose, en dernier lieu, sur sa seule appartenance au sexe</p>

	<p>soit pas d'une importance telle que l'application de la règle serait contraire à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement ».</p>		<p>carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté ».</p> <p><b>Absence / Manque de clarté de l'objectif</b></p>	<p>sous-représenté, et ce même si les mérites du candidat ainsi choisis sont inférieurs à ceux d'un candidat du sexe opposé ».</p> <p><b>Absence de proportionnalité.</b></p>
<p><b>CJCE, 7 décembre 2000, Schnorbus, C-79/99</b></p>	<p>Règlement sur la formation des juristes du Land de Hesse du 8 août 1994, accordait une priorité lors de la sélection en stage juridique préparatoire aux personnes ayant accompli le service obligatoire. Seuls les hommes étaient concernés par l'accomplissement d'un tel service. En conséquence, discrimination indirecte présumée à l'encontre des femmes.</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207.</p>	<p>La priorité « repose sur la prise en considération du retard pris dans le déroulement de leurs études par les candidats qui ont été soumis à l'obligation de service militaire ou civil, présente un caractère objectif et est inspirée par le seul souci de contribuer à compenser les effets de ce retard ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p>« L'avantage conféré aux intéressés, dont la priorité ne peut jouer au détriment des autres candidats que pendant douze mois au maximum, n'apparaît pas disproportionné, dans la mesure où le retard qu'ils ont subi en raison des activités citées est au moins égal à cette durée ».</p> <p><b>Proportionnalité.</b></p>
<p><b>CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar, C-366/99</b></p>	<p>Code des pensions civiles et militaires de retraite, résultant de la loi du 26 septembre 1964, qui accorde une bonification aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants.</p>	<p>Article 6 §3 de l'accord sur la politique sociale</p>	<p>La mesure n'est pas « de nature à compenser les désavantages [...] Au contraire, elle se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification [...] sans porter remède aux</p>	<p><i>Pas de contrôle.</i></p>

			<p>problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle ».</p> <p><b>Absence d'objectif légitime.</b></p>	
<p><b>CJCE, 19 mars 2002, Lommers, C-476/99</b></p>	<p>Circulaire du 15 novembre 1993 du Ministère de l'agriculture néerlandais prévoyant que « les services de garde d'enfants sont, en principe, réservés exclusivement aux collaboratrices du ministère, sous réserve de cas d'urgence, qui relèvent de l'appréciation du directeur ».</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207.</p>	<p>« Volonté du ministère de combattre une situation de sous-représentation des fonctionnaires féminins en son sein » ; constat que « les femmes renoncent plus souvent que les hommes à exercer ou à continuer d'exercer une profession pour des motifs liés à la garde de leurs enfants » ; « insuffisance avérée de structures d'accueil [...] de nature à jouer un rôle déterminant dans la renonciation des femmes à leur emploi ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p>La mesure réserve aux femmes « le bénéfice de certaines conditions de travail destinées à faciliter la poursuite et la progression de leur carrière professionnelle ».</p> <p>Le nombre de places disponibles est limité et « des listes d'attente existent pour les fonctionnaires féminins », elles ne sont « aucunement assurés de pouvoir obtenir une telle place ».</p> <p>Les hommes ne sont pas privés « de tout accès à des places de garde pour leurs enfants, celles-ci demeurant, pour l'essentiel, accessibles sur le marché des services correspondant » et il existe une possibilité d'appréciation en cas d'urgence.</p> <p><b>Proportionnalité.</b></p>

<p><b>CJCE, 30 septembre 2004, <i>Briheche</i>, C-319/03</b></p>	<p>Décret français du 1<sup>er</sup> août 1990, relatif aux dispositions statutaires communes applicables aux corps d'adjoints administratifs des administrations de l'État, qui limite l'âge de recrutement par concours externe à 45 ans. Mais cette limite n'est pas opposable « aux femmes qui se trouvent dans l'obligation de travailler après la mort de leur mari ».</p>	<p>Articles 2 §4 de la directive 76/207 et 141 §4 TCE.</p>	<p>Il s'agit de « limiter les inégalités de fait constatées entre les hommes et les femmes, notamment à cause du fait que les femmes assument l'essentiel du travail domestique, surtout lorsque la famille comporte des enfants, et en vue de faciliter l'insertion des femmes au travail ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p>Règlementation qui accorde une « priorité absolue et inconditionnelle », à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation.</p> <p><b>Absence de proportionnalité.</b></p>
<p><b>CJUE, 30 septembre 2010, <i>Roca Alvarez</i>, C-104/09</b></p>	<p>Le statut des travailleurs espagnol fixé le 24 mars 1995 accorde aux travailleuses le droit « à une heure d'absence du travail, qu'elles peuvent diviser en deux fractions, au titre de l'allaitement d'un enfant de moins de neuf mois. À cette même fin, la femme peut décider de remplacer ce droit par une réduction de sa journée de travail d'une demi-heure. Ce congé peut être pris indifféremment par la mère ou par le père dans le cas où les deux travaillent ».</p>	<p>Article 2 §4 de la directive 76/207.</p> <p>[L'évolution de la réglementation a détaché ce congé de la finalité de faciliter l'allaitement naturel par la mère. Ce congé est accordé aux travailleurs en leur qualité de parents de l'enfant. L'article 2 §3 ne s'applique pas]</p>	<p>La mesure peut avoir pour effet de favoriser les mères, mais, elle est « plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes [dans leur fonction parentale] ».</p> <p><b>Absence d'objectif légitime.</b></p>	<p><i>Pas de contrôle.</i></p>

<p><b>CJUE, 9 mars 2017, Milkova, C-406/15</b></p>	<p>Le code du travail bulgare du 1<sup>er</sup> janvier 1987 prévoit qu'un employeur ne peut procéder à un licenciement qu'après avoir obtenu l'autorisation préalable de l'inspection du travail » d'un salarié handicapé. La loi sur la fonction publique ne contient pas de disposition analogue pour les fonctionnaires handicapés.</p>	<p>Article 7 §2 de la directive 2000/78</p>	<p>La mesure du code du travail vise « effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait affectant les personnes handicapées, pouvant exister dans leur vie sociale et, en particulier, dans leur vie professionnelle, ainsi qu'à parvenir à une égalité substantielle, et non formelle, en réduisant ces inégalités ».</p> <p><b>Objectif légitime.</b></p>	<p><i>Pas de contrôle.</i></p>
--	---	---	---	--------------------------------





# BIBLIOGRAPHIE

## Sommaire de la bibliographie thématique et commentée

### **I. Approches générales des notions théoriques utiles**

- A) L'« Europe sociale » et les droits fondamentaux
- B) La justice sociale et l'équité
- C) Le « droit à la différence » et les minorités

### **II. Le phénomène dérogatoire en droit**

- A) Analyses générales sur le phénomène dérogatoire
- B) Analyses générales sur l'action positive et notions proches

### **III. Le principe général de l'égalité de traitement**

- A) Généralités sur l'égalité et la non-discrimination
- B) Les motifs de discrimination
- C) Analyses en droit de l'Union européenne
  - 1- Sur le principe de l'égalité de traitement et la non-discrimination
  - 2- Sur un ou plusieurs motifs

### **IV. Les régimes spécifiques et dérogatoires en droit de l'Union européenne**

- A) L'action positive
- B) Les autres régimes spécifiques et dérogatoires
- C) Les outils de contrôle juridictionnel

### **V. Droit international et droit comparé**

- A) Droit international
  - 1- L'Organisation des Nations-Unies
  - 2- Le Conseil de l'Europe
- B) Droit comparé
  - 1- Les États européens
  - 2- Les États-Unis

*N. B.* : Les numéros dans les commentaires renvoient aux références citées à la suite. Nos commentaires ne prétendent pas à l'exhaustivité, ni par rapport aux références sélectionnées dans la présente bibliographie, ni par rapport à celles que nous sollicitons dans notre étude. Des références non-mentionnées ici peuvent être par ailleurs abondamment commentées dans nos développements. Nous cherchons avant tout à guider le lecteur dans son approche des références mobilisées et dans l'organisation des thèmes.

## **I. Approches générales des notions théoriques utiles**

### **A) L'« Europe sociale » et les droits fondamentaux**

#### **1- L'« Europe sociale »**

La compréhension de l'« Europe sociale » impose d'abord des références doctrinales générales sur l'ordre juridique de l'Union européenne, comme les travaux de M. DELMAS-MARTY **(1) (10)** sur la notion de pluralisme ordonné, ou l'étude dirigée par L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN **(2)** sur les sources de l'autorité de l'Union. Dans le même ordre d'idée, la publication récemment codirigée par A. BOUVERESSE et D. RITLENG **(4)** interroge de manière stimulante l'effectivité du droit de l'Union. Les ouvrages de commentaire des Traités sont des sources inépuisables de compréhension de cet ordre juridique spécifique (I. PINGEL et P. PESCATORE **(7)** ; V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER et D. SIMON **(6)**). Le manuel de S. ROBIN-OLIVIER **(8)** constitue ensuite l'entrée en matière idéale dans le droit social de l'Union. Il permet de saisir autant l'histoire que les contours de l'Europe sociale, dans une approche globale mais néanmoins détaillée et subtile ; l'ouvrage de J. SHAW **(9)** peut amener la même remarque. L'ouvrage dirigé par S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT et P. RODIÈRE **(3)** propose une réflexion sur les frontières de cette Europe sociale en crise ou en quête de légitimité. Sont abordées les questions de la compétence de l'Union dans ce domaine, autant que du contenu des droits sociaux protégés. Des articles comme celui de E. SABATAKAKIS **(11)** contribuent à guider la réflexion sur cette crise.

Étant donné que l'Union européenne a ratifié la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU, la problématique des liens entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'Union est particulièrement importante pour nous. L'ouvrage codirigé par L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT *et al.* en 2012 **(5)** sur cette question contient des analyses variées de cette problématique. Les articles de S. LA ROZA, « Les normes sociales internationales et européennes : les interactions en quête de modèle » et de L. BURGORGUE-LARSEN sur « les interactions normatives en matière de droits fondamentaux », nous ont particulièrement intéressés.

*Essai*

DELMAS-MARTY M.,

*Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p. **(1)**

## Ouvrages spécialisés

- AZOULAI L., BURGORGUE-LARSEN L. (dir.),  
*L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 274 p. **(2)**
- BARBOU des PLACES S., PATAUT E., RODIÈRE P. (dir.)  
*Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, 2018, 282 p. **(3)**
- BLUMANN C., DUBOUIS L.,  
*Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013, 863 p.
- BOURRINET J., NAZET-ALLOUCHE D.,  
*Union européenne et protection sociale*, Paris, La documentation française, 2002, 207 p.
- BOUVERESSE A., RITLENG D. (dir.),  
*L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 253 p. **(4)**
- BRUNESSEN B. (dir.),  
*Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 442 p.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.),  
*Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article, Partie II*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p.
- BURGORGUE-LARSEN L., DUBOUT E., MAITROT DE LA MOTTE A., *et al.* (dir.),  
*Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, 380 p. **(5)**
- CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D. (dir.),  
*Traités d'Amsterdam et de Nice, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2007, 1024 p. **(6)**
- DUTHEIL LA ROCHÈRE J., AUBY J.-B. (dir.),  
*Traité de droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 1358 p.
- MARTIN D., MORSA M., GOSSERIES P.,  
*Droit du travail européen. Questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2015, 878 p.
- NEFRAMI E., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.),  
*Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 438 p.
- OBERDORFF H. (dir.),  
*L'eupéanisation des politiques publiques*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2008, 134 p.
- PINGEL I., PESCATORE P.,  
*Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Bâle Paris Bruxelles, Helbing Lichtenhahn Dalloz Bruylant, 2010, 2236 p. **(7)**
- PRIETO C., D. BOSCO,  
*Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1520 p.
- ROBIN-OLIVIER S.,  
*Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 657 p. **(8)**
- SHAW J. (dir.),  
*Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 352 p. **(9)**

## Articles

- BLUMANN C.,  
« Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le Traité de Maastricht », *Rev. Aff. Eur.*, n° 2, 2012, p. 237.
- COUTRON L.,  
« Invocabilité des directives et limites de la méthode combinatoire », *RTDE*, 2014, p. 904.

CRUZON S.,

« Fundamental Rights and the Internal Market », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109-129.

DEL SOL M.,

« Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, 2014, p. 627.

DELMAS-MARTY M.,

« L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC*, 2016, pp. 447-454. **(10)**

DUBOS O.,

« La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G*, 2006, pp. 1295-1297.

HERVOUËT F.,

« La directive : Janus juridique parfait ou imparfait ? », *Rev. UE*, 2011, p. 291.

PATAUT E.,

« Tours et détours de l'Europe sociale », *RTDE*, 2018, p. 9.

PLATON S.,

« L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière », *Rev. UE*, 2015, p. 33.

SABATAKAKIS E.,

« La mise en sommeil de l'Europe sociale », *Rev. UE*, 2011, p. 506 **(11)**

## 2- Les droits fondamentaux

L'égalité et la non-discrimination font partie des droits inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sont ainsi à noter les commentaires de référence de la Charte, celui de F. PICOD et S. Van DROOGHENBROECK **(5)** et de G. BRAIBANT **(1)**, et en anglais, celui de S. PEERS et A. WARD **(4)** ; ainsi que des articles de réflexion sur les difficultés liées à son applicabilité verticale et horizontale (R. TINIÈRE **(11)** ; A. LYON-CAEN **(8)**). En ce sens, l'ouvrage collectif sur la place de la Charte dans la jurisprudence a été fort utile **(2)**, pour compléter l'étude remarquable dirigée par B. FAVREAU **(3)**. Dans ce dernier, nous attirons tout particulièrement l'attention sur trois articles : celui de J. ANDIANTSIMBAZONIVA qui se demande « à qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? » (p. 39), de T. BONTINCK sur « L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne » (p. 101) et celui de C. PETTITI sur « la protection des personnes en situation de faiblesse », sur les droits des personnes âgées et handicapées principalement (p. 239).

L'ouvrage de C. PICHERAL et L. COUTRON **(6)** sur l'articulation entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'Homme est aussi une contribution essentielle dans l'étude de cet instrument à la place incertaine dans l'ordre juridique européen. Nous signalons également l'intérêt de deux articles de réflexion plus large sur les liens entre l'Union européenne et les droits fondamentaux, celui d'O. SCHUTTER **(7)** et de F. SUDRE **(10)**. Enfin, l'article de L. POTVIN-SOLIS **(9)** dans les mélanges offerts à F. SUDRE permet de découvrir et de revisiter la question du dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice dans l'interprétation des droits fondamentaux, abondamment traitée dans la doctrine.

## Ouvrages spécialisés

AUVERGNON P. (dir.),

*Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ? Eléments de droit comparé*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2011, 434 p.

BAILLEUX A.,

*Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 733 p.

BRAIBANT G.,

*La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, 329 p. **(1)**

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.),

*La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, 715 p. **(2)**

FAVREAU B. (dir.),

*La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 382 p. **(3)**

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D.,

*Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2016, 518 p.

HENNEBEL L., TIGROUDJA H.,

*Traité de droit international des Droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, 1705 p.

HENNEBEL L., BRIBOSIA E. (dir.),

*Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 398 p.

HENNETTE-VAUCHEZ S., SOREL J.-M. (dir.),

*Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 287 p.

PEERS S., WARD A.,

*The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 392 p. **(4)**

PICOD F., Van DROOGHENBROECK S. (dir.),

*Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 1279 p. **(5)**

PICHERAL C., COUTRON L. (dir.),

*Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 159 p. **(6)**

RIDEAU J. (dir.),

*Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 485 p.

SUDRE F., LABAYLE H. (dir.),

*Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p.

## Articles

BEDJAOUI M.,

« Droits de l'Homme : la nécessaire conciliation entre universalité et diversité », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 547-558.

BENOÎT-ROHMER F.,

« Economie de marché et liberté d'entreprise dans l'Union européenne », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 3-22.

- BURGORGUE-LARSEN L.,  
« Portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : la patience est de mise », *AJDA*, 2005, p. 845.
- CHEVALLIER J.,  
« La vie privée à l'épreuve de la société numérique », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 563-576.
- DE SCHUTTER O.,  
« L'Europe des droits de l'Homme : un concerto à plusieurs mains », in BRIBOSIA E., SCHEECK L., UBEDA DE TORRES A. (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 259- 281 (7)
- GREWE C.,  
« La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 505-517.
- HE L.,  
« Les droits sociaux fondamentaux et le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2018, p. 25.
- LOCHAK D.,  
« L'autre saisi par le droit », in BADIE B., SADOON M. (dir.), *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, PFNSP, 1996, pp. 179-200.
- LYON-CAEN A., « Évanescence de la Charte », *RDT*, 2014, p. 77. (8)
- MATHIEU B.,  
« Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 453-459.
- POTVIN-SOLIS L.,  
« Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 591-602. (9)
- SUDRE F.,  
« L'Union européenne et les droits de l'Homme », *Rev. Aff. Eur.*, n° 1, 2006, pp. 7-9. (10)
- TINIÈRE R.,  
« L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, chron. n° 14, 2014. (11)

## ***B) La justice sociale et l'équité***

Les réflexions théoriques et philosophiques sur la justice et l'équité occupent une place fondamentale dans notre étude. La théorie de J. RAWLS (4) et celle de R. DWORKIN (3) ; et bien plus anciennement, l'œuvre d'ARISTOTE (1), constituent des outils de réflexion sur l'action positive. L'étude de C. AUDARD, R. BOUDON *et al.* (2) a aidé à la compréhension de l'œuvre complexe de Rawls, de même que le très récent article de C. SPECTOR (6). L'ouvrage dirigé par L. BURGORGUE-LARSEN (7) sur la justice sociale met en lumière le rôle d'une telle valeur dans les jurisprudences européennes, en temps de crise économique et sociale profonde, de même que celui qui est consacré à la vulnérabilité. Ces réflexions sur les protections des individus dans des contextes particulièrement difficiles, souvent les individus souffrant de discriminations en raison de leur identité, sont riches.

## Essais

ARISTOTE,

*Ethique à Nicomaque*, Paris, Le Livre de poche, 2014, 447 p. **(1)**

AUDARD C., BOUDON R., DUPUY J.-P., TERRE F.,

*Individu et justice sociale, autour de John Rawls*, Paris, Editions du Seuil, 1988, 317 p. **(2)**

DA SILVA G.,

*De l'égalité à l'équité*, Paris, L'Harmattan, 1995, 271 p.

DUBET F.,

*Les places et les chances. Repenser la justice sociale*, Paris, Seuil, 2010, 119 p.

DWORKIN R., **(3)**

*L'empire du droit*, trad. SOUBRENIE E., Paris, PUF, 1994, 468 p.

*Prendre les droits au sérieux*, trad. ROSSIGNOL M.-J. et LIMARE F., Paris, PUF, 1995, 515 p.

LAFORE R., BORGETTO M.,

*La république sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, 374 p.

NANTEUIL-MIRIBEL (de) M.,

*Rendre justice au travail. Ethique et politique dans les organisations*, Paris, PUF, 2016, 361 p.

RAWLS J., **(4)**

*Théorie de la justice*, 1<sup>ère</sup> éd. 1971, trad. C. AUDARD, Paris, Points, 2009, 665 p.

ROUSSEAU J.-J.,

*Du Contrat Social ou principes du droit politique*, 1<sup>ère</sup> éd. 1762, Paris, Editions sociales, 1971, 213 p.

SANDEL M.,

*Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 191 p.

WALZER M.,

*Sphères de justice*, Paris, Seuil, 1997, 475 p.

## Ouvrages spécialisés

AFFICHARD J., DE FOUCAULD J.-B. (dir.),

*Justice sociale et inégalités*, Paris, Esprit, 1992, 270 p.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), **(5)**

*La Justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, 201 p.

*La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, 246 p.

GABORIAU S., PAULIAT H., BIOY X., et al (dir.),

*Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, 285 p.

LAMBERT T. (dir.),

*Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, 146 p.

## Articles

BRAIBANT G.,

« Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, pp. 99-106.

DWORKIN R.,

« L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit », in *Individu et justice sociale, autour de John Rawls*, Paris, Editions du Seuil, 1988, pp. 37-53.

SPECTOR C.,

« Liberté, égalité, fraternité : la théorie rawlsienne de la justice », *Esprit*, n° 447, septembre 2018, pp. 95-104. (6)

### C) *Le « droit à la différence » et les minorités*

Concernant l'étude des droits particuliers des minorités et l'existence éventuelle d'un « droit à la différence », sont particulièrement remarquables l'ouvrage de D. LOCHAK (1) sur le droit et les paradoxes de l'universalité et ses articles, et l'étude collective dirigée par N. ROULAND (2). L'article de G. KOUBI (4) sur l'opposition d'un « droit à la différence » et d'un « droit à l'indifférence » dans le cadre du droit français est également fondamental. En outre, nous signalons l'intérêt de la thèse en anglais de H. H. WEI (3) sur le sujet des droits des minorités. L'article de P. RIGAUX (5) montre aussi la difficulté de la définition de la notion de minorité en droit, au-delà même des protections particulières dont les minorités nationales peuvent bénéficier en vertu du droit international. Les différents travaux nous ont permis d'affirmer avec fermeté la différence entre le régime de l'action positive et celui qui vise à protéger les minorités nationales et promouvoir leurs spécificités culturelles.

#### *Ouvrages spécialisés*

CLAUDE I.,

*National Minorities: An international Problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1955, 213 p.

FENET A., KOUBI G., SCHULTE-TENCKHOFF I.,

*Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 661 p.

LOCHAK D.,

*Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, 256 p. (1)

ROULAND N. (dir.),

*Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 310 p. (2)

SHORAKA K.,

*Human rights and minority rights in the European Union*, Londres, Routledge, 2010, 288 p.

THORNBERRY P.,

*Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002, 484 p.

THORNBERRY P., MARTIN ESTEBANEZ, M. A. (dir.),

*Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004, 682 p.

WEI H. H.,

*A Dialogical Concept of Minority Rights*, Leiden, Nijhoff, 2016, 260 p. (3)

WIEVIORKA M. OHANA J. (dir.),

*La différence culturelle. Une reformulation des débats*, Paris, Balland, 2001, 479 p.



## Articles

BENOIT-ROHMER F.,

« La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales, *RTDH*, 2002, vol. 51, pp. 563-586.

BURGORGUE-LARSEN L.,

« The rights of indigenous peoples », in BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A. (dir.), *The inter-american Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp. 497-528.

FIORINA D.,

« Mode de vie : la consécration du droit à la différence », *D.*, 2002, p. 2758.

KLEBES, H.,

« La Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la protection des minorités nationales », *RTDH*, 1997, vol. 30, pp. 206-226.

KOUBI G.,

« Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France », *RTDH*, 1993, p. 243 (4)

GUILLAUMIN C.,

« Sur la notion de minorité », *L'Homme et la Société*, n° 77-78, 1985, p. 101.

RIGAUX P.,

« Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, vol. 30, 1997, pp. 155-175. (5)

SANDLAND R.,

« Developing a jurisprudence of difference: the protection of the human rights of travelling peoples by the European Court of human rights », *HRLR*, n° 3, 2008, pp. 475-516.

## II. Le phénomène dérogatoire en droit

### A) *Analyses générales sur le phénomène dérogatoire*

Bien peu d'études générales ont été consacrées au phénomène juridique qui nous intéresse, celui des effets des règles dérogatoires sur le principe général posé dans un ordre juridique. Des thèses en droit interne, public et privé ont nourri notre réflexion (celles de T. H. NGUYEN (4) et J.-M. de MOY (3) en particulier) et quelques œuvres collectives ont été très utiles pour interroger l'ambiguïté du régime dérogatoire, dans son effet perturbateur et mélioratif de la règle générale. L'ouvrage dirigé par A. VIDAL-NAQUET et de M. FATIN-ROUGE STEFANINI (5) a été très précieux, notamment parce qu'il contient des articles consacrés au principe d'égalité et ses exceptions (l'article de P. MONTALIVET, p. 213). Le travail de P. KOUTRAKOS, N. SHUIBHNE et P. SYRPIS (2) ont aussi un intérêt en ce qu'il étudie des exceptions dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Même s'il reste discret dans notre étude, il a participé à construire la réflexion. Le travail de M. CARPENTIER (1) que nous signalons en philosophie du droit, nous a en revanche paru extrêmement complexe à exploiter dans le cadre d'une étude à vocation plutôt pratique.

## *Ouvrages spécialisés*

- ARKOUN M., BALIBAR E., BANCAUD A. *et al.*,  
*L'exception dans tous ses états*, Marseille, Editions Parenthèse, 2007, 304 p.
- CARPENTIER M.,  
*Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, 686 p. **(1)**
- KOUTRAKOS P., SHUIBHNE N., SYRPIS P. (dir.),  
*Exceptions from EU Free Movement Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 328 p. **(2)**
- LEURQUIN-DE VISCHER F.,  
*La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 p.
- MOY (de) J.-M.,  
*L'exception en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 398 p. **(3)**
- NGUYEN T. H.,  
*La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de B. MATHIEU, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013. **(4)**
- VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.),  
*La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 299 p. **(5)**

### ***B) Analyses générales sur l'action positive et notions proches***

À l'inverse, les publications sur la discrimination positive, l'action positive ou l'*affirmative action*, selon les appellations retenues par les auteurs, ne manquent pas. Elles ont été difficiles à manier car, comme nous l'aurons montré tout au long de notre étude, les efforts de définition font souvent défaut et des notions qu'il faudrait distinguer sont mélangées (dans ce sens, l'article de K. WHEAT **(12)** nous a semblé particulièrement confus). Nous recensons ici des études à vocation théorique, donc relativement générales, même si elles s'inscrivent parfois dans un ordre juridique particulier. Nous ne présentons pas ici les articles véritablement spécialisés en droit de l'Union ou autres systèmes. Dans la doctrine française, c'est le terme de « discrimination positive » qui l'emporte largement, dans un but critique (A.-G. SLAMA **(9)**, A.-M. LE POURHIET **(6)**, G. CALVÈS **(5)**) autant qu'élogieux (F. STASSE **(10)**, B. RENAULT **(8)**, S. WHUL **(1)**). M. BOSSUYT **(4)** emploie la notion d'« action positive » dans le contexte du droit international des droits de l'Homme. R. LETTERON **(7)** utilise le terme d'« action positive » pour faire une analyse très critique de cet outil.

Comme première approche générale, l'ouvrage de G. CALVÈS **(2)** est une excellente synthèse de la notion telle qu'elle se développe dans différents systèmes, dans une tentative pour faire ressortir les « marqueurs » d'une notion complexe et souvent dévoyée. Dans le même sens et de manière beaucoup plus approfondie, la thèse de D. THARAUD **(3)**, même si nous avons adopté une approche parfois critique de son travail, a été un point de départ incontournable. Sa réflexion dans le contexte français, qui puise dans le droit conventionnel européen et le droit de l'Union, a pour ambition de réaliser un travail de systématisation de la discrimination positive, à la fois en la définissant et en proposant une méthode pour identifier les cas où elle devrait s'imposer. Pour cette raison, nous l'avons placée ici et non avec les études

du droit français. Dans le même sens, on trouve aussi l'article récent de D. THARAUD et V. VAN DER PLANCKE qui aborde aussi le droit étatsunien **(11)**.

### *Essais*

KESLASSY E.,

*De la discrimination positive*, Rosny-sous-Bois, Editions Bréal, 2004, 95 p.

WUHL S.,

*Discrimination positive et justice sociale*, Paris, PUF, 2007, 166 p. **(1)**

### *Ouvrages spécialisés*

BENHABIB S. (dir.),

*Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996, 384 p.

CALVÈS G.,

*La discrimination positive*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2016, 128 p. **(2)**

FRANCESCHET, S., KROOK, M. L., PISCOPO, J. M., (dir.),

*The impact of gender quotas*, New York, Oxford University Press, 2012, 256 p.

MARTINIELLO M., REA A. (dir.),

*Affirmative action. Des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 329 p.

PETERS A.,

*Women, Quotas and Constitutions. A comparative study of affirmative action for women under American, German, European Community and International Law*, Londres, Kluwer Law International, 1999, 399 p.

SOWELL T.,

*Affirmative action around the world. An empirical study*, New Haven, Yale University Press, 2004, 239 p.

STOJANOVIC N.,

*Dialogue sur les quotas. Penser la représentation dans une démocratie multiculturelle*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2013, 374 p.

THARAUD D.,

*Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 555 p. **(3)**

### *Articles*

AUTIN J.-L.,

« Les discriminations compensatoires entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in P. DE DEKKER, J.-Y. FABERON (dir.), *L'état pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 107-118.

BACCHI C.,

« Policy and discourse: Challenging the construction of affirmative action as preferential treatment », *Journal of European public policy*, vol. 11, n° 1, 2004, pp. 128-146.

BELORGEY J.-M.,

« Discrimination ordinaire/discrimination positive. Quelle place pour la différence ? », *Vie sociale*, vol. 95, n° 3, 2007, pp. 141-146.

BERTHOU K.,

« Sur les discriminations positives », *Droit social*, n° 9, 2000, pp. 901-909.

- BOSSUYT M.,  
 « La notion d'action positive », in DECAUX E., YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A. (dir.), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 97-102. **(4)**  
 « Prohibition of Discrimination and the Concept of Affirmative Action », in *Bringing International Human Rights Law Home*, New York, United Nations Publications, 2000, pp. 92-106.
- CALVÈS G.,  
 « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, novembre-décembre 2001, pp. 163-174. **(5)**
- CHEVALLIER J.,  
 « Réflexions sur la notion de discrimination positive », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 415-428.
- LE POURHIET A.-M., **(6)**  
 « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001, pp. 166-177.  
 « Discriminations positives ou injustice », *RFDA*, 1998, pp. 519-523.
- LETTERON R.,  
 « L'action positive en faveur des femmes », in LAMBERT T. (dir.), *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, pp. 65-79. **(7)**
- MAGUAIN D.,  
 « Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, pp. 147-193.
- MANSBRIDGE J.,  
 « Les noirs doivent-ils être représentés par des noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013/2, pp. 53-77.
- PARODI M.,  
 « De la discrimination statistique à la discrimination positive. Remarques sur l'inférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, vol. 112, n° 1, 2010, pp. 63-85.
- RENAULT B.,  
 « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, n° 31, 1997, pp. 425-460. **(8)**
- ROSENFELD M.,  
 « Justice, égalité et action positive : justification et limites », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 17, 1986, p. 275.
- RUBIO-MARTIN R., RODRIGUEZ B.,  
 « The Gender of Representation: On Democracy, Equality and Parity », *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, n° 2, pp. 287-316.
- SLAMA A.-G.,  
 « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, n° 82, septembre 1997, pp. 91-103. **(9)**
- STASSE F.,  
 « Pour la discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, pp. 119-132. **(10)**
- STEPHENS S.,  
 « Discrimination: Adopting a Positive Action Approach to Sex Discrimination », *Alternative Law Journal*, vol. 35, n° 1, 2010, pp. 36-38.
- THARAUD D., VAN DER PLANCKE V.,  
 « Imposer des discriminations positives dans l'emploi : vers un conflit de dignités ? », in GABORIAU S., PAULIAT H., et al. (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges. Le 19 et 20 novembre 2004*, Paris, Broché, 2006, pp. 177-240. **(11)**

VILLENAVE B.,

« La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale*, vol. 3, n° 3, 2006, p. 39-48.

WHEAT K.,

« Positive Action and Positive Discrimination », *Journal of Civil Liberties*, vol. 4, n° 1, 1999, pp. 76-89. (12)

### III. Le principe général de l'égalité de traitement

#### A) Généralités sur l'égalité et la non-discrimination

Nous avons disposé sur l'égalité et la non-discrimination de quantité d'ouvrages et articles théoriques et généraux de grande qualité. La difficulté aura plutôt été de faire le tri, vu l'impossibilité de prétendre maîtriser tous les travaux existants. Nous pouvons d'abord signaler l'intérêt de l'ouvrage collectif de E. FASSIN et HALPÉRIN (2), qui réunit des articles juridiques et extra-juridiques, dans une approche généraliste tout à fait passionnante. Un manuel de référence est celui de D. SCHIEK, M. BELL et L. WADDINGTON (7), parce qu'il est tout à la fois très complet et critique. L'analyse de D. BORRILLO, centrée sur les discriminations, est également dynamique, de même que celle que G. KOUBI et G. GUGLIELMI (4) nous proposent de l'égalité des chances et V. MARTENET (6) de l'égalité. Pour clarifier les différentes notions employées, les différents articles de l'ouvrage collectif dirigé par F. LEMAIRE et B. GAURIAU (5) sont utiles, de même que l'article de J. PORTA (9).

Sur l'articulation entre différences de traitement et égalité, la lecture de la thèse d'A. GOGOS-GINTRAND (3) a été tout à fait stimulante. Dans la même perspective, l'on doit insister sur l'article de référence « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité » de D. LOCHAK ainsi que sa réflexion sur la notion de discrimination (8). La réflexion de M. ROSENFELD (10) sur la tension dialectique entre égalité et différence a aussi beaucoup compté pour construire notre problématique.

#### Essais

ARENDE H.,

*Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2000, 416 p.

BOUCHER M. (dir.)

*De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, 582 p.

FITOUSSI J.-P., ROSANVALLON P.,

*Le Nouvel Âge des inégalités*, Paris, Editions du Seuil, 1996, 232 p.

LACORNE D.,

*La Crise de l'identité américaine : du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Gallimard, 2003, 448 p.

SCHNAPPER D.,

*La Démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Gallimard, 2010, 341 p.

## Ouvrages spécialisés

- BAHAR R., TRINDADE R. T. (dir.),  
*L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Genève, Schulthess Editions Romandes, 2013, 402 p.
- BORRILLO D.,  
*Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, 201 p. (1)
- CESARO J.-F. (dir.),  
*L'égalité en droit social*, Paris, LexisNexis, 2012, 189 p.
- COLLINS H., KHAITAN T. (dir.),  
*Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 291 p.
- FASSIN E., HALPÉRIN J.-L.,  
*Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, Paris, La documentation française, 2008, 182 p. (2)
- GOGOS-GINTRAND A.,  
*Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, 490 p. (3)
- HAMON F.,  
*Les discriminations saisies par le droit*, Paris, LGDJ, 2016, 170 p.
- KOUBI G., GUGLIELMI G. J. (dir.),  
*L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspective*, Paris, La Découverte, 2000, 267 p. (4)
- LEMAIRE F., GAURIAU B., (dir.),  
*Les discriminations, actes du colloque organisé le 13 & 14 octobre 2011 par le centre Jean Bodin de l'Université d'Angers*, Paris, Editions Cujas, 2012, 170 p. (5)
- MARTENET V.,  
*Géométrie de l'égalité*, Bruxelles/Paris/Zurich/Bâle/Genève, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2003, 658 p. (6)
- SCHIEK D., WADDINGTON L., BELL M. (dir.),  
*Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 1118 p. (7)
- SOLANKE I.,  
*Discrimination as Stigma. A theory of anti-discrimination Law*, Oxford Portland, Hart Publishing, 2017, 223 p.
- VACARIE I., BORENFREUND G. (dir.),  
*Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, 205 p.

## Articles

- BARNARD C., HEPPLER B.,  
« Substantive Equality », *Cambridge Law Journal*, vol. 59, n° 3, 2000, pp. 562-585
- BRIBOSIA E., RORIVE I.,  
« Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *JEDH*, n° 2, 2017, p. 204.
- CALVÈS G.,  
« Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, vol. 148, n° 4, 2008, pp. 34-45.  
« Discrimination » in MESURE S., SAVIDAN P. (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, pp. 281-283.

- HANNETT S.,  
 « Equality at the Intersections: the Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n° 1, 2003, pp. 65-86
- JOUANJAN O.,  
 « Égalité », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589.
- LOCHAK D., **(8)**  
 « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 3, 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013.  
 « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n° 11, 1987, p. 778.
- MARTIN D., LATRAVERSE S.,  
 « Approche comparative du droit à la non-discrimination », *RDT*, 2008, p. 760.
- MARTIN R.,  
 « L'Homme des droits », *RTD civ.*, 2000, p. 283.
- MCCOLGAN A.,  
 « Reconfiguring Discrimination Law », *Public Law*, 2007, pp. 74-94.
- MERCAT-BRUNS M.,  
 « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 14, 2018, mis en ligne le 14 juin 2018.
- MONCONDUIT F.,  
 « Liberté et égalité dans la pensée d'Alexis de Tocqueville », in *Le Pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 315-332.
- MOON G.,  
 « Multiple Discrimination – Problems Compounded or Solutions Found? », *Justice Journal*, 2006, pp. 86-102.
- O'CONNOR C.,  
 « The Right to Equality: A Substantive Legal Norm or Vacuous Rhetoric? », *UCL Human Rights Review*, vol. 1, 2008, pp. 80-102.
- PORTA J.,  
 « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – à propos des sens de l'égalité », in VACARIE I., BORENFREUND G. (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 9-38. **(9)**
- ROSENFELD M.,  
 « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010, p. 177. **(10)**
- SHIN P. S.,  
 « The Substantive Principle of Equal Treatment », *Legal Theory*, vol. 15, 2009, pp. 149-172.
- UCELLARI P.,  
 « Multiple Discrimination: How Law Can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, vol. 1, 2008, pp. 24-49.
- WENTHOLT K.,  
 « Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality », in LOENEN T., RODRIGUES, P. (dir.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 53-64.

## ***B) Motifs de discrimination***

La thèse de Y. ATTAL-GALY **(1)**, d'une grande clarté, est essentielle pour penser l'idée même des catégories d'individus discriminés, le phénomène de catégorisation des droits fondamentaux, ainsi que le choix de ces catégories.

Sur le handicap, l'ouvrage dirigé par S. CHASSAGNARD-PINET et A. GONZALEZ **(6)**, la thèse de L. JOLY **(11)**, les travaux d'A. BOUJEKA **(2)** **(12)** sont déterminants. Sur le sexe et le genre, les travaux de critiques féministes du droit international d'H. CHARLESWORTH **(4)** **(5)** **(13)** sont fondamentaux, de même que ceux de S. HENNETTE-VAUCHEZ *et al.* **(10)**, dans plusieurs disciplines. Y sont abordées des problématiques variées, telles que la place des statistiques dans le droit de la non-discrimination ou la lutte contre les stéréotypes. L'ouvrage collectif dirigé par L. BURGORGUE-LARSEN, H. RUIZ-FABRI et E. TOURME-JOUANNET **(3)** ouvre quantité de voies de réflexion autour de la question des droits des femmes en droit international. L'étude codirigée par S. ROBIN-OLIVIER et F. GUIOMARD **(9)** (et particulièrement l'article **(14)**) est éclairante sur le motif ethno-racial et la lutte contre le racisme, dans une perspective comparée. La notion même de « race » est interrogée avec précision et clairvoyance par D. LOCHAK **(15)** dans son article de référence. Le travail sur le racisme et les droits fondamentaux de S. FREDMAN **(7)** complète parfaitement ces réflexions. Sur l'âge enfin, nous attirons l'attention sur l'ouvrage de S. FREDMAN et S. SPENCER **(8)** qui permet de comprendre la place particulière de ce motif, dont l'intégration au droit de la non-discrimination est moins évidente.

### *Essais*

JAFFRELOT C., NAUDET J.,

*Justifier l'ordre social. Caste, race, classe et genre*, Paris, PUF, coll. La vie des idées, 2013, 98 p.

MARTIN X.,

*Naissance du sous-homme au cœur des Lumières. Les races, les femmes, le peuple*, Poitiers, Éditions D.M.M., 2014, 434 p.

VERGÈS F.,

*Le Ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme*, Paris, Albin Michel, 2017, 230 p.

### *Ouvrages spécialisés*

ATTAL-GALY Y.,

*Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, 638 p. **(1)**

BOUJEKA A., AMRANI MEKKI S. (dir.),

*Contentieux et handicap*, Paris, IRJS Editions, 2010, 202 p. **(2)**

BURGORGUE-LARSEN L., RUIZ-FABRI H., TOURME JOUANNET E., *et al.* (dir.),

*Féminisme(s) et droit international. Études francophones*, Paris, Société de législation comparée, 2015, 265 p. **(3)**



- CAZALA J., LECUYER Y., TAXIL B. (dir.),  
*Sexualité et droit international des droits de l'Homme, Actes du colloque d'Angers 26 et 27 mai 2016*, Paris, Pedone, 2017, 374 p.
- CHARLESWORTH H.,  
*Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, 351 p. (4)
- CHARLESWORTH H., CHINKIN C.,  
*The boundaries of international law: a feminist critic*, Manchester, Juris Pub. Manchester University Press, 2000, 414 p. (5)
- CHASSAGNARD-PINET S., GONZALEZ A. (dir.)  
*Compensation du handicap et inclusion sociale. Les apports d'une conception sociale du handicap*, Paris, mare & martin, 2017, 253 p. (6)
- COOK R. J., CUSACK S. A.,  
*Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2009, 288 p.
- DAL G.-A., KRENC F. (dir.),  
*Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 192 p.
- DECAUX E. (dir.),  
*Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, 172 p.
- EVRRARD A.,  
*La personne âgée dans le droit international et européen des droits de l'homme*, Jambes, Les Editions namuroises, 2005, 254 p.
- FREDMAN S. (dir.),  
*Discrimination and Human Rights – The Case of Racism*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 316 p. (7)
- FREDMAN S., SPENCER S.,  
*Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 239 p. (8)
- GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.),  
*Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, 119 p. (9)
- HENNETTE-VAUCHEZ S., MÖSCHEL M., ROMAN D. (dir.),  
*Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, 269 p. (10)
- JOLY L.,  
*L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, 484 p. (11)
- REDOR-FICHOT M.-J. (dir.),  
*Roms, Tsiganes et gens du voyage*, Paris, Editions mare & martin, 2013, 300 p.
- ROCCASALVA-SERRANO A.,  
*La qualité de travailleur handicapé. Contribution à l'étude de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, 464 p.
- ROUX-DEMARE F.-X. (dir.),  
*Sexe et vulnérabilité*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, 188 p.
- TEBBE N.,  
*Religion and equality law*, Farnham, Asghate, 2013, 498 p.

#### Articles

- AMUGER-LATTES M.-C.,  
 « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, 2007, p. 27.

- BOUJEKA A.,  
 « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *D.*, 2013, p. 1390. **(12)**
- BOURDIEU P.,  
 « La jeunesse n'est qu'un mot. Entretien avec Anne-Marie Métaillé », in *Les jeunes et le premier emploi*, Paris, Association des Âges, 1978, pp. 520-530.
- BULMER M., SOLOMO J.,  
 « Introduction: Rethinking Ethnic and Racial studies », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 21, n° 5, 1998, p. 822.
- CARLES I.,  
 « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique », *Hommes et migrations*, 2011, pp. 48-56.
- CHARLESWORTH H., CHINKIN C., WRIGHT S.,  
 « Feminist approaches to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 613. **(13)**
- COHEN J., LINDGAARD J.,  
 « De l'Atlantique noir à la mélancolie postcoloniale. Entretien avec Paul Gilroy », *Mouvements*, n° 51, 2007, pp. 90-101.
- CRENSHAW K.,  
 « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminism Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-140.
- DAUPHIN S., SENAC-SLAWINSKI R.,  
 « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre*, vol. 44, n° 1, 2008, pp. 5-16.
- DORLIN E.,  
 « De l'usage épistémologique et politique des catégories de sexe et de race dans les études sur le genre », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, pp. 83-105.
- FONDIMARE E.,  
 « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 5, 2014, mis en ligne le 20 mai 2014.
- GOBERT M.,  
 « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP*, 2017, p. 922.
- GOUTTES (de) R.,  
 « L'approche universaliste des discriminations raciales », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 635-644.
- GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S.,  
 « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts », in *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-22. **(14)**
- GUNN T. J.,  
 « The complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law », *Harvard Human Rights Law Journal*, n° 16, 2003, p. 189.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., GIRARD C.,  
 « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/agir*, n° 20, juin 2012, pp. 53-59.
- LAMBERT P.,  
 « La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe », *RTDH*, mars 2001, vol. 46, pp. 271-275.

LOCHAK D.,

« La race : une catégorie juridique ? » in « Actes du colloque : Sans distinction de... race (27 et 28 mars 1992) », *Revue Mots*, n°33, décembre 1992, pp. 291-303. (15)

MARISSAL J.-P.,

« Les conceptions du handicap : du modèle médical au modèle social et réciproquement... », *Revue d'éthique et de théologie morale*, Hors-Série n° 256, 2009, p. 218.

OZGA-ULLA M.,

« Handicap et droit international et européen », in F. FABERON, S. URDICIAN (dir.), *Culture, droit et handicap*, Aix-en Provence, PUAM, 2017, pp. 55-67.

PEDROT P.,

« Handicap, aptitude à l'emploi et vulnérabilité », *RDSS*, 2011, p. 796.

WILLMANN C.,

« Définir la "race" et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9, 2007, pp. 936-950.

### ***C) Analyses en droit de l'Union européenne***

#### **1- Sur le principe d'égalité de traitement et la non-discrimination**

Le manuel copublié par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe (1), très pratique et synthétique, constitue une première approche pertinente de la matière. Pour aller plus loin, le manuel de M. BELL (3) est également très bien fait, pédagogique tout en proposant une approche critique et parfois prospective du droit de la non-discrimination. L'ouvrage général d'O. DE SCHUTTER (5) s'inscrit dans une démarche plus sélective, on y trouve les thèmes essentiels choisis par l'auteur. Les thèses essentielles sur l'égalité sont d'abord celle d'E. DUBOUT (6) sur l'article 13 TCE (article 19 du TFUE) qui propose, à travers l'étude de la clause communautaire de lutte contre les discriminations, un tour d'horizon approfondi de la politique européenne pour l'égalité, après l'adoption du Traité d'Amsterdam. Son travail a constitué une source d'inspiration continue, de même que celle, plus ancienne, de S. ROBIN-OLIVIER (11). Dans leurs travaux, des développements sont consacrés à l'action positive. La thèse d'A. ILIOPOULOU-PENOT (8) nous a été utile d'une manière moins directe mais tout aussi fondamentale. Ses réflexions sur le contrôle de proportionnalité, sur les fonctions de la non-discrimination par rapport à la construction d'une citoyenneté européenne ont nourri les nôtres. Son analyse de l'égalité et de la non-discrimination dans l'ouvrage dirigé par J. DUTHEIL LA ROCHÈRE et J.-B. AUBY (*Traité de droit administratif européen*) a été également déterminante. La thèse de M. BRILLAT (4) s'est en revanche révélée plus délicate à manier en raison de l'ambition comparative qui est la sienne.

D'autres travaux doivent être enfin signalés. La thèse de M. SWEENEY (12), qui n'étudie pas spécifiquement l'ordre juridique de l'Union, est une lecture passionnante. Les thèses de R. HERNU (7) et D. MARTIN (9) constituent deux analyses différentes du principe d'égalité dans la jurisprudence de l'Union, le second dans une perspective comparatiste. Ces deux travaux nous ont aidé à construire notre approche. Nous insistons aussi les excellents

articles regroupés par L. POTVIN-SOLIS **(10)** qui adoptent une démarche proche de la nôtre, en confrontant le principe de non-discrimination aux inégalités de traitement.

Parmi les très nombreux commentaires de la jurisprudence en droit social de l'Union, nous avons opéré une sélection ici. Sur le concept de discrimination indirecte, deux références nous ont marqué par leur précision et les pistes de réflexion proposées, celles de C. TOBLER **(2)** et de P. GARONNE **(13)**, ou encore celle de M. SCHMITT **(14)** sur la discrimination par association.

### *Rapports*

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, 176 p. **(1)**

Commission européenne, *Recueil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et sur la non-discrimination dans l'Union européenne*, 3e éd., Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, 648 p.

TOBLER C.,

*Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, 95 p. **(2)**

### *Ouvrages spécialisés*

BELL M.,

*Anti-discrimination Law and the European Union*, New York, Oxford University Press, 2002, 296 p. **(3)**

BESSION S., ZIEGLER A. R. (dir.),

*Egalité et non-discrimination en droit international et européen*, Paris, LGDJ, 2014, 224 p.

BRIBOSIA E., DARDENNE E., MAGNETTE P., WEYEMBERGH A. (dir.),

*Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 256 p.

BRILLAT M.,

*Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, 491 p. **(4)**

DE SCHUTTER O.,

*Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes P. Lang, 2001, 234 p. **(5)**

DUBOUT E.,

*L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 845 p. **(6)**

ELLIS E., WATSON P.,

*EU Anti-Discrimination Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 519 p.

FINES F., GAUTHIER C., GAUTIER M.,

*La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, 286 p.

HERNU R.,

*Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 p. **(7)**

- ILIOPOULOU A.,  
*Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 795 p. **(8)**
- MARTIN D.,  
*Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p. **(9)**
- MEENAN H. (dir.),  
*Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directive*, Cambridge, Cambridge University, 2007, 370 p.
- MINÉ M.,  
*Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, Larcier, 2016, 852 p.
- POTVIN-SOLIS L. (dir.),  
*Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 700 p. **(10)**
- ROBIN-OLIVIER S.,  
*Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 552 p. **(11)**
- SOMEK A.,  
*Engineering Equality: An essay on European Anti-Discrimination Law*, New-York, Oxford University Press, 2011, 217 p.
- SWEENEY M.,  
*L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges : essai en droit social*, Toulouse, Editions l'Epitoge, 2016, 292 p. **(12)**
- VERBIST V.,  
*Reverse discrimination in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2017, 357 p.

#### Articles

- AUBERT-MONPEYSSSEN T., MOIZARD N.,  
 « Égalité : des exigences trop fortes ? », *RDT*, 2012, p. 128.
- BARNARD C., HEPPLER B.,  
 « Indirect discrimination: Interpreting Seymour-Smith », *Cambridge Law Journal*, vol. 58, n° 2, 1999, pp. 399-412.
- BELL M., WADDINGTON L.,  
 « Equality and Diversity: Challenges for EU Anti-Discrimination Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 277.
- BRIBOSIA E., RORIVE I.,  
 « Droit de l'égalité et de la non-discrimination / Equality and Non-Discrimination », *JEDH*, n° 2, 2013, pp. 297-329.
- CANNIZZARO E.,  
 « Producing "reverse discrimination" through the exercise of EU competences », *Yearbook of European Law*, vol. 17, n° 1, 1997, pp. 29-46
- DE SCHUTTER O.,  
 « Three models of equality and european anti-discrimination law », *Notern Ireland Legal Quaterly*, vol. 57, n°1, 2006, pp. 1-56.  
 « Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché », *in* Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, *L'Année sociale 2000*, De Boeck Université, 2001, p. 121-133.  
 « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, n° 40, 1999, pp. 827-863.

- FALLON M., MARTIN D.,  
 « Dessine-moi une discrimination... », *JDE*, vol. 6, n° 170, 2010, pp. 165-173.
- FLYNN L.,  
 « The implications of article 13 EC - After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? », *Common Law Market Review*, vol. 36, n° 6, 1999, pp. 1127-1152.
- FREDMAN S.,  
 « Equality: A New Generation? », *Industrial Law Journal*, vol. 30, n° 2, 2001, pp. 145-166.
- GARONNE P.,  
 « La discrimination indirecte en droit communautaire », *RTDE*, 1994, p. 425. (13)
- HOWARD E.,  
 « The European Year of Equal Opportunities for All - 2007: Is the EU Moving Away From a Formal Idea of Equality? », *European Law Journal*, vol. 14, n° 2, mars 2008, pp. 168-185.
- ILIOPOULOU A.,  
 « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in ROSSETTO J., BERRAMDANE A. (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, pp. 243-261.  
 « What's in a name ? », *RTDE*, 2004, p. 559.
- LENAERTS K.,  
 « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, vol. 27, 1991, pp. 3-41.
- MARTIN D.,  
 « L'arrêt Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire ? », *Journal des tribunaux du travail*, n° 941, 2006, pp. 109-116.
- MASSON A., MICHEAU C.,  
 « The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy », *European Public Law*, vol. 13, n° 4, 2007, pp. 587-593.
- MINÉ M.,  
 « Discriminations : une transposition laborieuse... », *RDT*, 2008, p. 532.
- MOIZARD N.,  
 « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, pp. 267-269.
- NIVARD C., MÖSCHEL M.,  
 « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistances », in HENNETTE-VAUCHEZ S., MÖSCHEL M., ROMAN D. (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 77-91.
- PLATON S.,  
 « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in FAVREAU B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 125-163.
- POTVIN-SOLIS L.,  
 « Principe général de non-discrimination et "situations purement internes" », *Cahiers de droit européen*, n° 1, 2016, pp. 337-364.
- PREUD'HOMME L.,  
 « Le principe de non-discrimination dans l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 591, 2015, p. 483.

RINGELHEIM J.,

« La statistique : un outil au service de la lutte contre les discriminations », *Mouvements*, n° 62, 2010/2, p. 125.

SCHIEK D.,

« A new framework on equal treatment of persons in EC law? : Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC changing Directive 76/202/EEC in context », *European Law Journal*, vol. 8, n° 2, juin 2002, pp. 290-314.

SCHMITT M.,

« La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, n° 1, 2009, p. 41. **(14)**

SKIDMORE P.,

« EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy? », *Industrial Law Journal*, n° 30, 2001, pp. 126-132.

VERLOO M.,

« Multiple inequalities, intersectionality and the European Union », *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, n° 3, 2006, pp. 211-228.

WADDINGTON L., BELL M.,

« Reflecting on inequalities in European equality law », *European Law Review*, n° 28, 2003, pp. 349-369.

« More equal than others: distinguishing European Union equality directives », *Common Market Law review*, vol. 38, 2001, pp. 587-612.

WADDINGTON L.,

« Protection pour la famille et les amis : combattre la discrimination par association », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 5, 2007, pp. 13-24

WHITTLE R.,

« The Framework Directive for equal treatment in Employment and occupation: an analysis from disability rights perspective », *European Law Review*, n° 27, 2002, pp. 303-326.

ZYSSET A.,

« La non-discrimination est-elle égalitariste ? Les directives européennes à travers le prisme de la philosophie morale et politique contemporaine », in R. BAHAR, R. T. TRINDADE (dir.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives*, Genève, Schulthess Editions Romandes, 2013, pp. 1- 21.

## 2- Sur un ou plusieurs motifs

Sur le motif du handicap, nous signalons les travaux déterminants d'A. BOUJEKA **(4)** **(7)**, de L. WADDINGTON **(6)** **(22)** et de G. QUINN **(18)** **(19)**. Sur la race ou l'origine ethnique, l'ouvrage de M. BELL **(3)** est une référence. Les articles de G. CALVÈS **(9)** **(10)** sur la religion ou les convictions, dans une perspective comparative, sont essentiels, de même que le rapport de L. VICKERS **(2)** consacré à ce motif. Les multiples commentaires des arrêts *G4S Secure Solutions* et *Bouagnaoui et ADDH* sont également intéressants sur ce point. Sur le motif de l'âge, deux articles nous semblent devoir être signalés ici avec une insistance particulière, celui de E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS **(8)** et l'analyse encore plus large de la jurisprudence réalisée par A. MEYER-HEINE **(16)**. Le rapport d'O'CINNEIDE **(1)** est également très pratique et pédagogique. Sur le motif de l'orientation sexuelle, même si l'on peut signaler les commentaires d'E. DUBOUT **(11)** et de P. DUNNE **(12)** sur l'arrêt *Geoffrey Léger* et les articles plus généraux de B. FITZPATRICK **(13)** ou de C. TOBLER **(21)**. Peu d'études de ce motif en tant que tel,

notamment quant à sa définition, existent en droit de l'Union. Sur le motif du sexe, M.-T. LANQUETIN (14) et A. MASSELOT (15) sont des références incontournables. De manière générale, les commentaires d'arrêt de S. ROBIN-OLIVIER (20) sont nombreux et utiles dans le domaine du droit sociale de l'Union, sur de nombreux motifs de discrimination.

Sur l'intersectionnalité, nous insistons sur l'importance de l'ouvrage de D. SCHIEK et A. LAWSON (5) étant donné que c'est un sujet encore peu abordé dans le contexte européen. Le commentaire de M. MÖSCHEL (17) sur l'arrêt *Parris* permet de l'aborder aussi de manière très stimulante.

### *Rapports*

Conseil de l'Union européenne, *The gender pay gap in the Member States of the European Union: quantitative and qualitative indicators*, 26 novembre 2010, 16881/10 ADD 1, SOC 792.

O'CINNEIDE C.,

*La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, 62 p. (1)

PRECHAL S., BURRI S.,

*Égalité des genres : les règles de l'UE et leur transposition en droit national*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2009, 48 p.

VICKERS L. (dir.),

*Rapport thématique, Religion et convictions : discrimination dans l'emploi - Le droit de l'Union européenne*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, 71 p. (2)

### *Ouvrages spécialisés*

BELL M.,

*Racism and Equality in the European Union*, New York, Oxford University press, 2008, 227 p. (3)

BOUJEKA A. (dir.),

*Les politiques de protection des personnes handicapées en Europe et dans le monde*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 364 p. (4)

BOUQUET S.,

*La réglementation européenne relative à la discrimination fondée sur l'âge : conséquences sur le droit du travail français*, Berne, Peter Lang, 2012, 215 p.

CHEGE A. V.,

*Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 416 p.

ICARD P. (dir.),

*Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 212 p.

McCREA R., BLAKE-JAMES I.,

*Religion et ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 354 p.

MAKKONEN T.,

*Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe*, MartinusNijhoff Publishers, 2012, 435 p.



*Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002, 65 p.

PETTITI C., FAVREAU B. (dir.),

*Handicap et protection du droit européen et communautaire, Actes du colloque organisé par l'Institut des droits de l'Homme des Avocats européens, 27-28 octobre 2005*, Bruxelles, Bruylant, 181 p.

ROCCASALVA-SERRANO A.,

*La qualité de travailleur handicapé. Contribution à l'étude de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017, 463 p.

SCHIEK D., LAWSON A. (dir.),

*European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, London, Ashgate, 2011, 329 p. (5)

VLEUTEN (Van Der) A.,

*The Price of Gender Equality. Member States and Governance in the European Union*, Hampshire, Ashgate, 2007, 210 p.

WADDINGTON L.,

*From Rome to Nice in a Wheelchair. The development of a European Disability Policy*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, 44 p. (6)

#### Articles

ADAM P.,

« La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée) », *RDT*, 2017, p. 422.

ALLART L.,

« L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, outil de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 592, 2015, pp. 547-552.

AST F.,

« Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 79-97.

BARON F.,

« L'application des principes de protection juridictionnelle effective et d'égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes », *Rev. Aff. Eur.*, n° 3, 2009-2010, pp. 613-618

BELL M.,

« Shifting conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT », *European Law Journal*, 1999, vol. 5, pp. 63-81.

BENEDI LAHUERTA S.,

« Ethnic discrimination, discrimination by association and the Roma community: CHEZ », *Common Market Law Review*, vol. 53, n° 3, pp. 797-817.

BINON J.-M.,

« L'égalité de traitement en droit européen et ses applications au droit de l'assurance. Obligation morale ou croisade idéologique ? », *Journal des tribunaux, Droit européen*, 2005, pp. 231-237.

BOUJEKA A., (7)

« La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *D.*, 2017, p. 1101.

- « Travail et handicap dans l'Union européenne : manquement de l'Italie dans la transposition de la directive 2000/78 en matière d'aménagements raisonnables » *RDT*, 2013, p. 707.
- « Le handicap par association », *RDSS*, n° 5, 2008, p. 865.
- « Le principe communautaire de non-discrimination et la définition du handicap », *D.*, 2006, p. 2801.
- BOUSIGES A.,  
 « L'emploi des travailleurs handicapés en Europe », *RDSS*, 2004, p. 467.
- BOVIS C., CNOSSEN C.,  
 « Stereotyped Assumptions versus Sex Equality: A Socio-Legal Analysis of Equality Laws in the European Union - Part 1 » *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 12, n° 1, 1996, pp. 7-24.
- BRENNAN F.,  
 « The Race Directive: Recycling Racial Inequality », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 5, 2003, pp. 311-331.
- BRIBOSIA E., BOMBOIS T.,  
 « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. Réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, vol. 47, n° 1, 2011, pp. 41-84. **(8)**
- BRISSE M.,  
 « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, vol. 51, n° 2, 2007, p. 286.
- BURGORGUE-LARSEN L.,  
 « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA*, n° 17, 2011, pp. 967-973
- CALVÈS G.,  
 « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, n° 4, 2018, pp. 323-329. **(9)**  
 « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *Semaine sociale Lamy*, 27 mars 2017, n° 1762, p. 3-6. **(10)**  
 « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645.
- CARACCILO DI TORELLA E.,  
 « The Principle of Gender Equality, The Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 339.
- CAVALLINI J.,  
 « Maladie et discrimination indirecte fondée sur le handicap », *JCP S*, n° 23, 2013, p. 1238.
- CIAOLA A.,  
 « Le port du foulard et un voile d'ambiguïté », *Rev. Aff. Eur.*, n° 1, 2017, p. 137.
- COSTELLO C., DAVIES G.,  
 « The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000 », *Common Market Law Review*, n° 43, 2006, pp. 1567-1616.
- CURTIN D., GEURTS M.,  
 « Race Discrimination and the European Union Anno 1996: From Rhetoric to Legal Remedy? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n° 14, 1996, pp. 147-171.
- DACOSTA B.,  
 « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2015, p. 550.

- DARMON M., HUGLO, J.G.,  
 « 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 », *RTDE*, 1992, p. 12.
- DEL SOL M.,  
 « Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, 2014, p. 627.
- DEMUNCK C.,  
 « Vers la fin de l'exclusion française du don de sang des homosexuels ? », *Dalloz actualité*, 29 juillet 2014.
- DRIGUEZ L.,  
 « Egalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », *Europe*, n° 11, novembre 2010, pp. 33-34.
- DUBOUT E.,  
 « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 2015, pp. 1215-1219.  
**(11)**
- DUNNE P.,  
 « A Right to Donate Blood: Permanent Deferrals for Men Who Have Sex with Men (MSM): Leger », *Common Market Law Review*, Vol. 52, n° 6, 2015, pp. 1661-1678. **(12)**
- ELLIS E.,  
 « The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law », *European Law Review*, 1994, pp. 567-568.
- ESCANDE-VARNIOL M.-C.,  
 « Egalité entre les hommes et les femmes : les indemnités de licenciement sont des rémunérations susceptibles d'engendrer des discriminations indirectes, note sous CJCE 9 févr. 1999, Regina », *D.*, n° 8, 2000, p. 182.
- FITZPATRICK B.,  
 « The "mainstreaming" of sexual orientation into European equality law », in H. MEENAN (dir.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directive*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 326. **(13)**
- GRASS E.,  
 « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats », *Droit social*, 2011, p. 689.
- GROSBON S.,  
 « La décision Test-achats c. Belgique, CJCE 1er mars 2001, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lecture d'un exemple concret », in HENNETTE-VAUCHEZ S., MÖSCHEL M., ROMAN D. (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, pp. 123-147.
- GUIRAUDON V.,  
 « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "race" », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, pp. 11-32.
- HENNION-MOREAU S.,  
 « Les retraites professionnelles dans le système juridique de l'Union européenne », *RDSS*, 2008, p. 5.
- HOUSER M.,  
 « Mise à la retraite d'office et principe de non-discrimination », *AJDA*, 2011, p. 2301.  
 « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323.
- JACQMAIN J.,  
 « Égalité entre travailleurs féminins et masculins », *Journal de droit européen*, n° 105, 2004, pp. 1-6.

- JACQUOT S.,  
 « De l'égalité à l'emploi : la conciliation travail/famille et la modernisation de la protection sociale au niveau européen », *RDSS*, n° 6, 2009, p. 1048.
- KÉFER F., WAUTELET P.,  
 « La préférence discriminatoire d'une travailleuse à l'égard de la clientèle ou l'affaire *Bouagnaoui c. Micropole Univers* inversée », in *L'Europe au présent !, Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 495-522.
- KOLDINSKA K.,  
 « Case Law of the European Court of Justice on Sex Discrimination 2006-2011 », *Common Market Law Review*, n° 48, 2011, p. 1599.
- LANQUETIN M.-T., **(14)**  
 « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Droit social*, 2007, p. 861.  
 « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 » *Droit social*, 2003, p. 312.
- LAULOM S.,  
 « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *Semaine sociale Lamy* 2017, n° 1762, pp. 6-10.
- LAURENT S.,  
 « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social*, 2008, p. 586.
- LECLERC O.,  
 « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.*, 2006, p. 557.
- LHERNOULD J.-P.,  
 « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *Dalloz Actualités*, 2 août 2007.
- LYON-CAEN A.,  
 « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, 2003, p. 1047.  
 « Évanescence de la Charte », *RDT*, 2014, p. 77.
- MARTIN D.,  
 « Cachez ce voile que je ne saurais voir ! », *Droit social*, n° 4, 2018, pp. 314-322.
- MASSELOT A., **(15)**  
 « The State of gender Equality in the European Union », *European Law Journal*, vol. 13, n° 2, 2007, pp. 152-168.  
 « The new Equal Treatment Directive : plus ça change... », *Feminist Legal Studies*, vol. 12, n° 1, 2004, pp. 93-104.
- MASSELOT A., BERTHOU K.,  
 « La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ? », *Cahiers de droit européen*, n°5-6, 2000, pp. 637-656.
- MEENAN H.,  
 « Age Equality after the Employment Directive », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 9-38.
- MERCAT-BRUNS M.,  
 « Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation », *RDT*, n° 7-8, 2011, pp. 441-444.
- MEYER-HEINE A.,  
 « La solidarité à l'égard des personnes âgées en droit de l'Union européenne », *Rev. UE*, n° 594, 2016, pp. 6-29. **(16)**
- MICHÉA F.,  
 « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Droit social*, 2010, p. 1060.

- MONTECLER (de) M.-C.,  
 « Avantages familiaux : la CJUE conclut à la discrimination indirecte sauf si... », *AJDA*, 2014, p. 1519.
- MÖSCHEL M.,  
 « If and When Age and Sexual Orientation Discrimination Intersect: Parris », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 6, 2017, pp. 1835-1852. **(17)**  
 « Race Discrimination and Access to the European Court of Justice: Belov », *Common Market Law Review*, Vol. 50, n° 5, 2013, pp. 1433-1450.
- MOULY J.,  
 « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, 2018, p. 330.
- PAPDIMA R.,  
 « Recent Developments regarding Gender Balance on EU Corporate Boards », *European Company Law*, vol. 12, n° 5, 2015, pp. 245-252.
- PELOSI Y.,  
 « L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 01 juillet 2015.
- POLLACK M. A., HAFNER-BURTON E.,  
 « Mainstreaming gender in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 7, n° 3, pp. 432-456.
- POUPEAU D.,  
 « L'exclusion des homosexuels du don du sang doit être strictement justifiée », *AJDA*, n° 15, 2015, p. 837.
- QUINN G., FLYNN E.,  
 « Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012, pp. 23-48. **(18)**
- QUINN G.,  
 « Les droits de l'Homme des handicapés dans le droit de l'Union européenne », in P. ALSTON, J. HEENAN, M. R. BUSTELO (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 291-338. **(19)**
- RIHAL H., CHARRUAU J.,  
 « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, 2013, p. 843.
- RINGELHEIM J.,  
 « Le droit européen et l'interdiction des discriminations raciales et ethniques dans le cadre de l'accès aux services », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 10, 2010, pp 11-19.
- ROBIN-OLIVIER S., **(20)**  
 « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTDE*, 2017, p. 229.  
 « Droit à l'information et à la consultation des travailleurs : l'impossibilité d'exclure certaines catégories de travailleurs est confirmée, la faiblesse de la Charte des droits fondamentaux en matière... », *RTDE*, 2014, p. 523.  
 « 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.
- ROSENBERG D.,  
 « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *RTDE*, 1999, p. 201.

- SCHIEK D.,  
 « Broadening the scope and norms of EU gender equality law: Towards a multidimensional conception of equality law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, n° 4, 2005, pp. 427-466.
- SCHMITT M.,  
 « Départ à la retraite : l'influence du droit de l'Union européenne », *JDE*, n° 9, 2013, pp. 338-346.  
 « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », *RDT*, 2008, p. 458.
- SKIDMORE P.,  
 « Sex, gender and Comparators in Employment Discrimination », *Industrial Law journal*, 1997, vol. 26, pp. 51-61.
- SUPIOT A.,  
 « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Droit social*, 1992, p. 385.
- SURREL H.,  
 « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, n° 57, 2004, pp. 141-174.
- SZYDLO M.,  
 « Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance », *European Law Journal*, Vol. 21, n° 1, 2015, pp. 97-115.
- TOBLER C.,  
 « Equality and Non-Discrimination under ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, 2014, pp. 521-561. **(21)**
- TYSON A.,  
 « The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, pp. 199-229.
- VERKINDT P.-Y.,  
 « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051.
- VIAL C.,  
 « Cour de justice, gde ch., 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 » in *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 87.
- WADDINGTON L.,  
 « Reassessing the employment of people with disabilities in Europe: From quotas to anti-discrimination laws », *Comparative Labor Law Journal*, n° 18, 1996, pp. 62-101.  
 « Chacon Navas v. Eurest Colectividades SA, Case C-13/05 », *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 487-499. **(22)**
- WARNIER N.,  
 « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux », *Revue de Droit International et Droit Comparé*, n° 2, 2007, pp. 225-286.
- WEISSE-MARCHAL C.,  
 « Le droit à une pension de veuf du partenaire de vie du même sexe », *D.*, 2008, p. 1873.
- XANTHAKI A.,  
 « Hope Dies Last: An EU Directive on Roma Integration Scrutiny », *European Public Law*, n° 4, 2005, pp. 515-526.

## IV. Les régimes spécifiques et dérogatoires en droit de l'Union

Les études spécialement consacrées à un régime dérogatoire ou spécifique en particulier, dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, manquent. Il s'agit plutôt d'articles et tous ne font pas l'objet d'un intérêt équivalent. On peut signaler ici que l'action positive est le régime qui fait l'objet de l'attention la plus grande, même si une étude complète en français, dans le droit de l'Union, ne lui avait jamais été consacrée.

### A) *L'action positive*

Nous signalons le rapport de M. DE VOS (1), que nous avons abondamment utilisé. Il date aujourd'hui et n'intègre donc pas les développements jurisprudentiels les plus récents. Dans la plupart des articles, le problème de la définition se pose (sur l'article de A. HAQUET (10) par exemple, nous avons exprimé d'importants désaccords d'interprétation, ou sur celui de M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF (5)). Les commentaires de L. CHARPENTIER (4) sont des références importantes mais leur ancienneté limite leur intérêt aujourd'hui. Il en est de même pour ceux de S. FREDMAN (6) (7). Les articles plus récents (C. GAUTHIER (8), M. GHEZA (9), P. KAPOTAS (11)) ne se révèlent pas nécessairement plus précis quant au travail de définition. L'article de J.-M. BELORGEY (2) doit être souligné parce qu'il tente précisément de définir les différentes formes d'action positive, de même que celui d'E. BREMS (3). Enfin, l'article de L. WADDINGTON et M. BELL (12), a été fondamental car il appelle précisément à une clarification du concept d'action positive, en proposant de nombreuses pistes en ce sens. Notre difficulté aura été globalement que les articles sont très nombreux mais que manquent des études récentes, qui intègrent les arrêts de la Cour de justice les plus récents et les dernières évolutions législatives. Les analyses restent souvent très casuistiques, par l'analyse de quelques arrêts de référence, sans chercher à prendre de hauteur particulière pour conceptualiser la notion.

### *Rapports*

ARCHIBONG U. (dir.),

*Perspectives internationales sur les mesures d'action positive. Étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique du Sud*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009, 84 p.

FREDMAN S.,

*Making Equality Effective: the Role of Proactive Measures*, Rapport pour la Commission européenne, 2009, 83 p.

VOS (de) M.,

*Au-delà de l'égalité formelle. Les actions positives au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008, 76 p. (1)

*Ouvrages spécialisés*

LOCHAK D., TSUJIMURA M. (dir.),  
*Egalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et Etats-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, 344 p.

*Articles*

- BADINTER R.,  
« Les discriminations positives dans l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 37-50.
- BARMES L.,  
« Navigating multi-layered uncertainty: EU, Member State and organizational perspectives on positive action », *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, n° 39, 2010 (en ligne).
- BELORGEY J.-M.,  
« De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations », *Droit social*, 2002, p. 683. **(2)**
- BERTHOU K.,  
« Sur les discriminations positives (CJCE, 28 mars 2000, Badeck) », *Droit social*, 2000, n° 9/10, pp. 901-908.
- BETTEN L., SHRUBSALL V.,  
« The Concept of Positive Sex Discrimination in Community Law - Before and after the Treaty of Amsterdam », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 14, n° 1, 1998, pp. 65-80.
- BREMS E.,  
« Kalanke », *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, 1995-1996, pp. 172-179. **(3)**
- BURROWS N., ROBINSON M.,  
« Positive action for women in employment: Time to align with Europe? », *Journal of Law and Society*, vol. 33, n° 1, 2006, p. 24-41.
- CARUSO D.,  
« Limits of the classic method: positive action in the European Union after the new equality directives », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 2, 2003, pp. 331-386.
- CHARPENTIER L., **(4)**  
« The European Court of Justice and the rhetoric of Affirmative Action », *European Law Journal*, vol. 4, n° 2, juin 1998, pp. 167-195.  
« L'arrêt Kalanke, Expression du discours dualiste de l'égalité » *RTDE*, n° 2, 1996, p. 281.
- CHOUDHURY B.,  
« Gender Diversity on Boards: Beyond Quotas », *European Business Law Review*, vol. 26, n° 1, 2015, pp. 229-248.
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF M.-F.,  
« Egalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, pp. 91-103. **(5)**
- CLERGERIE J.-L.,  
« Discriminations positives et égalité de traitement », *D.*, n° 5, 2005, p. 347.
- COX K.,  
« Positive Action in the European Union: From Kalanke to Marschall », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 8, n° 1, 1998-1999, pp. 101-142.



- DRIGUEZ L.,  
 « Mesures positives en faveur des travailleurs handicapés », *Europe*, n° 5, mai 2017, comm. 198.
- FENWICK H.,  
 « From Formal to Substantive Equality: The Place of Affirmative Action in European Union Sex Equality Law », *European Public Law*, vol. 4, n° 4, 1998, pp. 507-516.
- FREDMAN S.,  
 « Breaking the Mold: Equality as Proactive Duty », *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, n° 1, 2012, pp. 265-288.  
 « Affirmative Action and the European Court of Justice: a critical analysis », in SHAW J. (dir.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 171-195. (6)  
 « After Kalanke and Marschall: affirming Affirmative Action », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1998, p. 199. (7)
- GAUTHIER C.,  
 « La discrimination positive », in FINES F., GAUTHIER C., GAUTIER M. (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, pp. 83-96. (8)
- GHEZA M.,  
 « De la discrimination positive en droit communautaire ou la tentative de mise à nu d'une notion discutée », in POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 145-153. (9)
- HAQUET A.,  
 « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 2001, pp. 305-320. (10)
- ICARD P.,  
 « Législation nationale donnant une priorité de recrutement au sexe sous-représenté », *AJFP*, n°1, 2001, pp. 20-26.
- KAPOTAS P.,  
 « A Tale of Two Cities: Positive Action as "Full Equality" in Luxembourg and Strasbourg », in DZEHTSIAROU K., KONSTADINIDES T., LOCK T., et al. (dir.), *Human Rights Law in Europe: the Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Londres, Routledge, 2014, pp. 188-214. (11)
- KOBACK T. J.,  
 « The long, hard road to Amsterdam: effects of Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen and the Treaty of Amsterdam on positive action and gender equality in European Community law », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, n° 2, 1999, pp. 463-488
- LANQUETIN M.-T.,  
 « De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995 », *Droit Social*, mai 1996, pp. 494-501.
- LECOURT B.,  
 « Parité hommes-femmes dans les conseils d'administration : vers un texte européen de compromis ? », *Revue Sociétés*, 2016, p. 126.
- LOENEN T., VELDMAN A.,  
 « Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 12, n° 1, 1996, pp. 43-53.

- MEANS R.,  
 « Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen: the significance of the Kalanke decision on future positive action programs in the European Union », *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 30, n° 5, 1997, pp. 1087-1128.
- MITCHELL B.,  
 « Unfair Discrimination or Necessary for Equal Opportunity? : the ECJ upholds Positive Action in Lommers v. Minister van Landbouw », *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 26, n° 3, 2004, pp. 469-481.
- MOORE S.,  
 « Nothing positive from the Court of Justice », *European Law Review*, 1996, pp. 156-161.
- O’CINNEIDE C.,  
 « Positive Action and the Limits of Existing Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, pp. 351-365.
- O’CONNOR N.,  
 « The impact of positive action on private law freedoms – proposed EU directive on gender balance in the boardroom », *Trinity College Law Review*, vol. 18, 2014, pp. 126- 153.
- PETERS A.,  
 « Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law - From Kalanke and Marschall », *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 16, n° 3, 2000, pp. 251-276.  
 « Sex Equality Law after Kalanke and Marschall », *European Law Journal*, Vol. 4, n° 2, 1998, pp. 148-166  
 « The many meanings of Equality and Positive action in favour of women under European Community Law. A conceptual analysis », *European Law Journal*, vol. 2, n° 2, 1996, pp. 177-196.
- SALVIEJO C., VIAL C., « La notion de discrimination positive en droit communautaire », in GUILLERMIN G., OBERDORFF H. (dir.), *La cohésion économique et sociale, une finalité de l’Union européenne*, vol. I, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 291-309.
- SCHIEK D.,  
 « More Positive Action in Community law », *International Law Journal*, 1998, p. 155.  
 « Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law ? From Kalanke to Badeck », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 16, n° 3, 2000, pp. 251-276.
- SCHMITT M.,  
 « Une nouvelle approche du principe d’égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », *Droit ouvrier*, n° 630, 2001, p. 56.
- SENDEN L.,  
 « Positive Action in the EU put to the Test. A Negative Score », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, pp. 146-164.
- SIMON D.,  
 « Parité, égalité, légalité : le débat dans l’Union européenne », in *Mélanges en l’honneur de F. Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 469-484.
- STRATIGAKI M.,  
 « Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy », *European Journal of Women’s Studies*, Vol. 12, n° 2, pp. 165-186.
- SWEENEY M.,  
 « Les actions positives à l’épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, n° 2, 2012, pp. 87-93.

TOBLER C.,

« Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive », in N. AMELINE (dir.), *L'égalité entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle. Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 59-92.

TRLOGAN T., MAZURANA S., HODAPP P.,

« Can't we Enlarge the Blanket and the Bed: a Comparative Analysis of Positive Affirmative Action in the European Court of Justice », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 28, n° 1, 2004, p. 39-93.

VAN DE HEYNING C. J.

« "Is It Still a Sin to Kill a Mockingbird?": Remediating Factual Inequalities Through Positive Action: what Can Be Learned from the US Supreme Court and European Court of Human Rights Case Law », *European Human Rights Law Review*, n° 3, 2008, pp. 357-375.

WADDINGTON L., BELL M.,

« Exploring the boundaries of positive action under EU law: a search for conceptual clarity », *Common Market Law review*, vol. 48, 2011, pp. 1502-1526. **(12)**

### ***B) Les autres régimes spécifiques et dérogatoires***

Quant aux autres régimes que nous avons étudiés précisément, c'est surtout pour les aménagements raisonnables en faveur des travailleurs handicapés et aménagements pour la femme enceinte, accouchée et allaitante, que la doctrine est fournie. Le rapport de L. WADDINGTON et A. LAWSON **(2)** couvre tout le champ du handicap et fait donc une large place autant à l'action positive qu'à l'aménagement raisonnable. Il aide ainsi à comprendre l'articulation entre ces deux régimes. Le rapport collectif de A. LEJEUNE *et al.* **(1)**, sur l'aménagement raisonnable uniquement, nous a aussi beaucoup servi à comprendre les origines extra-européenne du régime et ses transpositions nationales. L'article de J. RINGELHEIM **(3)** qui propose, en partant de l'aménagement et de l'action positive, de réfléchir au principe de non-discrimination, est le plus proche par rapport à notre démarche.

#### *Rapports*

GRÜNDLER T. (dir.),

*Aménagements raisonnables et non-discrimination*, Rapport de recherche, Ardis, 2016, 118 p., en ligne.

LEJEUNE A., HUBIN J., RINGELHEIM J., ROBIN-OLIVIER S. *et al.*,

*Handicap et aménagements raisonnables au travail : importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, 206 p. **(1)**

WADDINGTON L., LAWSON A.,

*Disability and non-discrimination law in the European Union: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field (Report of the European Network of Legal Experts in the non-discrimination field)*, Bruxelles, Commission européenne, 2009, 84 p. **(2)**

## *Ouvrages spécialisés*

FILLION E., GUEVEL M.-R., ROUSSEL P. (dir.),  
*Aménagements raisonnables et Situations de handicap. Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?*, Actes électroniques de la journée d'études du 11 février 2016 organisée à l'EHESP, 76 p., en ligne.

## *Articles*

- BOSSU B.,  
« L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *La Semaine Juridique Social*, n° 23, 2018, p. 1192.
- GOLDSCHMIDT J. E.,  
« Reasonable accommodation in EU Equality Law in a Broader Perspective », *ERA Forum*, n° 8, 2007, pp. 39-48.
- JOLLS C.,  
« Antidiscrimination and Accommodation », *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001-2002, pp. 642-699.
- LHOSTE A.,  
« Evolution de la jurisprudence européenne sur les aménagements raisonnables », *Chronique de Droit Social*, n° 7, 2014, pp. 331-334.
- RINGELHEIM J.,  
« Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, pp. 57-82. **(3)**
- WADDINGTON L.,  
« When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is "reasonable" from a comparative perspective », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, n° 3, 2008, pp. 317-340.

### ***C) Les outils de contrôle juridictionnel***

Le contrôle juridictionnel des régimes spécifiques et dérogatoires a nécessité la maîtrise du principe de proportionnalité, de l'objectif légitime et de la marge d'appréciation. Dans des contextes généraux, l'analyse de M. MÜLLER **(5)** est une façon synthétique d'entrer dans l'analyse de la proportionnalité. Les travaux critiques de F. J. URBINA **(7)** **(16)** permettent de poursuivre de manière approfondie la lecture. Dans d'autres systèmes, certaines études sont aussi très enrichissantes (I. CORNESSE **(1)** par exemple). Dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'Homme, les publications ont un intérêt supplémentaire, car le contrôle de la Cour européenne présente de très nombreux points communs avec celui de la Cour de justice (voir P. MUZNY **(6)** ; S. VAN DROOGHENBROECK **(8)**). Il y a eu sur ce point un fructueux dialogue des juges. La proportionnalité a été en outre étudiée de manière générale en droit de l'Union (T.-I. HARBO **(3)** ; E. ELLIS **(2)**). Nous signalons ici en particulier la thèse de A. M. YETANO et celle de H. KOMBILA **(4)**, dans des domaines plus précis du droit de l'Union, qui contribuent à la réflexion sur les fonctions de la proportionnalité. Des articles récents, à la fois théoriques et casuistiques, sont à noter tout particulièrement dans le cadre du droit de l'Union européenne : ceux d'E. DUBOUT **(10)** et de M. FALLON **(11)**, ainsi que celui de D. U. GALETTA **(12)**. Enfin, certains articles plus anciens, comme celui de D. SIMON **(14)**,

continuent de servir de références car ils ont apporté des éléments essentiels. Sur la manière dont le juge module son contrôle selon les intérêts invoqués par les États, nous conseillons V. MICHEL (13). Sur la marge d'appréciation, l'article de M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE (9) s'impose, de même que celui de F. TULKENS et L. DONNAY (15) même s'il étudie la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

#### *Ouvrages spécialisés*

CORNESSE I.,

*La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, 567 p. (1)

ELLIS E.,

*The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 187 p. (2)

GENIAUT B.,

*La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Paris, Dalloz, 2009, 474 p.

HARBO T.-I.,

*The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, 331 p. (3)

HUSCROFT G., MILLER B. W. (dir.),

*Proportionality and the Rule of Law? Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 421 p.

KASTANAS E.,

*Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 480 p.

KOMBILA IBOUANGA H.,

*L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, Thèse pour le doctorat en droit, sous la direction d'A. LEVADE, Université Paris-Est Créteil, 2013 (4)

MÜLLER M.,

*Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Berne, Stämpfli Editions, 2016, 125 p. (5)

MUZNY P.,

*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*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 734 p. (6)

URBINA F. J.,

*A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 267 p. (7)

VAN DROOGHENBROECK S.,

*La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 785 p. (8)

YETANO A. M.,

*La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, 546 p.

## Articles

- BOWERS J., MORAN E.,  
« Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo », *International Law Journal*, 2002, pp. 307-320.
- DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L.,  
« Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 4, octobre-décembre 2000, p. 754. (9)
- DUBOUT E.,  
« Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 183-192. (10)
- FALLON M.,  
« La proportionnalité des entraves aux libertés économiques de circulation sous le prisme de la Charte, valeur ajoutée ou décorative ? », in *L'Europe au présent !, Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 399-455. (11)
- GALETTA D. U.,  
« Le principe de proportionnalité », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., AUBY J.-B. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501-525. (12)
- MARTIN D.,  
« Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres - Réflexions à partir de l'arrêt Age Concern », *JTT*, 2009, p. 241.
- MICHEL V.,  
« Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts : variation du contrôle selon les intérêts invoqués par l'État », in NEFRAMI E., SKOURIS V. (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 209-226. (13)
- RAZZOLINI O.,  
« The Margin of Appreciation of National Courts in Labour Law, Some Notes », in NEFRAMI E., SKOURIS V. (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 279-301.
- SIMON D., «  
Contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des communautés européennes », *Les petites affiches*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 17-32. (14)
- TULKENS F., DONNAY L.,  
« L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3. (15)
- URBINA F. J.,  
« Incommensurability and Balancing », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 3, 2015, pp. 575-605. (16)

## V. Droit international et droits comparés

### A) Droit international

Le droit international a constitué une source d'inspiration constante pour envisager les voies de développements du droit social de l'Union européenne. Certaines lectures se sont imposées pour cette raison, dans le cadre de l'ONU comme du Conseil de l'Europe.

## 1- L'Organisation des Nations-Unies

La thèse de M. BOSSUYT (4) reste, malgré son ancienneté, un « passage obligé » pour entrer dans le droit international de la non-discrimination. Les conventions spécialisées sur l'élimination des discriminations raciales, des discriminations à l'égard des femmes et relative aux droits des personnes handicapées contiennent des dispositions sur les mesures spéciales. Il est donc essentiel de maîtriser ces instruments dans leur globalité. Sur la CIEDR, le commentaire de P. THORNBERRY (8) est à la fois récent et complet. L'on peut ensuite compléter cette lecture par l'article de L.-A. SICILIANOS (13) qui réfléchit aux potentialités de cette Convention. Sur la CEDAW, les références à ne pas manquer sont le commentaire de M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF (6), et celui que D. ROMAN (7) a dirigé. Le rapport de M. SHULZE (2) est un point de départ pratique et synthétique pour comprendre la Convention relative aux droits des personnes handicapées. L'on doit compléter ce rapport par une étude d'ensemble comme celle d'E. FLYNN (5), ainsi que par les articles très pointus d'A. BOUJEKA (10).

Ces conventions prévoient des Comités de surveillance spécifiques, il faut donc réfléchir à la portée de leur action. Une très bonne analyse critique de cette question est celle de S. GROSBON, leur action étant confrontée au droit français de la non-discrimination. Celle de W. VANDENHOLE (9), bien qu'elle date maintenant, surtout vu l'adoption de la CDPH entre temps, est intéressante pour comprendre l'interprétation des exigences d'égalité et de non-discriminations selon les différents Comité.

Il nous faut enfin signaler l'excellent ouvrage de I. BOEREFIJN I., F. COOMANS et J. E. GOLDSCHMIDT (3) entièrement consacré aux mesures temporaires spéciales dans la Convention CEDAW. Aucune étude de ce genre n'existe pour les autres Conventions (même s'il existe un rapport du Comité CIEDR sur les mesures spéciales (1)). En outre, O'HARE (11) propose une étude très stimulante de l'intérêt des mesures spéciales en droit international et de la source d'inspiration qu'elles peuvent représenter pour le droit de l'Union. Son analyse manque toutefois d'une critique quant à la normativité de cet outil du droit international, il est donc intéressant de la compléter par la lecture de C. ROMANY et J.-B. CHU (12). Dans le même sens, l'article de L. WADDINGTON et L. VISSER (14) confronte les deux notions.

### *Rapports*

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Mesures positives destinées à éliminer toute incitation ou tous actes de discrimination raciale : Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Article 4*, New York, Nations Unies, 1986, 41 p. (1)

SCHULZE M.,

*Comprendre la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapée*, Rapport Handicap international, 2010, 174 p. (2)

## Ouvrages spécialisés

- BOEREFIJN I., COOMANS F., GOLDSCHMIDT J. E. (dir.),  
*Temporary special measures. Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women*, Belgique, Intersentia, 2003, 258 p. **(3)**
- BOSSUYT M.,  
*L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p. **(4)**
- FLYNN E.,  
*From rhetoric to action: implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 461 p. **(5)**
- FREEMAN M. A., CHINKIN C., RUDOLF B.,  
*The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 731 p. **(6)**
- HELLUM A., AASEN H.,  
*Women's Human Rights: CEDAW in international, regional and national law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 675 p.
- LANDAU E. C., BEIGBEDER Y.,  
*From ILO Standards to EU Law. The case of equality between Men and Women at Work*, Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2008, 340 p.
- MUTZENBERG P.,  
*Agir pour la mise en œuvre des droits civils et politiques, L'apport du Comité des droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2014, 299 p.
- RESSOT C.,  
*La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction d'E. DECAUX, Université Paris II Panthéon-Assas, 2007, 659 p.
- ROMAN D. (dir.),  
*La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, 370 p. **(7)**
- THORNBERRY P.,  
*The international Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2016, 535 p. **(8)**
- VANDENHOLE W.,  
*Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies*, Anvers, Intersentia, 2005, 293 p. **(9)**

## Articles

- BOSSUYT M.,  
« L'interdiction de la discrimination et l'action positive », in K. KOUFA (dir.), *Might and right in international relations*, Athènes, Sakkoulas Publications, 1999, pp. 325-344.
- BOUJEKA A.,  
« La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS*, 2007, n° 5, pp. 799-809. **(10)**
- DHOMMEAUX J.,  
« L'ONU et la liberté religieuse » in *Religion et Cour européenne des droits de l'Homme. Actes du colloque organisé par l'APIDH (édition 2013)*, *Revue des droits de l'Homme*, 7 | 2015, pp. 119-140.



FACIO A., MORGAN M. I.,

« Equity or Equality for Women - Understanding CEDAW's Equality Principles » *Alabama Law Review*, Vol. 60, n° 5, 2009, pp. 1133-1170.

GROSBON S.,

« Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 9, 2016, mis en ligne le 11 mai 2016.

HOLTMAA R., TOBLER C.,

« CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, n° 4, 2005, pp. 399-426.

O'HARE U.,

« Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Law », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 4, 2000, pp. 3-45. **(11)**

ROMANY C., CHU J.-B.,

« Affirmative Action in International Human Rights Law: A Critical Perspective of Its Normative Assumptions », *Connecticut Law Review*, Vol. 36, 2004, pp. 831-870. **(12)**

SICILIANOS L.-A.,

« L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, 2005, p. 899. **(13)**

WADDINGTON L., VISSER L.,

« Temporary Special Measures under the Women's Convention and Positive Action under EU Law: Mutually Compatible or Irreconcilable? », in I. WESTENDORP (dir.), *The Women's Convention turned 30: Achievements, Setbacks, and Prospects*, Intersentia, 2012, pp. 95-107. **(14)**

## 2- Le Conseil de l'Europe

Plusieurs études sont pertinentes pour entrer dans la matière. Le commentaire général de la Convention européenne des droits de l'Homme de L. BURGORGUE-LARSEN **(3)** et l'étude spécifiquement consacré à l'égalité et la non-discrimination dans ce cadre par O. M. ARNARDOTTIR **(1)**, sont des références essentielles. L'article d'O'CONNELL **(9)** est ensuite un complément précieux. L'article de G. GONZALEZ **(7)** sur le protocole additionnel n° 12 portant interdiction de discriminer parachève la description du droit conventionnel de la non-discrimination. L'ouvrage codirigé par F. SUDRE et H. SURREL **(5)** sur le droit à la non-discrimination au sens de la Convention est absolument essentiel. Non seulement il présente des études sur tous les aspects importants du contentieux de la Cour européenne, mais on trouve en outre des approches comparatives, avec le droit international, américain, de l'Union, et interaméricain des droits de l'Homme. C'est donc un ouvrage de référence sur la discrimination, bien au-delà du droit conventionnel européen. En outre, O. DE SCHUTTER **(4)** a consacré une étude très stimulante à la Charte sociale européenne. L'article de J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD **(8)** sur le Comité européen des droits sociaux et ses décisions souvent audacieuses est aussi à signaler. L'étude de F. BENOIT-ROHMER **(2)** permet d'aborder le dernier instrument pertinent qu'est la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.

Hormis ces approches générales, des auteurs se sont intéressés à la question de la discrimination positive et de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est le cas de J.-F. FLAUSS (6) et de P. J. PARAPAS (10). La question des stéréotypes a également suscité de l'intérêt, nous pouvons signaler ici l'excellent article d'A. TIMMER (11) qui étudie la jurisprudence novatrice de la Cour européenne sur ce point.

### Rapports

Conseil de l'Europe, *Rapport final d'activités du groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, EG-S-PA (2000) 7, Strasbourg, 2000, 127 p.

MICHEL A.,

*L'action positive pour les femmes. Etude préliminaire*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1986, 58 p.

SIMON P.,

*Statistiques « ethniques » et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, 122 p.

### Ouvrages spécialisés

ARNARDOTTIR O. M.,

*Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 265 p. (1)

BENOIT-ROHMER F.,

*Les minorités, quels droits ? Etude de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 175 p. (2)

BURGORGUE-LARSEN L.,

*La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, 219 p. (3)

DE SCHUTTER O. (dir.),

*La Charte sociale européenne : Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 192 p. (4)

EZAHRAOUI A.,

*Le juge européen des droits de l'homme et le principe de non-discrimination*, Thèse pour le doctorat en droit, Dijon, 2004.

IPPOLITO F., IGLESIAS SANCHEZ S.,

*Protecting Vulnerable groups: The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 481 p.

RENUCCI J.-F.,

*L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Dossier sur les droits de l'Homme n° 20, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2004, 115 p.

SUDRE F., SURREL H. (dir),

*Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 474 p. (5)

VELU J., ERGEC R.,

*La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.

Articles

CALLAWAERT J.,

« Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination », *RTDH*, vol. 16, n° 61, 2005, p. 159.

COSTA J.-P.,

« La Cour EDH et la protection des droits sociaux », *RTDH*, 2010, p. 207.

FLAUSS J.-F.,

« Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 415-437. (6)

GONZALEZ G.,

« Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, 2002, p. 113. (7)

HERVIEU N.,

« La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et Tsiganes » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 mars 2012.

LARRALDE J.-M.,

« La Cour européenne des droits de la femme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 819-842.

MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J.,

« Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.*, 2011, p. 1637.

« Le Comité européen des Droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *Revue du Droit public*, n° 3, 2011, p. 685. (8)

MARGUÉNAUD J.-P.,

« Le contrôle de comparabilité des situations familiales par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 443-451.

« 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 », *RTD civ.*, 2000, p. 434.

O'CONNELL R.,

« Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the Right to non-discrimination in the ECHR », *The Journal of the Society of Legal Scholars*, n° 2, 2009, pp. 211-229. (9)

PARARAS P. J.,

« La réticence européenne au regard des discriminations positives », in *Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 453-466 (10)

THARAUD D.,

« Le refus d'octroyer un congé parental au père : quand la Cour européenne des droits de l'Homme décide de pourfendre les stéréotypes », *RDSS*, n° 6, 2012, pp. 1041-1048.

TIMMER A.,

« Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights », *HRLR*, 2011, vol. 11, n° 4, pp. 707-738. (11)

VERA M.,

« Liberté de manifester sa religion dans l'exercice d'une activité professionnelle », *Journal du droit international*, n° 4, 2013, pp. 1302-1304.

## **B) Droit comparé**

### **1- États européens**

Les analyses en français de la discrimination positive sont nombreuses, mais elles sont souvent imprégnées d'une dimension idéologique et politique qui limite leur intérêt. Est beaucoup plus riche la thèse d'O. BUI-XUAN **(1)** qui propose une vraie réflexion sur la place de l'universalisme en droit public français, place que l'auteure appelle à relativiser étant donné l'importance des mécanismes différenciant les individus. Dans la même perspective, mais limitée à l'égalité des sexes, la très récente thèse d'E. FONDIMARE **(4)** propose une réflexion extrêmement poussée sur la logique de la différenciation dans le droit français. Les travaux de G. CALVÈS **(2)** **(5)** sont fondateurs sur la discrimination positive et ses spécificités réelles ou supposées dans le droit français. En outre, la doctrine française est abondante sur les quotas de sexe, étant donné les nombreux commentaires de la loi de 2011 **(7)** **(13)** instaurant en France un quota dans les conseils d'administration des sociétés cotées et des décisions retentissantes du Conseil constitutionnel sur le sujet (F. DEMICHEL **(6)**, F. GASPARD **(8)**, A. LEVADE **(12)**, S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN **(9)**). Voir aussi **(10)** et **(11)**). Nous soulignons ici la qualité du travail récent de M.-C. CERRATO DEBENEDETTI **(3)** en sociologie sur la lutte contre les discriminations ethno-raciales. Ses réflexions et définitions nous ont parfois inspiré.

En droit allemand, la thèse d'O. JOUANJAN **(14)** est un ouvrage de référence sur le principe d'égalité.

#### *a- France*

##### *Rapports*

CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 2016, 743 p.

Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1997, 509 p.

##### *Ouvrages spécialisés*

BUI-XUAN O.,

*Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus essais, 2004, 533 p. **(1)**

CALVÈS G.,

*Les politiques de discrimination positive*, Paris, La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux n° 822, 1999, 76 p. **(2)**

CERRATO DEBENEDETTI M.-C.,

*La lutte contre les discriminations ethno-raciales en France. De l'annonce à l'esquive (1998-2016)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, 256 p. **(3)**

DAVID F.,

*La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de M. BORGETTO, Université de Poitiers, 2001.

DRÉANO M.,

*La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, 835 p.

FONDIMARE E.,

*L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, Université Paris-Ouest Nanterre, 2018, 810 p. (4)

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.),

*La loi & le genre*, Etudes critiques de droit français, Paris, CNRS EDITIONS, 2014, 799 p.

LEPINARD E.,

*L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, 293 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN F.,

*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, 397 p.

MERCAT-BRUNS M.,

*Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, 584 p.

*Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, Paris, LGDJ, 2001, 696 p.,

PELLISSIER G.,

*Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p.

SABEG Y.,

*Discrimination positive. Pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris, Calmann-Lévy, 2004, 247 p.

SENAC-SLAWINSKI R.,

*La parité*, Paris, PUF, 2008, 127 p.

SERENO S.,

*Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-En-Provence, PUAM, 2017, 914 p.

XENOU L., PICOD F., SAUVÉ J.-M.,

*Les principes généraux du droit de l'union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 522 p.

### Articles

ABIKHZER F.,

« La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *Revue de la recherche juridique*, vol. 1, n° 4, 2005, p. 2081.

ARDANT P.,

« L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, pp. 135-144.

AUZERO G.,

« L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Droit social*, 2006, p. 822.

BUI-XUAN O.,

« L'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1100.

CAFARELLI F.,

« La traduction juridique de la notion d'égalité réelle », *AJDA*, n° 2, 2018, pp. 86-90.

CALVÈS G., (5)

« Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, n° 26, 2016, p. 1500.

« La discrimination positive "à la française" », in LEMAIRE F., GAURIAU B. (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, pp. 35-45.

« "De manière générale..." : le Conseil d'Etat face au droit communautaire de la non-discrimination », *D.*, 2010, p. 553.

« Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSS*, 2009, p. 291.

« Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, pp. 29-40.

« La parité entre hommes et femmes dans l'accès aux fonctions électives : faut-il réviser la Constitution ? », in *Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, pp. 228-232.

COHU S., LEQUET-SLAMA D., VELCHE D.,

« Politique en faveur des personnes handicapées, grandes tendances dans quelques pays européens », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, 2005, pp. 9-33.

DAUPHIN S.,

« Promotion de l'égalité des sexes en France : continuité et rupture », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, pp. 139-164

DEMICHÉL F.,

« A parts égales : contribution au débat sur la parité », *D.*, 1996, pp. 95-97. (6)

DETRAZ S.,

« La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal*, n° 6, Juin 2008, étude 10.

FATIN-ROUGE STEFANINI M.,

« Les discriminations positives en matière électorale aux Etats-Unis et en France », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, février 2008, en ligne.

FAVOREU L.,

« Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1998, pp. 153-165.

« Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France », in MESTRAL (de) A., BIRKS S., BOTHE M., et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, édition Yvon Blais, 1986, pp. 289-324.

FRANÇOIS B.

« Quota de femmes dans les conseils d'administration », *Revue Sociétés*, 2014, p. 601. (7)

GASPARD F.,

« La parité, pourquoi pas ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, pp. 115-126. (8)

GESLOT C.,

« Egalité devant la loi sociale et discriminations positives », *AJDA*, n° 35, 2006, p. 1961.

HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D.,

« Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *La Revue des droits de l'homme*, n° 12, 2017, mis en ligne le 29 juin 2017. (9)

JEAMMAUD A.,

« Du principe de l'égalité de traitement des salariés », *Droit social*, 2004, p. 694.

JUNTER A., LANQUETIN M.-T.,

« L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? », *RDT*, n° 2, 2006, pp. 72-75.

- LAGRANGE P.,  
« Les personnes vulnérables » in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 223-272.
- LANQUETIN M.-T.,  
« L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », *Droit social*, 2006, p. 624.
- LAUFER J.,  
« Femmes et carrières : la question du plafond de verre », *Revue française de gestion*, vol. 151, n° 4, 2004, pp. 117-127.
- LAULOM S.,  
« Les écarts de salaires entre les femmes et les hommes en France », *Revue du droit européen de l'égalité de genres*, n° 1, 2009, pp. 4-16.
- LEMAIRE F.,  
« La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, n° 2, 2010, pp. 301-308.
- LEPINARD E., BERENI L., (10)  
« La parité ou le mythe d'une exception française », *Pouvoirs*, n° 111, novembre 2004, pp. 73-85.  
« Les femmes ne sont pas une catégorie. Les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, vol. 54, n° 1, 2004, pp. 71-98.
- LEPINARD E., (11)  
« Faire la loi, faire le genre. Conflits d'interprétation juridique sur la parité », *Droit et société*, n° 62, 2006, pp. 45-66.
- LEVADE A., (12)  
« Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 55-71.
- LUCHAIRE F.,  
« Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1983, pp. 1229-1274.
- MAISONNEUVE M.,  
« Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2000, p. 561.
- MASSELOT A., MAYMONT A., (13)  
« Gendering Economic and Financial Governance Through Positive Action Measures: the Compatibility of the French Real Equality Measure with the European Union Framework », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n° 1, 2015, pp. 57-80.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F.,  
« La parité n'est pas l'égalité ? (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives) », *D.*, 2006, p. 873.
- MEURS D., PAILHÉ A., SIMON P.,  
« Persistance des inégalités entre générations liées à l'immigration : l'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », *Population*, vol. 61, n° 5, 2006, pp. 763-801.
- MICHELET K.,  
« Les incertitudes liées à la question de l'égalité entre hommes et femmes », *RDSS*, 2004, p. 561.
- NASOM-TISSANDIER H.,  
« Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Droit social*, 2018, p. 348.

- PISIER E.,  
 « Des impasses de la parité », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1998, pp. 143-152.
- PRIMON J.-L.,  
 « La perception des discriminations au filtre des enquêtes statistiques », *Agora débats/jeunesses*, vol. 57, no. 1, 2011, pp. 121-134.
- RIHAL H.,  
 « Le contentieux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés : le respect de l'obligation des 6 % apprécié par les juridictions administratives et judiciaires », *RDSS*, 2010, p. 1146.
- RIVERO J.,  
 « Rapport sur 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, 1965, p. 343.
- ROUSSEAU D.,  
 « La révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 : d'un universalisme abstrait à un universalisme concret », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau : les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 441-450.
- SABBAGH D.,  
 « La légitimation de la "discrimination positive" dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », in BEN BARKA M., RUIZ J.-M. (dir.), *États-Unis / Europe. Des modèles en miroir*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2006, pp. 113-132.
- SEILLER B.,  
 « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 979-1000.
- SENAC R.,  
 « Du *gender mainstreaming* au paritarisme : genèse d'un concept controversé », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, pp. 27-47.
- SLAMA S.,  
 « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 9, 2016, mis en ligne le 27 juin 2016.
- SOUVIGNET X.,  
 « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n° 2, 2013, pp. 315-325.
- STASSE F.,  
 « Égalité et discriminations positives », in *Regards sur l'actualité*, n° 232, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 19-25.
- VAN PARIJS P.,  
 « Quand les inégalités sont-elles justes ? », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La documentation française, 1998, pp. 223-232.
- VARIKAS E.,  
 « Refonder ou raccommoier la démocratie ? Réflexions critiques sur la demande de parité des sexes », *French Politics and Society*, vol. 12, n° 4, 1994, pp. 1-34.
- VOGEL-POLSKY E.,  
 « Genre et droit, les enjeux de la parité », *Cahiers du Gedisst*, n° 17, 1996, p. 17.



b- Autres États membres

Ouvrages spécialisés

JOUAJAN O.,

*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, 449 p. (14)

MOYSE F., SALERNO A.,

*Echec à la discrimination. Analyse de la législation luxembourgeoise autour de la transposition des directives européennes 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 470 p.

VERLOO M.,

*Multiple meanings of gender equality: a critical frame analysis of gender policies in Europe*, New York, Central European University Press, 2007, 309 p.

Articles

BENNETT M., ROBERTS S., DAVIS H.,

« The Way Forward - Positive Discrimination or Positive Action? », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 6, n° 3, 2005, pp. 223-249.

BRÖSTL A.,

« Positive Action and the Principle of Equality: Discussing a Decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic », *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, 2007, pp. 377-395.

GERARDS J. H.,

« Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation », *Maastricht Journal European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 291.

HAVELKOVÁ B.,

« Burden of Proof and Positive Action in Decisions of the Czech and the Slovak Constitutional Courts: Milestones or Mill-stones for Implementation of EC Equality Law? », *European Law Review*, vol. 32, n° 5, 2007, pp. 686-704.

RAMBAUD T.

« Le droit allemand de la non-discrimination à l'épreuve du droit communautaire », in POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 167-176.

SAINSBURY D., BERGQVIST C.,

« Gender mainstreaming à la suédoise », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, pp. 117-138.

VICKERS L.,

« Celebrating Diversity – The Implementation of the European Non-Discrimination Directives in the UK », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 2006, p. 279.

YTTERBERG H.,

« La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : l'exemple suédois », in D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 178-192.

ZANARDO A.,

« Achieving Gender Balance in Corporate Boards: The Italian Experience », *European Company Law*, vol. 10, n° 3, 2013, p. 109.

## 2- États-Unis

La thèse de G. CALVÈS (1) consacrée à l'*Affirmative Action* dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis a occupé une place déterminante dans notre étude, malgré la différence des systèmes étudiés. Cette thèse est une référence parce qu'elle étudie l'État où est né le principe même de l'action positive, et en raison de la qualité de l'étude menée. Les problématiques, critiques et incohérences, mises en lumière par l'auteure à propos de l'*affirmative action* sont tantôt propres au système des États-Unis, notamment du fait de la composition de la Cour suprême, tantôt transposables à l'action positive en droit de l'Union. Les travaux de D. SABBAGH (2) sont aussi essentiels en ce sens, notamment sur le concept de discrimination positive indirecte (4), que nous avons largement utilisé.

Nous mettons également en avant les réflexions théoriques des professeurs ROSENFELD (3) et WESTEN (5) au sujet de l'égalité et de l'égalité des chances, qui ont nourri les nôtres.

### *Ouvrages spécialisés*

CALVÈS G.,

*L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême aux États-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, Paris, LGDJ, 1998, 380 p. (1)

DREYFUSS J., LAWRENCE C.,

*The Bakke case: the politics of inequality*, San Diego, Hartcourt Brace Jovanovich, 1979, 278 p.,

ROSENFELD M.,

*Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991, 373 p.

SABBAGH D., (2)

*L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p.

*L'Affirmative Action aux États-Unis : construction juridique et enjeux politiques des dispositifs de lutte contre l'inégalité et la discrimination raciales*, Paris, Institut d'Etudes politiques de Paris, 2000, 726 p.

### *Articles*

BEAUD O.,

« L'"affirmative action" aux États-Unis : une discrimination à rebours ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, vol. 36, n° 3, pp. 503-521.

DE SCHUTTER O.,

« Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, n° 7, 1991, pp. 347-368.

GERSTMANN E., SHORTELL C.,

« The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 72, n° 1, 2010, pp. 1-52.

HOLZER D., NEUMARK D.,

« Assessing Affirmative Action », *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n° 3, 2000, pp. 483-568.

MAGUAIN D.,

« Discrimination positive : un bilan des expériences américaines et européennes », *Revue française d'économie*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 147-193.

PADILLA L. M.,

« Intersectionality and Positionality: Situating Women of Color in the Affirmative Action Dialogue », *Fordham Law Review*, vol. 66, 1997-1998, pp. 843-927

PRICE W. S.,

« The Affirmative Action concept of Equal Employment Opportunity », *Law Labor Journal*, vol 16, n° 10, 1965, pp. 603-620.

ROSENFELD M.,

« Substantive Equality and Equal Opportunity: A Jurisprudential Appraisal », *California Law Review*, vol. 74, n° 5, 1986, pp. 1687-1712. (3)

SABBAGH D.,

« Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, vol. 79, n° 3, 2010, pp. 41-67. (4)

« Universités américaines : la fin des préférences raciales ? », *Critique internationale*, n° 17, 2002, pp. 128-186.

« L'Affirmative Action et les aléas de la catégorisation raciale aux États-Unis », *Raisons politiques*, n° 2, 1999, pp. 7-26.

STEINBUGLER C., PRESS J. E., JONHSON DIAS J.,

« Gender, Race, and Affirmative Action: Operationalizing Intersectionality in Survey Research », *Gender and Society*, vol. 20, n° 6, 2006, pp. 805-825.

WESTEN P., (5)

« The Concept of Equal Opportunity », *Ethics*, vol. 95, n° 4, 1985, pp. 837-850.

« The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 3, 1982, p. 546.



## TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

*N. B.* : Les arrêts sont cités par ordre chronologique, du plus ancien au plus récent.

### I. Index de la jurisprudence de l'Union européenne

*N. B.* : Les arrêts qui traitent de l'action positive sont en gras, ils sont ceux que l'on trouve développés dans le tableau à l'annexe 3. Les renvois correspondent aux paragraphes de la thèse.

#### A) *La Cour de Justice des Communautés européennes*

CJCE, 17 juillet 1963, *Italie/Commission*, C-13/63 (EU:C:1963:20) : 27.

CJCE, 10 décembre 1968, *Commission/ Italie*, C-7/68 (EU:C:1968:51) : 551.

CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, C-15/69 (EU:C:1969:46) : 18 ; 20 ; 103.

CJCE, 7 juin 1972, *Bertoni/Parlement*, C-20/71 (EU:C:1972:48) : 245.

CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, C-152/73 (EU:C:1974:13) : 103.

CJCE, 8 avril 1976, *Hirardin*, C-112/75 (EU:C:1976:60) : 41.

CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne/État belge*, C-80/70 (EU:C:1971:55) : 504 ; 525 ; 528.

CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini*, C-32/75 (EU:C:1975:120) : 569.

CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena* dit « Defrenne II », C-43/75 (EU:C:1976:56) : 240 ; 447.

CJCE, 27 octobre 1976, *Prais/Conseil*, C-130/75 (EU:C:1976:142) : 188.

CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, C-117/76 et C-16/77 (EU:C:1977:160) : 40 ; 81 ; 265.

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne/Sabena* dit « Defrenne III », C-149/77 (EU:C:1978:130) : 398 ; 601 ; 610.

CJCE, 28 mars 1979, *Saunders*, C-175/78 (EU:C:1979:88) : 553.

CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public / Even*, C-207/78 (EU:C:1979:144) : 569.

CJCE, 27 mai 1980, *Macarthys/Smith*, C-129/79 (EU:C:1980:103) : 87.

CJCE, 26 juin 1980, *Pardini*, C-808/79 (EU:C:1980:173) : 876.

CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, C-136/79 (EU:C:1980:169) : 688.

CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, C-96/80 (EU:C:1981:80) : 107 ; 109 ; 113.

CJCE, 9 février 1982, *Garland*, C-12/81 (EU:C:1982:44) : 503 ; 525.

CJCE, 8 novembre 1983, *Commission/Royaume-Uni*, C-165/82 (EU:C:1983:311) : 530.

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, C-14/83 (EU:C:1984:153) : 859.

CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, C-184/83 (EU:C:1984:273) : 180.

CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, C-152/84 (EU:C:1986:84) : 506.

CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, C-170/84 (EU:C:1986:204) : 114 ; 233 ; 501.

CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84 (EU:C:1986:206) : 82-83 ; 209.

CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, C-24/86 (EU:C:1988:43) : 580.

CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, C-318/86 (EU:C:1988:352) : 209 ; 298.  
 CJCE, 27 septembre 1988, *État belge / Humbel et Edel*, C-263/86 (EU:C:1988:451) : 551.  
 CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, C-312/86 (EU:C:1988:485) : 101 ; 767 ; 854.  
 CJCE, 7 avril 1989, *Neumann*, C-38/86 (EU:C:1987:188) : 876.  
 CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder*, C- 265/87 (EU:C:1989:303) : 902.  
 CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88 (EU:C:1989:328) : 114 ; 231.  
 CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, C-109/88 (EU:C:1989:383) : 100 ; 141 ; 236 ; 238.  
 CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88 (EU:C:1989:646) : 296.  
 CJCE, 13 décembre 1989, *Ruzius-Wilbrink*, C-102/88 (EU:C:1989:639) : 230.

CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88 (EU:C:1990:209) : 503 ; 524.  
 CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89 (EU:C:1990:265) : 245.  
 CJCE, 8 novembre 1990, *Hertz*, C-179/88 (EU:C:1990:384) : 69 ; 101.  
 CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88 (EU:C:1990:383) : 69 ; 100 ; 173.  
 CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, C-184/89 (EU:C:1991:50) : 110 ; 240.  
 CJCE, 7 mai 1991, *Commission/Belgique*, C-229/89 (EU:C:1991:187) : 234 ; 503.  
 CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89 (EU:C:1991:324) : 531 ; 776 ; 831-833.  
 CJCE, 26 février 1992, *Bernini*, C-3/90 (EU:C:1992:89) : 574.  
 CJCE, 4 juin 1992, *Bötel*, C-360/90 (EU:C:1992:246) : 114.  
 CJCE, 16 juillet 1992, *Jackson et Cresswell*, C-63/91 et C-64/91 (EU:C:1992:329) : 506.  
 CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92 (EU:C:1993:859) : 240 ; 724.  
 CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth/Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92 (EU:C:1993:916) : 551.  
 CJCE, 2 juin 1994, *AC-ATEL Electronics Vertriebs*, C-30/93 (EU:C:1994:224) : 557.  
 CJCE, 14 juillet 1994, *Carole Webb*, C-32/93 (EU:C:1994:300) : 100-101 ; 178 ; 180 ; 520.  
 CJCE, 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92 (EU:C:1994:187) : 180.  
 CJCE, 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93 (EU:C:1994:350) : 524.  
 CJCE, 5 octobre 1994, *X. / Commission*, C-404/92 P (EU:C:1994:361) : 690.  
 CJCE, 13 juillet 1995, *Meyers*, C-116/94 (EU:C:1995:247) : 514.  
**CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93 (EU:C:1995:322) : 272 ; 277-279 ; 285 ; 290 ; 297-300 ; 516 ; 861 ; 933-934 ; 945-946 ; 957 ; 984-985 ; 1001.**  
 CJCE, 14 décembre 1995, *Nolte*, C-317/93 (EU:C:1995:438) : 234.  
 CJCE, 14 décembre 1995, *Megner et Scheffel*, C-444/93 (EU:C:1995:442) : 234.  
 CJCE, 30 avril 1996, *P./S.*, C-13/94 (EU:C:1996:170) : 389 ; 636.  
 CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn*, C-237/94 (EU:C:1996:206) : 121 ; 129.  
 CJCE, 10 octobre 1996, *Hoever*, C-245/94 et C-312/94 (EU:C:1996:379) : 567.  
 CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95 (EU:C:1997:254) : 601.  
 CJCE, 2 octobre 1997, *Kording*, C-100/95 (EU:C:1997:453) : 118.  
 CJCE, 2 octobre 1997, *Gerster*, C-1/95 (EU:C:1997:452) : 125 ; 530.  
**CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95 (EU:C:1997:533) : 277 ; 280 ; 285 ; 377 ; 516 ; 620 ; 754 ; 776 ; 935 ; 945-946 ; 976.**  
 CJCE, 17 février 1998, *Grant*, C-249/96 (EU:C:1998:63) : 636.  
 CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96 (EU:C:1998:171) : 551.  
 CJCE, 30 avril 1998, *Thibault*, C-136/95 (EU:C:1998:178) : 174 ; 180.  
 CJCE, 17 juin 1998, *Hill*, C-243/95 (EU:C:1998:298) : 120 ; 239 ; 530.

CJCE, 22 septembre 1998, *Coote*, C-185/97 (EU:C:1998:424) : 859.

CJCE, 27 octobre 1998, *Boyle*, C-411/96 (EU:C:1998:506) : 120.

CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95 (EU:C:1999:22) : 54.

CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97 (EU:C:1999:60) : 122 ; 235 ; 926.

CJCE, 9 septembre 1999, *Krüger*, C-281/97 (EU:C:1999:396) : 234.

CJCE, 16 septembre 1999, *Abdoulaye*, C-218/98 (EU:C:1999:424) : 503.

CJCE, 14 octobre 1999, *Adidas*, C-223/98 (EU:C:1999:500) : 557.

CJCE, 21 octobre 1999, *Lewen*, C-333/97 (EU:C:1999:512) : 125 ; 503.

CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97 (EU:C:1999:523) : 514 ; 527.

CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98 (EU:C:2000:2) : 85 ; 527-528 ; 931.

**CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/97 (EU:C:2000:163) : 285-286 ; 359 ; 513 ; 935 ; 959-960 ; 975.**

CJCE, 6 avril 2000, *Jorgensen*, C-226/98 (EU:C:2000:191) : 120 ; 403.

CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et 191/97 (EU:C:2000:199) : 551.

CJCE, 16 mai 2000, *Preston e. a. et Fletcher et autres*, C-78/98 (EU:C:2000:247) : 120.

CJCE, 25 mai 2000, *Podesta*, C-50/99 (EU:C:2000:288) : 528.

**CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98 (EU:C:2000:367) : 285 ; 938-939 ; 954.**

CJCE, 26 septembre 2000, *Kachelmann*, C-322/98 (EU:C:2000:495) : 403.

**CJCE, 7 décembre 2000, *Schnorbus*, C-79/99 (EU:C:2000:676) : 124 ; 288-289 ; 517 ; 948.**

CJCE, 18 janvier 2001, *Commission/Italie*, C-162/99 (EU:C:2001:35) : 1 ; 41.

CJCE, 6 juin 2001, *Brunnhöfer*, C-381/99 (EU:C:2001:358) : 246-248.

CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99 (EU:C:2001:404) : 52.

CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00 (EU:C:2001:513) : 520.

CJCE, 4 octobre 2001, *Bowden*, C-133/00 (EU:C:2001:514) : 120.

CJCE, 4 octobre 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99 (EU:C:2001:509) : 520.

CJCE, 15 novembre 2001, *Dereci e.a.*, C-256/11 (EU:C:2011:734) : 690.

**CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99 (EU:C:2001:648) : 280 ; 322-323 ; 524 ; 767 ; 786 ; 882.**

**CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99 (EU:C:2002:183) : 756-758 ; 767 ; 939 ; 949.**

CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, C-186/01 (EU:C:2003:146) : 528.

CJCE, 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00 (EU:C:2003:168) : 239.

CJCE, 11 septembre 2003, *Steinicke*, C-77/02 (EU:C:2003:458) : 18 ; 109.

CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02 (EU:C:2003:539) : 183.

CJCE, 23 octobre 2003, *Schönheit*, C-4/02 (EU:C:2003:583) : 120.

CJCE, 13 novembre 2003, *Granarolo*, C-294/01 (EU:C:2003:611) : 557.

CJCE, 4 décembre 2003, *Kristiansen*, C-92/02 (EU:C:2003:652) : 54.

CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, C-117/01 (EU:C:2004:7) : 94.

CJCE, 13 janvier 2004, *Allonby*, C-256/01 (EU:C:2004:18) : 120.

CJCE, 27 mai 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02 (EU:C:2004:320) : 109.  
**CJCE, 30 septembre 2004, Briheche, C-319/03 (EU:C:2004:574) : 301 ; 319 ; 324 ; 786 ; 991.**

CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02 (EU:C:2005:141) : 73 ; 100.  
CJCE, 21 juillet 2005, *Vergani*, C-207/04 (EU:C:2005:495) : 55 ; 243 ; 521.  
CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04 (EU:C:2005:709) : 56 ; 395-398 ; 603 ; 927.

CJCE, 16 février 2006, *Sarkatzis Herrero*, C-294/04 (EU:C:2006:109) : 43.  
CJCE, 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04 (EU:C:2006:256) : 53 ; 90.  
CJCE, 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05 (EU:C:2006:456) : 63 ; 143 ; 676-677.  
CJCE 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05 (EU:C:2006:633) : 110.

CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, C-213/05 (EU:C:2007:438) : 234.  
CJCE, 11 septembre 2007, *Lindorfer/Conseil*, C-227/04 P (EU:C:2007:490) : 798.  
CJCE, 20 septembre 2007, *Kiiski*, C-116/06 (EU:C:2007:536) : 824.  
CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, C-460/06 (EU:C:2007:601) : 520.  
CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05 (EU:C:2007:604) : 927.  
CJCE, 6 décembre 2007, *Voß*, C-300/06 (EU:C:2007:757) : 231.

CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06 (EU:C:2008:85) : 782.  
CJCE, 26 février 2008, *Mayr*, C-506/06 (EU:C:2008:119) : 520.  
CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07 (EU:C:2008:397) : 59 ; 112 ; 134 ; 136.  
CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06 (EU:C:2008:415) : 61-64 ; 672 ; 683.  
CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06 (EU:C:2008:179) : 71-73 ; 84 ; 496 ; 668.  
CJCE, 13 novembre 2008, *Commission/Italie*, C-46/07 (EU:C:2008:618) : 321 ; 524.  
CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07 (EU:C:2008:728) : 27 ; 79 ; 81 ; 160 ; 164.

CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07 (EU:C:2009:128) : 57 ; 256 ; 927.  
CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07 (EU:C:2009:141) : 254.  
CJCE, 26 mars 2009, *Commission/Grèce*, C-559/07 (EU:C:2009:198) : 767.  
CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08 : 58 ; 927.

**B) La Cour de Justice de l'Union européenne**  
(à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009)

CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08 (EU:C:2010:3) : 204 ; 909.  
CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08 (EU:C:2010:124) : 252-254 ; 890.  
CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07 (EU:C:2010:21) : 260 ; 603 ; 783.  
CJUE, 4 février 2010, *Commission/Royaume-Uni*, C-186/09 (EU:C:2010:60) : 550.  
**CJUE, 30 septembre 2010, Roca Alvarez, C-104/09 (EU:C:2010:561) : 320 ; 508 ; 767 ; 813 ; 883-884.**



CJCE, 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08 (EU:C:2010:600) : 69 ; 918 ; 927.

CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, C-45/09 (EU:C:2010:601) : 916.

CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, C-250/09 et C-268/09 (EU:C:2010:699) : 259.

CJUE, 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09 (EU:C:2010:703) : 53 ; 230 ; 244-245.

CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52-09 (EU:C:2011:83) : 761.

CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, C-236/09 (EU:C:2011:100) : 794-798 ; 801 ; 831-832

CJCE, 17 mars 2011, *Commission / Pologne*, C-326/09 (EU:C:2011:155) : 550.

CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08 (EU:C:2011:286) : 72-73 ; 84 ; 248 ; 525.

CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09 (EU:C:2011:291) : 578 ; 628.

CJUE, 22 juin 2011, *Landtová*, C-399/09 (EU:C:2011:415) : 55.

CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs*, C-159/10 et C-160/10 (EU:C:2011:508) : 259.

CJUE, 8 septembre 2011, *Henings*, C-297/10 et C-298/10 (EU:C:2011:560) : 96 ; 259.

CJUE, 13 septembre 2011, *Prigge*, C-447/09 (EU:C:2011:573) : 252 ; 891.

CJUE, 20 octobre 2011, *Brachner*, C-123/10 (EU:C:2011:675) : 567.

CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10 (EU:C:2012:233) : 133.

CJUE, 6 novembre 2012, *Commission / Hongrie*, C-286/12 (EU:C:2012:687) : 57.

CJUE, 22 novembre 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11 (EU:C:2012:746) : 109 ; 237.

CJUE, 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11 (EU:C:2012:772) : 628-629.

CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren Fransson*, C-617/10 (EU:C:2013:280) : 601.

CJUE, 28 février 2013, *Kenny*, C-427/11 (EU:C:2013:122) : 239.

CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11 (EU:C:2013:222) : 143 ; 176 ; 676 ; 895 ; 897.

CJUE, 11 avril 2013, *Soukupová*, C-401/11 (EU:C:2013:223) : 53.

CJUE, 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12 (EU:C:2013:275) : 694.

CJUE, 20 juin 2013, *Riežniece*, C-7/12 (EU:C:2013:410) : 125.

CJUE, 12 septembre 2013, *Kuso*, C-614/11 (EU:C:2013:544) : 55.

CJUE, 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12 (EU:C:2013:571) : 161.

CJUE, 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, C-199/12, C-200/12 et C-201/12 (EU:C:2013:720) : 691.

CJUE, 12 décembre 2013, *Carratù*, C-361/12 (EU:C:2013:830) : 96.

CJUE, 12 décembre, 2013, *Hay*, C-267/12 (EU:C:2013:823) : 71-73 ; 157 ; 255.

CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 (EU:C:2014:2) : 467 ; 603.

CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13 (EU:C:2014:126) : 601.

CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, C-595/12 (EU:C:2014:128) : 124 ; 508.

CJUE, 18 mars 2014, *Z.*, C-363/12 (EU:C:2014:159) : 96 ; 143 ; 371.

CJUE, 15 mai 2014, *Szatmári Malom*, C-135/13 (EU:C:2014:327) : 81.

CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12 (EU:C:2014:350) : 46 ; 162 ; 371.

CJUE, 19 juin 2014, *Specht*, C-501/12 (EU:C:2014:2005) : 927.

CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernandez e. a.*, C-198/13 (EU:C:2014:2055) : 601.

CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13 (EU:C:2014:2090) : 237 ; 322.

CJUE, 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13 (EU:C:2014:2132) : 576.

CJUE, 17 septembre 2014, *Lihaveis*, C-562/12 (EU:C:2014:2229) : 601.

CJUE, 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13 (EU:C:2014:2359) : 888 ; 927.

CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, C-416/13 (EU:C:2014:2371) : 908-910.

CJUE, 2 décembre 2014, *A, B et C*, C-148/13 à C-150/13 (EU:C:2014:2406) : 672.

CJUE, 18 décembre 2014, *FOA*, C-354/13 (EU:C:2014:2463) : 678-679.

CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, C-528/13 (EU:C:2015:288) : 668-671 ; 799-801 ; 919-924.

CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, C-83/14 (EU:C:2015:480) : 556-559 ; 653.

CJCE, 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, C-222/14 (EU:C:2015:473) : 55 ; 767 ; 773 ; 854 ; 881.

CJUE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *O.*, C-432/14 (EU:C:2015:643) : 95.

CJUE, 17 décembre 2015, *Arjona Camacho*, C-407/14 (EU:C:2015:831) : 859.

CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses Kft*, C-419/14 (EU:C:2015:832) : 690.

CJUE, 16 juin 2016, *Lesar*, C-159/15 (EU:C:2016:451) : 91 ; 161.

CJUE, 14 septembre 2016, *de Diego Porras*, C-596/14 (EU:C:2016:683) : 91 ; 96.

CJUE, 6 octobre 2016, *Paoletti e. a.*, C-218/15 (EU:C:2016:748) : 601.

CJUE, 10 novembre 2016, *De Lange*, C-548/15 (EU:C:2016:850) : 889 ; 906-907.

CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, C-258/15 (EU:C:2016:873) : 203-204 ; 908-910.

CJUE, 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15 (EU:C:2016:897) : 147-149 ; 628-629.

CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15 (EU:C:2016:917) : 677.

CJUE, 21 décembre 2016, *Vervloet e.a.*, C-76/15 (EU:C:2016:975) : 46 ; 162.

CJUE, 21 décembre 2016, *Bowman*, C-539/15 (EU:C:2016:977) : 141.

**CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15 (EU:C:2017:198) : 179 ; 340 ; 379 ; 393 ; 399 ; 521 ; 824 ; 864.**

CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15 (EU:C:2017:203) : 190-197 ; 249 ; 658 ; 664.

CJUE, 14 mars 2017, *Bougnaoui et ADDH*, C-188/15 (EU:C:2017:204) : 194 ; 213-216 ; 249 ; 656 ; 712.

CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans*, C-668/15 (EU:C:2017:278) : 134-137 ; 154.

CJUE, 13 juillet 2017, *Kleinsteuber*, C-354/16 (EU:C:2017:539) : 109 ; 161.

CJUE, 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, C-143/16 (EU:C:2017:566) : 91 ; 259.

CJUE, 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera*, C-560/15 (EU:C:2017:593) : 49 ; 81 ; 160.

CJUE, 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16 (EU:C:2017:767) : 207-208 ; 910.

CJCE, 19 octobre 2017, *Otero Ramos*, C-531/15 (EU:C:2017:789) : 55.

CJUE, 18 janvier 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16 (EU:C:2018:17) : 143.

CJUE, 28 février 2018, *John*, C-46/17 (EU:C:2018:131) : 261.

CJUE, 14 mars 2018, *Stollwitzer*, C-482/16 (EU:C:2018:180) : 161.

CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16 (EU:C:2018:257) : 219-221.  
CJUE, 26 juin 2018, *MB*, C-451/16 (EU:C:2018:492) : 55.  
CJUE, 27 juin 2018, *SGL*, C-459/17 et C-460/17 (EU:C:2018:501) : 41.  
CJUE, 11 septembre 2018, *IR*, C-68/17 (EU:C:2018:696) : 222-223.  
CJUE, 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17 (EU:C:2018:734) : 145 ; 503.  
CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, C-457/17 (EU:C:2018:912) : 576-578

### **C) Le Tribunal de l'Union européenne**

Trib.UE, 9 septembre 2015, *Pérez Gutiérrez / Commission*, T-168/14 (EU:T:2015:607) : 690.

### **D) Le Tribunal de la Fonction publique de l'Union européenne**

TFPUE, 14 octobre 2010, *W/Commission*, F-86/09 (EU:F:2010:125) : 692.  
TFPUE, 11 juillet 2012, *AI*, F-85/10 (EU:F:2012:97) : 520.  
TFPUE, 19 juin 2013, *CF/AESA*, F-40/12 (ECLI:EU:F:2013:85) : 690.  
TFPUE, 18 juin 2015, *EG / Parlement*, F-79/14 (ECLI:EU:F:2015:63) : 692.

## **II. Table de la jurisprudence d'autres juridictions**

*N. B.* : Un index n'a pas paru pertinent pour les arrêts cités des autres juridictions, étant donné que, si certains sont commentés, tel n'est pas le cas de manière aussi systématique que pour la jurisprudence de l'Union.

### **A) Les juridictions et comités internationaux**

#### **1- Commission et Cour européennes des droits de l'Homme**

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"*, n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76.

CEDH, 18 octobre 1982, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7215/75.

CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79.

CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81 ; 9265/81 ; 9266/81 ; 9313/81 ; 9405/81.

Com. EDH, 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*, n° 12242/96.

CEDH (Ass. Plén.), 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84.

CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88.

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88.

CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90.  
CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90.  
CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays Bas*, n° 20060/92.  
CEDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92.  
CEDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, n° 21319/93, 21449/93, 21675/93.  
CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92.

CEDH (GC), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, n° 27798/95.  
CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97.  
CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95.  
CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94.  
CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97.  
CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.  
CEDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97.  
CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.  
CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96.  
CEDH, 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00.  
CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.  
CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, n° 55762/00 et 55974/00.  
CEDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01, 65900/01.  
CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02.  
CEDH, 22 octobre 2006, *Stubbings c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 et 22095/93.  
CEDH, 3 avril 2007, *Copland c. Royaume-Uni*, n° 62617/00.  
CEDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, n° 42949/98 et 53134/99.  
CEDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00.  
CEDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, n° 32526/05.  
CEDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05.  
CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04.

CEDH (GC), 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02.  
CEDH, 27 juillet 2010, *Aksu c. Turquie*, n° 4149/04 et 41029/04.  
CEDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03.  
CEDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03.

CEDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.  
CEDH, 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02.  
CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10.  
CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04.

CEDH (GC), 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n° 4149/04 et 41029/04.  
CEDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06.  
CEDH, 3 avril 2012, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08.  
CEDH (GC), 26 juin 2012, *Kuric et autres c. Slovaquie*, n° 26828/06.

CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08.

CEDH, 15 janvier 2013, *Affaire Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

CEDH, 29 janvier 2013, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, n° 11146/11.

CEDH, 30 mai 2013, *Lavida c. Grèce*, n° 7973/10.

CEDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10.

CEDH, 7 décembre 2013, *Jakobski c. Pologne*, n° 18429/06.

CEDH, 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07.

CEDH, 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09.

CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15.

## **2- Comité européen des droits sociaux**

CEDS, 4 novembre 2003, décision sur le bien-fondé, *Autisme-Europe c. France*, réclamation n°13/2002.

CEDS, 7 décembre 2005, décision sur le bien-fondé, *Centre européen des droits des Roms (ERRC) c. Italie*, réclamation n° 27/2004.

CEDS, 3 juin 2008, décision sur le bien-fondé, *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, réclamation n° 41/2007.

CEDS, 19 octobre 2009, décision sur le bien-fondé, *Centre européen des droits des Roms c. France*, réclamation n° 51/2008.

CEDS, 25 juin 2010, décision sur le bien-fondé, *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. Italie*, réclamation n° 58/2009.

## **3- Comités onusiens**

Comité CEDAW, 28 février 2012, *Kell c. Canada*, comm. n° 19/200.

## **4- Cour interaméricaine des droits de l'Homme**

Cou. IDH, 27 novembre 2003, Fond et Réparations, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Série C n° 103.

Cou. IDH, 17 juin 2005, Fond et réparations, *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay*, Série C, n° 125

Cou. IDH, 23 juin 2005, Fond et réparations, *Yatama c. Nicaragua*, Série C, n° 127.

Cou. IDH, 24 février 2012, Fond et réparations, *Atalo Riffo c. Chili*, Série C, n° 239.

## 5- Cour permanente de Justice internationale

CPJI, avis consultatif du 6 avril 1935, *Écoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, fasc. n° 64.

### B) *Les juridictions nationales*

#### 1- En France

##### a- *Le Conseil Constitutionnel*

Décision 60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature*.

Décision n° 82-146 DC du 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*, dite « Quotas par sexe ».

Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

Décision n° 98-407 DC du 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*, dite « Quotas par sexe II ».

Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*.

Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*.

Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*.

Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*.

Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres (Perquisitions fiscales)*

Décision n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres*.

Décision n° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres*.

Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*.

Décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014, *Société Casuca (Plantations en limite de propriétés privées)*.

Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 relative à *l'élection des conseillers départementaux*.

Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université (Composition de la formation restreinte du conseil académique)*

Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, *M. Frédéric P. (Droit de présentation des greffiers des tribunaux de commerce)*.

#### *b- La Cour de Cassation*

Cass. Soc. 9 janvier 1991, n° 88-41.091.

Cass. Soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187.

Cass. Soc., 10 juin 1998, *Mohamed X c. SNC SCREG Ouest*, n° 96-42.973.

Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° G 99-87.251

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-10.928.

Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 02-10359.

Cass. Soc., 21 décembre 2006, *X c. groupe JD*, n° 05-41.815.

Cass. Soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.21.

Cass. Ass., 25 juin 2014, « Baby Loup », n° 13-28.369.

Cass. Crim., 4 février 2015, n° 14-90.048.

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 2016, n° 15-24.212.

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

Cass. Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855.

#### *c- Le Conseil d'État*

CE (Sect.), 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 et 88148

CE, 24 novembre 1982, n° 14775, 14776, 14805, 14814

CE (Ass.), 28 mars 1997, *Société Baxter e.a*, n° 179049, 179050, 179054

CE, 22 novembre 1999, *Rolland*, n° 196437

CE (Ass.), 28 juin 2002, *Villemain*, n° 220361

CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 266572

CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean d'Aulps*, n° 300608

CE, 23 octobre 2009, *Oullins*, n° 329076.

CE (Ass.), 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n° 372426.

CE, 28 septembre 2018, n° 421899.

## **2- En Allemagne**

BVerwG 27 mars 1992, 90, 112, 115

BVerfGE, 26 juin 2002, 105, 279, 293

### **3- Aux États-Unis (Cour Suprême des États-Unis)**

*Slaughterhouse cases*, 83 U.S. 36 (1873)

*Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1873)

*Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944)

*Grigg v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 (1971)

*University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

*Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980)

*Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982)

*Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986)

*Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987)

*Barbara Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

*Parents Involved in Community Schools v. Seattle School district no. 1 et al.*, 551 U.S. 701 (2007)

*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015)

### **4- En Australie**

Cour suprême australienne, 19 mars 1998, *Qantas Airways v. Christie*, (1998) HCA 18.

### **5- Au Canada**

Cour suprême canadienne, *R v. Oakes* (1986) 1 RCS 103.

Cour suprême canadienne, *Law v. Canada* (Ministre de l'emploi et de l'immigration), (1999) 1 RCS 497.

### **6- Au Royaume-Uni**

Cour suprême du Royaume-Uni, *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* (2013) UKSC 39.



## INDEX THÉMATIQUE

*N. B.* : Les renvois correspondent aux paragraphes de la thèse.

### A

accès : 6 ; 59 ; 98 ; 292 ; 294 ; 348 ; 351 ;  
372 ; 406 ; 438 ; 511 ; 770 ; 807 ; 851 ;  
973 ; 974 ; 979-980 ; 993.  
- à l'éducation : 577-578 ; 592.  
- à l'emploi, la formation, la promotion :  
416-418 ; 421 ; 423 ; 427 ; 430 ; 464 ;  
494 ; 499 ; 505 ; 510 ; 512-517 ; 528 ;  
532 ; 567 ; 754 ; 776 ; 859 ; 897.  
- aux biens et services : 332 ; 337 ; 378 ;  
407 ; 430 ; 434 ; 542 ; 548-562 ; 571 ;  
591.  
- aux ressources rares : 347 ; 753 ; 778 ;  
959 ; 972.  
action positive :  
- dérogatoire : 272-290.  
- non-dérogatoire : 272 ; 291-302.  
adaptabilité : 238 ; 767 ; 911 ; 955.  
*affirmative action* : 2 ; 5 ; 17 ; 31 ; 273 ;  
283 ; 352 ; 357 ; 714 ; 760 ; 942 ; 976 ;  
995-997 ; 1013 ; 1018.  
âge : 640-643.  
aménagement : 183-198 ; 293-294 ; 299 ;  
384 ; 743 ; 804 ; 806 ; 881 ; 884 ; 903  
- raisonnable : 27 ; 164-181 ; 262 ; 356 ;  
360 ; 427 ; 589 ; 675 ; 679 ; 683 ; 809 ;  
811 ; 814 ; 818 ; 893-898.  
ancienneté : 110 ; 238 ; 256 ; 286-287 ; 350.  
approche :  
- intégrée du genre : 637.  
- quantitative : 120-125 ; 127.  
- qualitative : 123-125 ; 128-131 ; 792.  
autochtone : 626 ; 722 ; 837 ; 844.  
automatique : 279 ; 424 ; 942-947.  
avantages spécifiques : 307-313.

### C

carrière : 55 ; 99 ; 110 ; 237 ; 277 ; 287 ;  
309-312 ; 756 ; 770 ; 777-778 ; 802.  
catégorie : 358 ; 613.  
- visible / non visible : 634 ; 644.  
Charte des droits fondamentaux : 600-605 ;  
876.  
clause d'ouverture : 795 ; 946-947 ; 949.  
changement de sexe : 636.  
charge disproportionnée : 894-899.  
chômage : 258 ; 567.  
communautarisme : 597 ; 616 ; 733  
comparabilité : 92-101.  
comparaison : 79-101.  
comparateur : 85-86  
- asynchrone : 87-88  
- inconstant : 89-91  
- hypothétique : 100-101  
compenser : 309-313.  
conciliation vies familiale / professionnelle :  
311 ; 530 ; 777.  
concurrence : 754-762.  
conditions  
- de départ : 347-355.  
- de travail : 506-510.  
congé d'allaitement : 883.  
convention collective : 240.  
convictions : 660-664.  
CV anonyme : 706-707.

### D

dérogation : 32 ; 967.  
dérogeabilité : 41 ; 42-44.

désavantage : 348 ; 807.  
 - particulier : 116-125.  
 déterminisme : 764 ; 766 ; 833.  
 différence de situation : 183 ; 743 ; 791 ;  
 805 ; 807-819.  
 dignité : 16 ; 144 ; 293 ; 466 ; 991.  
 discrimination :  
 - directe : 48-102.  
 - fondée sur le mobile : 74-77.  
 - indirecte : 103-156.  
 - matérielle : 27 ; 163 ; 180-181 ; 284.  
 - multiple : 623-631.  
 - par association : 61-65.  
 - positive : 12 ; 274-290.  
 - statistique : 794-803.  
 - structurelle : 621.  
 - systémique : 240.  
 diversité : 359 ; 409 ; 439 ; 461 ; 613 ; 703-  
 704.  
 données  
 - actuarielles : *Voir* Statistiques.  
 - personnelles : 696-700 ; 702-705.  
 - sensibles : 699 ; 702 ; 705.  
 droit à la différence : 837-843.

## E

éducation : 592-595.  
 effet  
 - horizontal : 605.  
 - utile : 63 ; 197 ; 557 ; 559 ; 580 ; 631.  
 égalisation : 351-355.  
 égalité :  
 - concrétisée : 27 ; 784 ; 856.  
 - *de facto* : 27.  
 - de résultats : 354 ; 957-960.  
 - des chances : 345-360 ; 749-761.  
 - des qualifications : 953-955.  
 - formelle : 27 ; 43 ; 48 ; 158 ; 174 ; 337 ;  
 351 ; 362 ; 413 ; 415 ; 419 ; 850 ; 858 ;  
 862 ; 1001.  
 - matérielle : 865.  
 - mesurable : 972-975.

- proportionnelle : 969-986.  
 - réelle : 27 ; 43 ; 180 ; 376 ; 858.  
 - transformatrice : 362.  
 émancipation : 16 ; 762 ; 797 ; 993 ; 1020.  
 équité : 34 ; 358 ; 461 ; 989-994.  
 exception : 32 ; 1005.  
 exigence professionnelle essentielle et  
 déterminante : 200-225 ; 250 ; 262 ; 536 ;  
 538-540.  
 extranéité : 553-558.

## F

favoritisme : 348.  
 femmes : 619-621.  
 - enceinte : 88 ; 100 ; 117 ; 173-177 ;  
 180 ; 826 ; 881.  
 flexibilité : 238 ; 260.  
 fonctionnaire : 524-525 ; 756-758 ; 786 ;  
 882.  
 formation professionnelle : 238 ; 516-517.

## G

*Gender Mainstreaming* : *Voir* approche  
 intégrée du genre  
 généralisation : 204 ; 208 ; 793 ; 797 ; 947.  
 genre : 637-639.  
 grossesse : 55 ; 69 ; 72-73 ; 88 ; 178 ; 180 ;  
 520 ; 812.  
 groupe : 356-358.

## H

handicap : 673-683 ; 812 ; 828.

## I

incomparabilité : 163 ; 198-199 ; 206-209 ;  
 213 ; 262 ; 804-833.  
 inconditionnel : 424-427 ; 934 ; 946-947 ;  
 953.

individualisme : 358-359.  
inégalités :  
- de départ : 352.  
- de fait : 807-819.  
- structurelles : 7 ; 103.  
- sociales : 15 ; 753 ; 784 ; 809 ; 816 ; 818.  
intégration : 590 ; 763-778 ; 798.  
intention : 112-114.  
intérêt  
- général : 260 ; 761 ; 887 ; 998.  
- de l'employeur / du travailleur : 893-899.  
intersectionnalité : 623-632.  
intersexe : 639.

## J

jeunes : 104 ; 245 ; 259-260 ; 429-430 ; 439-440 ; 512 ; 641-643 ; 889.  
justice sociale : 353-354 ; 461 ; 763 ; 989 ; 991-993.

## L

libéralisme : 2 ; 15 ; 18 ; 20 ; 358 ; 760 ; 969 ; 989.  
liberté religieuse : 185-188 ; 194 ; 657 ; 661.  
liste ouverte / fermée : 609-610.  
logement : 542 ; 556.

## M

maladie : 677.  
marché intérieur :  
marge d'appréciation : 234-237 ; 254 ; 259 ; 719 ; 918.  
maximisation : 972-973.  
mérites : 348 ; 760.  
méritocratie : 15 ; 359 ; 428 ; 487 ; 956 ; 1018.

mesure :  
- du désavantage : *Voir* désavantage  
- préférentielle : *Voir* traitement préférentiel  
- spéciale : 357 ; 366 ; 369-373 ; 375-381 ; 845 ; 950.  
méthode ouverte de coordination : 587.  
minorités : 617 ; 837-845.

## N

nationalité : 9 ; 18 ; 21 ; 103 ; 107 ; 121 ; 183 ; 573 ; 646 ; 652.  
neutralité  
- du critère, de la disposition, de la pratique : 106-115.  
- du motif : 614-618 ; 681-682 ; 712.  
- de l'entreprise : 711.

## O

obésité : 678-679.  
objectif légitime : 205 ; 209 ; 213 ; 220 ; 232 ; 236-237 ; 256-561 ; 289 ; 787 ; 875-878.  
opportunité : 259 ; 388 ; 403 ; 483 ; 1011.  
orientation sexuelle : 666-672 ;  
origine ethnique : 65 ; 134-138 ; 241 ; 408 ; 645-653.

## P

parent : 101 ; 295 ; 301 ; 767.  
places en garderie : 756 ; 854 ; 949.  
plafond de verre : 309.  
politique de l'emploi : 259.  
préjugés : *Voir* Stéréotypes  
preuve : 230-231 ; 246-248  
prévenir : 309-313.  
promotion :  
- de l'emploi : 245 ; 259.  
- professionnelle : 515-517.

proportionnalité : 869-871 ; 902-911 ; 912-927.

prostitution : 625.

protection sociale : 566-570.

## Q

qualifications : 349 ; 953-955.

quota :

- de résultat : 959.

- rigide : 965.

- souple : 294 ; 961-966.

## R

race : 59 ; 134-138 ; 241 ; 408-409 ; 440 ; 645-653.

racisme : 15 ; 357 ; 575 ; 647-650 ; 714 ; 725.

redistribution : 17 ; 414 ; 429 ; 436 ; 566.

religion : 129 ; 152-156 ; 184 ; 189-190 ; 196-197 ; 212-224 ; 412 ; 655-665 ; 710 ; 775.

rémunération : 501-505

retraites : 52-53 ; 256 ; 522-525.

REP / ZEP : 435.

répartition des compétences : 149 ; 234 ; 389-391 ; 402 ; 489 ; 593 ; 738.

responsabilité : 293 ; 447 ; 533 ; 573 ; 678-679 ; 781-782.

Rom : 593-594 ; 653.

## S

santé publique : 252-253.

sécurité publique : 251 ; 528.

sécurité sociale : 53 ; 254 ; 378 ; 504-506 ; 524 ; 542 ; 566-570.

seniors : 256 ; 395 ; 407 ; 429-430 ; 640-641.

sexe : 636-639.

- neutre : 639.

- social : 637 ; 832.

- sous-représenté : 620-621.

statistiques : 120-122 ; 703-704 ; 724-731 ; 789-793.

- ethniques : 725-728 ; 731.

stéréotypes : 256 ; 771-777 ; 833.

subsidiarité : 902.

## T

temporalité : 950-952.

temps partiel : 73 ; 107 ; 113 ; 118.

territoire : 433-436.

test de situation : 729-730.

traitement préférentiel : 8 ; 10 ; 14 ; 16 ; 180 ; 270 ; 279 ; 308 ; 337 ; 378 ; 412 ; 740 ; 788 ; 973.

transgenre : 639.

travailleur handicapé : 144 ; 179 ; 406 ; 428.

## U

universalisme : 355 ; 615 ; 618.

## V

valeur : 717 ; 849-850 ; 973 ; 976 ; 988-1001 ; 1020.

vie privée : 688-694.

violences conjugales : 626.

vulnérabilité : 625 ; 693 ; 822-826 ; 830.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
I. <i>Les deux difficultés de la notion d'action positive.....</i>	6
1- <b>Une notion polysémique.....</b>	6
2- <b>Une notion polémique.....</b>	11
II. <i>L'énonciation du principe de l'égalité de traitement.....</i>	18
1- <b>La découverte du principe.....</b>	19
2- <b>Le contenu du principe.....</b>	21
3- <b>Le contrôle du respect du principe.....</b>	24
III. <i>De la dérogation vers le principe, l'inversion du cheminement.....</i>	25
1- <b>Les effets contradictoires de la dérogation.....</b>	26
2- <b>Les justifications d'une méthodologie inversée.....</b>	28
<b>PREMIÈRE PARTIE. L'ACTION POSITIVE AUTORISÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT .....</b>	<b>33</b>
<b>TITRE 1. LA DÉROGEABILITÉ DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT .....</b>	<b>35</b>
<b>CHAPITRE 1. LA RÈGLE GÉNÉRALE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT <i>STRICTO SENSU</i> .....</b>	<b>37</b>
<b>SECTION 1. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION DIRECTE .....</b>	<b>39</b>
§1) <i>Le lien direct avec un motif protégé.....</i>	39
A) <i>Le motif explicitement visé.....</i>	40
1- <b>L'effet discriminatoire pour les individus concernés par le motif.....</b>	40
2- <b>L'effet discriminatoire « par association ».....</b>	44
B) <i>Le motif non-explicité.....</i>	48
1- <b>La discrimination directe par critère indissociablement lié.....</b>	48
2- <b>La discrimination directe fondée sur le mobile de l'auteur.....</b>	51
§2) <i>L'approche pragmatique de l'opération de comparaison.....</i>	53
A) <i>La méthode : l'appréciation concrète des situations.....</i>	54
1- <b>La recherche de l'objectivité.....</b>	54
2- <b>La recherche d'un comparateur identifiable.....</b>	56
a- <i>Un comparateur asynchrone.....</i>	57
b- <i>Un comparateur inconstant.....</i>	58
B) <i>L'objectif : la révélation d'une comparabilité des situations.....</i>	59
1- <b>L'exigence de liens suffisants entre les situations.....</b>	61
2- <b>Le cas particulier du comparateur hypothétique.....</b>	64
<b>SECTION 2. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE.....</b>	<b>66</b>
§1) <i>La discrimination indirecte fondée sur le sexe.....</i>	67
A) <i>Une apparente neutralité du critère, de la disposition ou de la pratique.....</i>	68

1-	L'analyse casuistique de la neutralité de la disposition, du critère ou de la pratique.....	68
2-	La non-pertinence de l'intention de l'auteur de la différence de traitement.....	71
B)	<i>Un désavantage particulier pour l'un des deux sexes</i> .....	73
1-	La comparaison inter-catégorielle.....	73
2-	Les techniques de mesure du désavantage.....	75
a-	L'approche quantitative du désavantage.....	75
b-	La combinaison d'une approche qualitative et quantitative du désavantage.....	77
§2)	<i>La discrimination indirecte fondée sur les autres motifs</i> .....	78
A)	<i>La prédominance de l'approche qualitative dans la définition</i> .....	79
B)	<i>L'interprétation jurisprudentielle de la définition</i> .....	81
1-	La discrimination indirectement fondée sur la race ou l'origine ethnique.....	81
2-	La discrimination indirectement fondée sur les motifs de la directive 2000/78.....	83
a-	La discrimination indirecte fondée sur l'âge ou le handicap.....	83
b-	La discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.....	86
c-	La discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions.....	89
<b>CHAPITRE 2. LA DYNAMIQUE DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT LÉGITIMES</b> .....		95
<b>SECTION 1. LES DIFFERENCES DE TRAITEMENT LIEES AU DEFAUT DE COMPARABILITE DES SITUATIONS</b>		96
§1)	<i>Les régimes spécifiques d'aménagement de l'emploi et du travail à certaines situations</i> .....	98
A)	<i>Les situations spécifiques prises en compte : la grossesse, l'accouchement, l'allaitement et la situation de handicap</i> .....	99
1-	Une obligation de traiter différemment.....	100
a-	Une obligation de résultat pour les États membres.....	100
b-	Une obligation de moyens pour l'employeur.....	102
2-	Une exigence découlant du principe d'égalité de traitement.....	104
a-	L'individualisation de l'aménagement en fonction d'une situation particulière.....	104
b-	L'absence d'aménagement raisonnable comme discrimination matérielle.....	106
B)	<i>La possibilité d'aménagement pour d'autres situations découlant des motifs protégés</i> .....	108
1-	La possibilité de l'aménagement pour motifs religieux hors du droit de l'Union.....	108
2-	La piste de l'aménagement raisonnable comme remède à la discrimination indirecte.....	111
a-	Le problème arrê « G4S Secure Solutions ».....	112
b-	La voie de la discrimination indirecte.....	114
§2)	<i>Le cas particulier des exigences professionnelles essentielles et déterminantes</i> .....	116
A)	<i>Les deux conditions manquantes à la présomption de discrimination directe</i> .....	117
1-	L'apparent caractère direct de la différence de traitement par rapport au motif.....	117
2-	L'imbrication de l'incomparabilité et de l'objectif poursuivi.....	119
B)	<i>L'apparente transversalité de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante</i> .....	121
1-	L'intérêt pratique réduit pour les autres motifs.....	121
2-	L'existence d'une base juridique distincte pour le motif religieux ou convictionnel.....	124
<b>SECTION 2. LES DEROGATIONS JUSTIFIEES PAR L'OBJECTIF POURSUIVI</b> .....		127
§1)	<i>Le contrôle systématique de l'objectif de toute discrimination indirecte présumée</i> .....	129
A)	<i>La prévalence de l'objectif poursuivi sur les effets discriminatoires indirects produits</i> .....	130

B) <i>La méthode du contrôle de l'objectif des discriminations indirectes présumées</i> .....	132
1- Les objectifs de politique sociale des États .....	133
2- Les objectifs d'ordre fonctionnel et économique de l'employeur .....	135
§2) <i>Le contrôle exceptionnel de l'objectif des discriminations directes</i> .....	137
A) <i>L'absence de contrôle systématique de l'objectif de la différence de traitement directe</i> .....	137
B) <i>Les régimes dérogatoires impliquant le contrôle de l'objectif poursuivi</i> .....	140
1- Un objectif légitime prédéterminé pour tous les motifs .....	140
2- Un objectif légitime indéterminé pour le motif de l'âge .....	143
<b>TITRE 2. LE RAPPORT PARTIELLEMENT DÉROGATOIRE DE L'ACTION POSITIVE AU PRINCIPLE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT</b> .....	<b>151</b>
<b>CHAPITRE 1. LA PLACE PRÉPONDÉRANTE DES MESURES D'ACTION POSITIVE DÉROGATOIRES</b> .....	<b>153</b>
<b>SECTION 1. LA COEXISTENCE DE MESURES DEROGATOIRES ET NON-DEROGATOIRES</b> .....	<b>154</b>
§1) <i>La « discrimination positive » comme action positive dérogatoire</i> .....	<i>155</i>
A) <i>Les formes de discrimination positive acceptées</i> .....	<i>156</i>
1- La discrimination positive directe .....	<i>156</i>
2- La discrimination positive indirecte .....	<i>159</i>
B) <i>Les mesures d'action positive non-dérogatoires</i> .....	<i>164</i>
1- Les recommandations des institutions .....	<i>164</i>
2- Les conclusions d'avocats généraux .....	<i>167</i>
§2) <i>L'effet des évolutions textuelles sur l'unité de la notion</i> .....	<i>170</i>
A) <i>La première évolution textuelle</i> .....	<i>171</i>
1- Le gain en précision de l'action positive en faveur du « sexe sous-représenté » .....	<i>172</i>
a- <i>L'action positive comme octroi d'un « avantage spécifique »</i> .....	<i>172</i>
b- <i>Le triple objectif de « l'avantage spécifique »</i> .....	<i>172</i>
2- L'articulation temporaire des deux dispositions en matière d'égalité des sexes .....	<i>175</i>
a- <i>La différenciation théorique des deux bases juridiques</i> .....	<i>175</i>
b- <i>L'assimilation pratique des deux bases juridiques</i> .....	<i>177</i>
B) <i>La seconde évolution textuelle</i> .....	<i>179</i>
1- L'impasse d'une différenciation de l'action positive selon les motifs .....	<i>181</i>
2- Les indices en faveur d'une interprétation harmonisée .....	<i>183</i>
<b>SECTION 2. LA FONCTION CONCILIATRICE DE L'EGALITE DES CHANCES</b> .....	<b>186</b>
§1) <i>La détermination de l'objectif concurrent d'égalité des chances</i> .....	<i>187</i>
A) <i>L'égalisation des conditions de départ</i> .....	<i>188</i>
1- Les chances comme conditions de départ au jeu de la concurrence .....	<i>189</i>
2- L'égalité comme processus d'égalisation .....	<i>191</i>
B) <i>Le maintien d'une conception individuelle de l'égalité</i> .....	<i>194</i>
§2) <i>La voie de la complémentarité des objectifs égalitaires en droit international</i> .....	<i>198</i>
A) <i>L'absence de rapport dérogatoire entre action positive et principe d'égalité</i> .....	<i>199</i>
1- Dans des conventions internationales générales .....	<i>199</i>

2-	Dans des conventions catégorielles.....	202
B)	<i>La possibilité d'une obligation d'adopter des mesures d'action positive</i> .....	205
1-	Sur le fondement du sexe .....	205
2-	Sur le fondement du handicap .....	207
<b>CHAPITRE 2. L'ADOPTION DISCRÉTIONNAIRE DES MESURES D'ACTION POSITIVE</b> .....		211
<b>SECTION 1. LA MISE EN ŒUVRE PAR LES ÉTATS MEMBRES</b> .....		212
<b>§1) L'opportunité de l'action positive appréciée par les États membres</b> .....		213
A)	<i>La conséquence de la répartition des compétences</i> .....	213
1-	La compétence partagée de mise en œuvre de l'égalité de traitement .....	214
2-	Le respect de la marge d'appréciation des États en matière sociale .....	215
a-	<i>Le principe de la « large marge d'appréciation »</i> .....	215
b-	<i>Les cas exceptionnels d'« activisme » judiciaire</i> .....	216
B)	<i>Les multiples voies de l'action positive</i> .....	221
1-	La pratique variable de l'action positive .....	222
2-	La pratique convergente des quotas imposés .....	225
<b>§2) L'utilisation de la dérogation par la France</b> .....		227
A)	<i>La pratique française de la discrimination positive directe</i> .....	227
1-	Sur le fondement du sexe .....	228
a-	<i>L'étendue de l'habilitation constitutionnelle</i> .....	229
b-	<i>Les applications législatives</i> .....	231
2-	Sur le fondement du handicap .....	234
3-	Sur le fondement de l'âge .....	237
B)	<i>La pratique française de la discrimination positive indirecte</i> .....	238
1-	La préférence pour le critère neutre du territoire .....	239
2-	L'objectif de favoriser des catégories raciales, ethniques ou religieuses.....	241
<b>SECTION 2. LA POSSIBILITE D'UNE MISE EN ŒUVRE PAR LES INSTITUTIONS EUROPEENNES</b> .....		244
<b>§1) L'autorisation restreinte d'adoption</b> .....		244
A)	<i>Le fondement en matière d'égalité entre les sexes</i> .....	245
1-	L'adoption par la procédure législative ordinaire .....	245
2-	L'ouverture de l'habilitation dans un champ restreint .....	246
B)	<i>Le fondement potentiel pour les autres motifs</i> .....	248
1-	Le choix d'une procédure législative spéciale .....	248
2-	L'absence de référence aux principes d'égalité .....	249
<b>§2) L'activation inaboutie de l'autorisation d'adopter</b> .....		251
A)	<i>Le projet d'action positive harmonisée en faveur du sexe sous-représenté</i> .....	251
1-	Les objectifs de la proposition de la Commission .....	252
a-	<i>Les justifications d'ordre économique</i> .....	252
b-	<i>Les justifications d'ordre social</i> .....	255
2-	Le contenu limité de la proposition.....	257
a-	<i>Une limitation du quota choisi</i> .....	257
b-	<i>Une double limitation du champ d'application</i> .....	258



B) <i>Les raisons du blocage</i> .....	260
1- Les conditions procédurales d'adoption.....	261
2- Les réticences sur le fond.....	262
<i>Conclusion de la première Partie. L'autorisation de la « discrimination positive » par la voie de la dérogation.</i> .....	266
<b>SECONDE PARTIE. L'ACTION POSITIVE LIMITÉE PAR LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT</b> .....	<b>267</b>
<b>TITRE 1. L'ÉTENDUE CIRCONSCRITE DE L'ACTION POSITIVE</b> .....	<b>269</b>
<b>CHAPITRE 1. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE L'ACTION POSITIVE</b> .....	<b>271</b>
<b>SECTION 1. LE CHAMP D'APPLICATION COMMUN DE L'ACTION POSITIVE</b> .....	<b>273</b>
§1) <i>Le domaine de l'emploi et du travail</i> .....	273
A) <i>Les conditions dans l'emploi et le travail</i> .....	274
1- L'égalité de rémunérations.....	275
2- Les « conditions de travail ».....	278
B) <i>Les opportunités d'emploi et de travail</i> .....	280
1- L'égal accès à l'emploi par les critères de sélection et les conditions de recrutement .....	281
2- L'égal accès à la progression dans l'emploi par la formation et la promotion professionnelles .....	282
§2) <i>Les situations découlant de l'emploi et du travail</i> .....	284
A) <i>La fin de la relation de travail</i> .....	284
1- Le licenciement .....	284
2- Le départ à la retraite .....	286
B) <i>La méthode de détermination des limites du champ d'application</i> .....	288
1- La nécessité d'un lien avec l'emploi.....	288
2- L'exclusion des relations purement privées .....	290
3- Une exclusion particulière pour le handicap et l'âge.....	292
a- <i>Une exclusion limitée à deux motifs</i> .....	292
b- <i>Une exclusion limitée aux emplois militaires</i> .....	293
<b>SECTION 2. LES CHAMPS D'APPLICATION PARTICULIERS DE L'ACTION POSITIVE</b> .....	<b>294</b>
§1) <i>L'application variable à des situations extérieures à l'emploi</i> .....	296
A) <i>Un domaine commun aux motifs du sexe et de la race ou l'origine ethnique</i> .....	296
1- L'accès aux biens et services et leur fourniture dans le cadre de la directive 2004/113 .....	297
2- L'accès aux biens et services et leur fourniture dans le cadre de la directive 2000/43 .....	301
B) <i>Deux domaines réservés au motif de la race ou l'origine ethnique</i> .....	305
1- La protection sociale .....	306
2- L'éducation .....	308
§2) <i>Les difficultés d'un alignement des champs d'application</i> .....	313
A) <i>Une tentative d'alignement des champs d'application</i> .....	313

1- La proposition d'extension pour l'âge, l'orientation sexuelle, la religion ou convictions et le handicap .....	314
2- Les raisons du blocage .....	319
B) <i>Les disparités introduites par la Charte des droits fondamentaux</i> .....	321
1- Une base juridique élargie pour le motif du sexe .....	321
2- La portée restreinte de cette base juridique .....	323
<b>CHAPITRE 2. LA DIFFICILE DÉTERMINATION DES BÉNÉFICIAIRES DE L'ACTION POSITIVE</b>	
.....	327
<b>SECTION 1. LA DEFINITION DES BENEFICIAIRES DE L'ACTION POSITIVE</b> .....	330
§1) <i>Les points communs des bénéficiaires de l'action positive</i> .....	331
A) <i>La neutralité des catégories</i> .....	331
1- L'indétermination volontaire des catégories .....	332
2- De la catégorie « femmes » au « sexe (sous-représenté) » .....	333
B) <i>La question de la combinaison des catégories</i> .....	335
1- Le développement de l'intersectionnalité en droit international .....	335
2- Une existence incertaine en droit de l'Union .....	338
§2) <i>Le contenu des catégories bénéficiaires de l'action positive</i> .....	340
A) <i>Les catégories visibles</i> .....	341
1- Le sexe .....	341
2- L'âge .....	344
B) <i>L'insaisissabilité des catégories non-visibles</i> .....	347
1- La race ou l'origine ethnique .....	348
a- <i>Le choix des mots</i> .....	348
b- <i>Le sens des mots</i> .....	352
2- La religion ou les convictions .....	353
a- <i>La religion</i> .....	354
b- <i>La religion face aux autres convictions</i> .....	356
3- L'orientation sexuelle .....	359
4- Le handicap .....	362
<b>SECTION 2. L'INEGALE PERTINENCE DE L'ACTION POSITIVE SELON SES BENEFICIAIRES</b> .....	367
§1) <i>L'inégale protection des caractéristiques de l'individu</i> .....	368
A) <i>La protection générale de l'intimité de l'individu</i> .....	368
1- Le droit au respect de la vie privée .....	369
2- La protection des données personnelles .....	372
B) <i>La protection renforcée de l'intimité du travailleur</i> .....	375
1- Une protection renforcée face à la collecte des données personnelles .....	375
2- Une invisibilisation des caractéristiques individuelles du travailleur .....	377
§2) <i>L'inégale possibilité de mesure des désavantages</i> .....	381
A) <i>L'identification difficile des désavantages factuels</i> .....	381
1- Le respect du pluralisme des contextes nationaux .....	382
2- L'éclatement des modèles européens .....	384

B) <i>Les identités constitutionnelles particulières. Le cas de la France</i> .....	386
1- L'encadrement de la mesure des désavantages ethno-raciaux .....	387
2- L'impossibilité des mesures d'action positive ethno-raciales .....	391
<b>TITRE 2. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL STRICT DES MESURES D'ACTION POSITIVE DÉROGATOIRES</b> .....	<b>397</b>
<b>CHAPITRE 1. LE CONTRÔLE DE L'OBJECTIF DES MESURES D'ACTION POSITIVE</b> .....	399
<b>SECTION 1. L'ACTION POSITIVE JUSTIFIÉE PAR SON OBJECTIF LEGITIME</b> .....	400
§1) <i>L'objectif d'instaurer « la pleine égalité »</i> .....	401
A) <i>L'objectif a minima de promotion de l'égalité des chances sur le marché</i> .....	402
1- L'ouverture possible de l'objectif de l'action positive.....	402
2- L'objectif implicite de compensation d'une situation de concurrence imparfaite .....	404
B) <i>L'objectif complémentaire de faciliter l'intégration au marché</i> .....	408
1- Le rejet des mesures renforçant les « déterminismes » sociaux.....	409
2- Les prémices d'une lutte active contre les stéréotypes .....	413
a- <i>Les influences internationales</i> .....	413
b- <i>La réserve des juges de l'Union</i> .....	415
§2) <i>Les ambiguïtés du contrôle de l'objectif</i> .....	417
A) <i>Une incertitude quant à son intensité</i> .....	418
1- Le respect de la marge d'appréciation de l'autorité la mieux placée .....	418
2- Un contrôle limité à l'existence de l'objectif .....	420
B) <i>Une ambivalence quant à ses modalités</i> .....	422
1- S'appuyer sur l'outil statistique.....	422
2- Lutter contre la « discrimination statistique ».....	425
<b>SECTION 2. L'ACTION POSITIVE ET LE CRITÈRE DE LA COMPARABILITÉ</b> .....	430
§1) <i>La tentation de l'incomparabilité comme fondement de l'action positive</i> .....	430
A) <i>Première hypothèse : les inégalités factuelles comme différence de situations</i> .....	432
1- La question des inégalités factuelles à prendre en compte.....	432
2- Les difficultés d'utilisation de ces inégalités factuelles.....	435
B) <i>Deuxième hypothèse : le lien entre les inégalités factuelles et les catégories protégées</i> .....	438
1- La piste d'une vulnérabilité particulière des catégories protégées.....	438
2- Le risque de l'essentialisation des catégories .....	441
§2) <i>L'affirmation de l'action positive sans renoncer à la comparabilité</i> .....	445
A) <i>L'inconcevabilité d'un droit subjectif à la différence de traitement</i> .....	446
1- Un « droit à la différence » limité à la protection des minorités nationales.....	446
2- La confusion dommageable autour du « droit à la différence » .....	450
B) <i>L'affirmation d'une préférence pour le commun</i> .....	453
1- La différenciation juridique comme méthode pour parvenir à l'égalité.....	453
2- L'abandon de la hiérarchie des objectifs égalitaires .....	457
<b>CHAPITRE 2. LE CONTRÔLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES D'ACTION POSITIVE</b> .....	465

<b>SECTION 1. L'EXIGENCE TRANSVERSALE DE PROPORTIONNALITE DES DEROGATIONS AU PRINCIPE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT</b> .....	467
<b>§1) Les fonctions du contrôle de proportionnalité des dérogations</b> .....	467
<b>A) Départager la dérogation de la discrimination</b> .....	468
1- En complétant l'objectif légitime.....	468
2- En établissant une comparabilité « raisonnable ».....	470
<b>B) Concilier des intérêts divergents</b> .....	473
1- L'intérêt de l'État contre l'intérêt de l'individu.....	474
2- L'intérêt de l'employeur contre l'intérêt du travailleur.....	476
a- La « double proportionnalité » de l'aménagement raisonnable.....	477
b- Le choix d'une analyse centrée sur la charge pour l'employeur.....	478
<b>§2) La réalisation du contrôle de proportionnalité des dérogations</b> .....	479
<b>A) Les étapes du contrôle de proportionnalité</b> .....	480
1- Contrôle ou principe ?.....	480
2- Un contrôle à trois facettes.....	482
<b>B) Les degrés du contrôle de proportionnalité</b> .....	485
1- La modulation ambiguë du contrôle.....	486
2- La délégation non-systématique du contrôle.....	490
<b>SECTION 2. LA PROPORTIONNALITE DES MESURES D'ACTION POSITIVE DEROGATOIRES</b> .....	492
<b>§1) Un contrôle déterminant</b> .....	493
<b>A) L'affirmation progressive de l'exigence de proportionnalité</b> .....	494
1- Le premier temps : l'invisibilité du contrôle.....	494
2- Le second temps : l'affirmation de la centralité du contrôle.....	496
<b>B) Les critères de l'action positive « proportionnée »</b> .....	497
1- L'action positive sous conditions strictes.....	498
a- Une condition générale : la flexibilité du dispositif.....	498
b- Une condition non-requise : la temporalité du dispositif.....	501
c- Une condition supplémentaire dans l'emploi : l'égalité des qualifications.....	503
2- L'action positive nécessaire dans le « cadre d'un concept restreint d'égalité des chances ».....	504
a- Action positive « proportionnée » et « égalité de résultats ».....	504
b- Illustration par le quota souple du projet d'action positive harmonisée.....	507
<b>§2) Un contrôle instrumentalisé</b> .....	509
<b>A) L'insaisissable « égalité proportionnelle » entre les individus</b> .....	510
1- La tentation d'une égalité mesurable.....	511
2- Le risque d'une égalité moins ambitieuse.....	514
<b>B) L'opération de conciliation des valeurs</b> .....	518
1- Les valeurs en présence.....	519
2- La hiérarchisation des valeurs.....	522
<b>Conclusion de la seconde Partie. La refondation d'un principe de l'égalité de traitement multidimensionnel</b> ..	527
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>529</b>

ANNEXES.....	537
BIBLIOGRAPHIE.....	549
<b>I. APPROCHES GENERALES DES NOTIONS THEORIQUES UTILES .....</b>	<b>550</b>
<b>A) L'« Europe sociale » et les droits fondamentaux.....</b>	<b>550</b>
1- L'« Europe sociale ».....	550
2- Les droits fondamentaux.....	552
<b>B) La justice sociale et l'équité.....</b>	<b>554</b>
<b>C) Le « droit à la différence » et les minorités.....</b>	<b>556</b>
<b>II. LE PHENOMENE DEROGATOIRE EN DROIT.....</b>	<b>557</b>
<b>A) Analyses générales sur le phénomène dérogatoire.....</b>	<b>557</b>
<b>B) Analyses générales sur l'action positive et notions proches.....</b>	<b>558</b>
<b>III. LE PRINCIPE GENERAL DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....</b>	<b>561</b>
<b>A) Généralités sur l'égalité et la non-discrimination .....</b>	<b>561</b>
<b>B) Motifs de discrimination.....</b>	<b>564</b>
<b>C) Analyses en droit de l'Union européenne.....</b>	<b>567</b>
1- Sur le principe d'égalité de traitement et la non-discrimination.....	567
2- Sur un ou plusieurs motifs.....	571
<b>IV. LES REGIMES SPECIFIQUES ET DEROGATOIRES EN DROIT DE L'UNION.....</b>	<b>579</b>
<b>A) L'action positive.....</b>	<b>579</b>
<b>B) Les autres régimes spécifiques et dérogatoires.....</b>	<b>583</b>
<b>C) Les outils de contrôle juridictionnel.....</b>	<b>584</b>
<b>V. DROIT INTERNATIONAL ET DROITS COMPARES.....</b>	<b>586</b>
<b>A) Droit international.....</b>	<b>586</b>
1- L'Organisation des Nations-Unies.....	587
2- Le Conseil de l'Europe.....	589
<b>B) Droit comparé.....</b>	<b>592</b>
1- États européens.....	592
a- France.....	592
b- Autres États membres.....	597
2- États-Unis.....	598
<b>TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE.....</b>	<b>601</b>
<b>I. INDEX DE LA JURISPRUDENCE DE L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>601</b>
<b>II. TABLE DE LA JURISPRUDENCE D'AUTRES JURIDICTIONS.....</b>	<b>607</b>
<b>INDEX THÉMATIQUE.....</b>	<b>613</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>617</b>



## **Résumé**

### ***L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne***

Cette thèse analyse la dérogation que constitue l'action positive par rapport au principe de l'égalité de traitement, en droit de l'Union européenne. Défini comme une interdiction de discriminer sur le fondement d'un certain nombre de motifs, le principe d'égalité a pourtant vu se multiplier les régimes destinés à écarter son application, dans le droit dérivé qui assure sa mise en œuvre dans les États membres. Parmi ces différents régimes, l'action positive peut permettre l'adoption de traitements préférentiels, entre autres mesures, pour les catégories discriminées de la société, afin de remédier aux désavantages qu'elles connaissent, notamment sur le marché du travail. Elle trouve sa légitimité dans un objectif concurrent à celui de l'égalité de traitement par l'indifférenciation de la norme juridique, l'égalité des chances. L'action positive représente donc la seule dérogation à l'égalité justifiée par l'égalité. Cette situation atypique est source de confusion quant à son sens, sa portée et son utilité, dans l'ordre juridique de l'Union comme dans d'autres systèmes. Cette thèse propose des pistes de réflexion pour émanciper l'action positive de la logique dérogatoire qui limite son développement, tout en démontrant son utilité en tant qu'outil de lutte active contre les discriminations et d'intégration sur le marché intérieur dans des conditions égalisées. Elle invite également à dépasser les approches polémiques d'une notion méconnue et souvent dévoyée en France.

\* \*

## **Summary**

### ***Positive Action Faced With the Principle of Equal Treatment under European Union Law***

This thesis studies the derogatory status of positive action under European Union law, from the principle of equal treatment. Although the principle of equal treatment means that there shall be no discrimination on several prohibited grounds, numerous derogatory and specific regimes, meant to prevent application of this principle, can be found in the secondary legislation implementing it in the member States. Among these various regimes, positive action allows the adoption of preferential treatments for discriminated categories in society, to compensate for the disadvantages they encounter, especially in the labor market. Its legitimacy is founded in the notion of equal opportunities, which competes with the objective of equal treatment by preventing differentiation in norms. Positive action is thus the only derogation from equality justified by equality. This peculiar situation creates a lot of inconsistencies about its meaning, scope, and use, in the European Union legal system and others. This thesis suggests some ways to overcome the derogatory perspective of positive action which restricts its development, while underlining how it represents a useful tool to combat discriminations, favouring integration into internal market on equalized conditions. It also invites to go beyond controversial approaches of a misunderstood and often distorted notion in France.